

## El compromiso de adecuar la ley a un tratado: coalición o colisión

Diego Mogrovejo\*

### RESUMEN

El proceso de integración parte de la premisa de que una obligación supranacional es asumida por el Estado en ejercicio de su soberanía, por lo que no puede estar sujeto a imposiciones. Surge aquí el dilema: el legislador nacional, en el momento de adaptar la ley al tratado, debe aplicar la teoría monista para conectar el orden internacional con el interno o la teoría dualista para distinguirlos. El tratamiento viene dado por la Constitución, en cuanto ha reconocido categoría constitucional a los instrumentos internacionales de derechos humanos y jerarquía supralegal al resto de tratados. Esto implica que la ley debe asegurar la conformación de una coalición con el tratado que debe cumplirse de buena fe por el *pacta sunt servanda*, luego de un debate democrático que considere el principio de legalidad, la proscripción de sometimientos y la reserva de ley en materia penal y tributaria para evitar una colisión entre ordenamientos.

**PALABRAS CLAVE:** *pacta sunt servanda*, principio de legalidad, reserva de ley, soberanía estatal, teoría dualista y monista del derecho internacional

### ABSTRACT

Integration process comes from the premise of that a supranational obligation is assumed by the exercise of the State sovereignty; thus, it cannot be subject to inflections. The dilemma emerges from this point: the national legislator, at the moment of adapting the law to the treaty, must apply the monist theory to connect the international system to the national one or apply the dualist theory to distinguish them. The Ecuadorian Constitution has tilted by the dualist system as soon as the international human rights treaties have been provided with constitutional status and the rest with legal status. As a result, the legislature must ensure that there is a correspondence between the contents of the law and the treaty, to first guarantee respect for the principles of *pacta sunt servanda*, legality and legal reserve in Criminal and Tax Law; and second, to ensure there is no collision between them.

**KEYWORDS:** *Pacta sunt servanda*, legality principle, legal reserve, State sovereignty, monist theory, dualist theory, International Law.

FORO

---

\* Estudiante del Doctorado en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

## INTRODUCCIÓN

**A**l asumir compromisos derivados de instrumentos internacionales (acuerdos, convenios, pactos, tratados), el Estado lo hace en ejercicio de la soberanía del pueblo al que representa (luego de un proceso de negociación, suscripción y ratificación). Estas relaciones de la órbita supranacional en distintas materias (comercio, derechos humanos, integración) han sido explicadas desde la teoría monista que conecta a las normas internas e internacionales como un solo sistema normativo (coalición), o desde una tesis dualista que distingue el derecho interno y el derecho internacional en el que no están excluidos los conflictos (colisión).

En este contexto se ha discutido si la situación específica de cuando el Estado en un tratado se compromete a expedir, modificar o derogar una ley (art. 419 No. 3 de la Constitución ecuatoriana) implica la armonización normativa, o, en su lugar, el condicionamiento del ejercicio de la potestad legislativa, que se ha concebido como una prerrogativa estatal exclusiva, privativa y soberana.

El compromiso de adecuar la ley al tratado es un asunto que se debe analizar a partir del estudio de los conceptos involucrados como: el principio de legalidad, la reserva de ley, *pacta sunt servanda* y soberanía estatal, a fin de dilucidar si se trata de una coalición monista que permite una imbricación conciliable (a partir del principio de adaptabilidad e inoponibilidad del derecho interno) o de una colisión dualista que produce una imposición jurídica irreconciliable (en virtud de la configuración de un sometimiento).

## LA POTESTAD LEGISLATIVA ESTATAL

### EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO EXPRESIÓN DE LA SOBERANÍA

El Estado como organización jurídica y política de la sociedad es un instrumento para la coexistencia social, habiéndose explicado su origen y naturaleza en la existencia de un acuerdo, contrato o pacto entre las personas para la instauración de la estructura estatal.

La doctrina autorizada en el análisis de la teoría contractualista del Estado ha efectuado, por una parte, una distinción de sus derivaciones en el tiempo (absolutistas, liberales, democráticas), y, por otra parte, ha enfatizado su denominador común conceptual (creación humana para la convivencia). En este sentido, Pedro de Vega expone lo siguiente:

aunque el pensamiento contractualista no sea un pensamiento homogéneo, en la base de su razonamiento existe un indiscutible presupuesto común. Nada tienen que ver, ciertamente, las conclusiones autoritarias que derivan del contenido del pacto, tal como lo formulan Hobbes, Spinoza o Puffendorf, con las deducibles del democratismo radical implícito en el contrato social de Rousseau, o con las derivadas de la lógica liberal que Locke o Kant imprimen a su discurso. No obstante, en lo que todos coinciden es en la idea de que el Estado es el resultado de un contrato, el Estado es una obra humana.<sup>1</sup>

El Estado, por lo tanto, es un producto de la sociedad, debiendo el poder estatal en la fase actual del constitucionalismo democrático moderno ser una expresión indefectible de la soberanía del pueblo, que es su fundamento y justificación última. Pedro de Vega al respecto indica:

aparece así el Estado moderno, no como gestión misteriosa de los dioses, sino como la creación racional de los hombres, en la que la voluntad del pueblo se conjuga y se expresa en la propia voluntad del poder. La idea de soberanía que constituye sin duda su nota más característica y diferenciadora no debe centrarse en consecuencia tanto en el hecho de no reconocer a ningún otro poder como superior (en el *superiorem non riconoscere*) como en la circunstancia de que se trata de un poder que tiene en el pueblo su última y definitiva justificación. Fue algo que en el fondo no le pasó inadvertido a Bodino... al definirse y personificarse el poder en una *majestas personalis*, dependiente y tributaria de una *majestas superior*... que se hacía radicar en el pueblo, el principio democrático del constitucionalismo.<sup>2</sup>

En este punto cabe citar a Georg Jellinek que enfatiza que el pueblo tiene el poder de mando (mandante soberano) y el Estado es la corporación que lo representa (y por lo tanto está al servicio del pueblo): “como concepto de Derecho es, pues, el Estado, la corporación formada por un pueblo, dotada de poder de mando originario y asentado en un determinado territorio”.<sup>3</sup>

En definitiva, el titular de la soberanía es el pueblo y la ejerce de forma directa o a través de los órganos estatales, siendo esta la expresión del poder de mando del pueblo y encuentra en la estructura estatal un mecanismo para ejercerla. Por lo tanto, el Estado ejerce la soberanía en nombre del pueblo que detenta su titularidad y, en tal virtud, el Estado es soberano porque su pueblo lo es.

- 
1. Pedro de Vega García, “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”. En *Estado constitucional y globalización*, comp. por Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (México: Porrúa, 2003), 180.
  2. *Ibid.*, 180.
  3. Georg Jellinek, *Teoría general del Estado*, trad. por Fernando de los Ríos de la edición original en alemán de 1900 (Buenos Aires: Albatros, 1954), 135.

Siguiendo a Jellinek, Julio César Trujillo reconoce al Estado soberano tres atributos: independencia, supremacía y autodeterminación; en dos dimensiones: una interna, para la adopción de decisiones dirigidas al acatamiento sin apelación a poder superior, y otra externa, que le impide imponerlas fuera de su territorio; e indica:

todos coinciden también en reconocer al Estado el atributo de soberanía en su triple acepción de poder independiente de otro poder superior, poder supremo porque al interior de su territorio todo otro poder le está sometido, y poder con capacidad de autodeterminarse.

[...] Jellinek propone dos conceptos del Estado, desde la perspectiva social... lo concibe como una asociación de personas, asentadas en un territorio sobre el cual tiene el poder de dominación... Jellinek, además, al espacio físico le atribuye dos funciones: la una positiva y por ella solo el Estado, del que el espacio físico es parte, tiene la facultad para tomar decisiones y obtener de parte de los que lo habitan, el acatamiento a sus decisiones; la otra es negativa, dice el maestro alemán, que es el límite a la intromisión de cualquier otro Estado o potencia, que por lo mismo no puede pretender que sus decisiones sean acatadas por los habitantes del territorio que no es el suyo.

[...] En todo caso, aquí el término soberanía es empleado como poder supremo de dar órdenes o dictar reglas de conducta y de organización, sin recurso de apelación ante otro poder superior.<sup>4</sup>

Por lo tanto, el Estado no admite un poder superior ya que el pueblo soberano, que es el fundamento de su autoridad, exige que las decisiones no le sean impuestas arbitrariamente, sino que sean producto de un proceso democrático en el cual haya participado y de esta manera se establezcan las atribuciones y competencias de los órganos de poder público, expresamente asignadas en la Constitución y la ley.

Se configura así el denominado principio de legalidad del Derecho Público, por el cual solo la Constitución del Estado y la ley expedida por el Legislativo Nacional representante del pueblo, establecen las potestades públicas.

Ernesto Rey Cantor señala que la juridicidad atañe la legalidad jurídica y la legitimidad democrática como reflejo de la soberanía popular; así:

El principio de legalidad puede ser entendido de dos formas. La primera de manera genérica como principio de juridicidad, esto es, sometimiento de los poderes públicos y principalmente la administración, al derecho, a las normas jurídicas. La segunda en sentido estricto, sometimiento de los poderes públicos a la ley del Congreso, a la ley en sentido formal, la sujeción de los poderes públicos a la ley, entendida como tal la norma jurídica producida en

---

4. Julio César Trujillo Vásquez, *Teoría del Estado en el Ecuador: estudio de derecho constitucional* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2006), 53, 70-71, 78.

el Congreso de la República con el nombre de “ley”, una vez desarrollada todas las etapas del procedimiento legislativo previsto en la Constitución.

[...] la voz de los congresistas (representantes) es la voz del pueblo (representado) cuando votan la ley que se considera el reflejo de la voluntad general del pueblo, lo que significa un consenso parlamentario (fruto de la convergencia de las diferentes ideologías políticas) que le asigna legitimidad al trabajo legislativo en ejercicio de la soberanía popular como principio fundamental democrático.

[...] el principio de legalidad en una sociedad democrática, está vinculado inseparablemente al principio de legitimidad, es decir que los órganos que expidan las normas jurídicas han de ser elegidos por el pueblo.<sup>5</sup>

Así, solo la Constitución y la ley pueden asignar atribuciones y competencias en el Estado, ya que este con base en la soberanía popular lo hace de forma exclusiva y privativa en función del interés general, sin que a priori se le pueda imponer una obligación externa al respecto.

Vale enfatizar que la órbita internacional “no implica ni remotamente siquiera el hallazgo de una válvula de escape a las seguridades que contiene la Carta Política para el respeto de los derechos fundamentales, de la organización política y administrativa del Estado, y de las decisiones del detentador supremo de la soberanía (pueblo)”.<sup>6</sup> Tanto más que la Constitución ecuatoriana promulgada el 20 de octubre de 2008 en el art. 1 incisos primero y segundo consagra que en el Estado constitucional de derechos de carácter democrático, la soberanía que radica en el pueblo es el fundamento de la autoridad y se ejerce de forma directa o por los órganos de poder público; en el art. 118 No. 6 determina como atribución de la Asamblea Nacional expedir, modificar, interpretar y derogar las leyes; y, en el art. 226 dispone que solo la Constitución y la ley asignan las competencias y potestades públicas.<sup>7</sup>

- 
5. Ernesto Rey Cantor, “Principio de legalidad y derechos humanos: análisis desde la perspectiva del derecho constitucional procesal”. En *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coord. por Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa (México: UNAM, 2002), 529 y 562.
  6. César Montaña Galarza, “Armonización Tributaria en la Comunidad Andina: el impuesto sobre el valor agregado”. En *Manual de Derecho Tributario Internacional* (Quito: Corporación Editora Nacional, 2006), 338.
  7. Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Art. 1. El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. La soberanía radica en el pueblo, cuya voluntad es el fundamento de la autoridad, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución. Art. 120. La Asamblea Nacional tendrá las siguientes atribuciones y deberes, además de las que determine la ley: 6. Expedir, codificar, reformar y derogar las leyes, e interpretarlas con carácter generalmente obligatorio. Art. 226. Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les

Como se evidencia, es voluntad del constituyente que el ejercicio de la potestad legislativa estatal, que por esencia es una característica del Estado constitucional y democrático, le corresponda al Poder Legislativo Nacional, al ser el representante legítimo del pueblo para dictar las leyes, contando el legislador con una libertad de configuración legal ejercida conforme los límites establecidos en la Constitución, como una expresión de la soberanía popular que no admite un poder superior (y en este sentido a priori no puede condicionarse a una exigencia internacional).

Roberto Viciano categóricamente expone el carácter indelegable del principio de legalidad al señalar: “una de las cuestiones indelegables por el poder constituyente es la determinación de los órganos del poder público y de los mecanismos básicos del ejercicio del mismo”.<sup>8</sup> César Montaña, por su parte, contundentemente concluye: “la construcción de una organización supranacional productora de normativa asimilable a la ley, sin contar para ello con un órgano similar al que encabeza el poder legislativo nacional, viola flagrantemente la garantía de reserva de la elaboración de la ley”.<sup>9</sup>

Esto significa que, al ser el Legislativo el órgano constitucionalmente establecido para determinar las leyes en función de las necesidades del pueblo, no podría vía relaciones internacionales supeditarse en el ejercicio de la potestad legislativa. Esto porque se pondría en riesgo la soberanía estatal y el principio de legalidad, ya que el representante del pueblo no legislaría por sí mismo, sino por la exigencia del tratado internacional.

## LA RESERVA DE LEY COMO EXCLUSIVIDAD ESTATAL

Puesto que la titularidad de la soberanía corresponde al pueblo, y que se ejerce en el constitucionalismo democrático representativo a través de los órganos de poder público, la potestad legislativa se erige en una característica expresión de esta soberanía popular, ya que el Legislativo como detentador de la voluntad general determina el alcance, contenido y efecto de la ley, norma general de interés común dentro del Estado.

En virtud de la reserva de ley, solo el legislador nacional puede regular materias que por sus características deben ser democráticamente debatidas y difundidas, como

---

sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.

8. Roberto Viciano Pastor, “Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales”. En *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, No. 67/68 (Valencia: Universidad de Valencia, 2011): 95.

9. César Montaña Galarza, *Problemas constitucionales de la integración* (México: Porrúa, 2013), 153.

es evidente en el caso penal y tributario de gran connotación e importancia, ya que solo la ley establece las infracciones y sus sanciones, así como los impuestos.

Sergio Rey Cantor expone la íntima vinculación del principio de legalidad y de la reserva de ley penal y tributaria, con el derecho al debido proceso, así:

En el desarrollo posterior del derecho inglés encontraremos la gran conquista democrática en materia de regulación al debido proceso, siendo el parlamento el competente para expedir la ley que reconocerá su ejercicio, constituyéndose así lo que más tarde se denominaría reserva de ley; fruto de la revolución inglesa que acuñó dos principios: el principio de legalidad tributaria (no ser privado de tierra o propiedad, impuestos con el consentimiento del pueblo representado por los miembros que integran el Parlamento) y el establecimiento de los impuestos (con el consentimiento del Parlamento) y el principio de legalidad penal (no ser privado de la libertad física)... En síntesis la preceptiva inglesa reconoció la reserva de ley como corolario del debido proceso.<sup>10</sup>

La reserva de ley tiene como fundamento primordial la propia naturaleza jurídica de la norma legal, definida como “una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución manda, permite o prohíbe”.<sup>11</sup>

César Montaña expone el carácter irrenunciable de la legalidad y reserva de ley en materia tributaria, ya que configuran el principio de “autoimposición”, es decir, solo el pueblo a través del Legislativo Nacional y mediante ley establece impuestos, no así la norma comunitaria, al señalar:

los principios constitucionales de la tributación, especialmente los de legalidad y de reserva de ley son irrenunciables, al examinar la posibilidad de que órganos comunitarios mediante disposiciones de derecho comunitario derivado o secundario puedan afectar aspectos sustanciales de los tributos estatales, estos claramente aún en manos de los parlamentos nacionales para su creación, modificación o extinción, por virtud del poder tributario como expresión de la soberanía fiscal estatal.

[...] los aspectos sustanciales del impuesto al valor agregado deben ser regulados por una ley emanada del parlamento nacional y no por disposición de derecho comunitario derivado andino, por carecer esta última del necesario sustento democrático... Normalmente en las Constituciones también se encuentra implícitamente otro principio que es amplio y de gran alcance: se trata del de la autoimposición.<sup>12</sup>

10. Rey Cantor, “Principio de legalidad y derechos humanos”, 548.

11. Código Civil Ecuatoriano, artículo 1. Publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.

12. Montaña Galarza, “Armonización Tributaria en la Comunidad Andina”, 337 y 338.

La Constitución ecuatoriana de 2008 en el art. 130 en su primer inciso consagra la reserva de ley para las materias que deben ser normas generales de interés común; en su número 2 la dispone para establecer infracciones y sus sanciones; y en el número 3 la determina para establecer los tributos.<sup>13</sup> La reserva de ley implica una garantía jurídica, ya que la ley se encuentra dotada de las características de generalidad y abstracción (se aplican a todas las personas y casos), produce efectos erga omnes (no individuales), es expedida por el órgano legislativo competente (función legislativa) y es sometida a una serie de pasos para lograr un grado de seguridad jurídica mayor a otras normas jurídicas (inicia como proyecto de ley, prosigue el procedimiento parlamentario y es susceptible de control constitucional).

En tal virtud solo al legislador nacional le compete emitir leyes que prevengan a las personas de lo que se encuentra permitido y prohibido jurídicamente, ya que la sociedad le ha confiado la calidad de su representante legítimo para regular materias tan gravitantes como las indicadas penal y tributaria.

## **EL NIVEL DE CONFLICTO CONSTITUCIONAL DE ESTA MATERIA**

### **COALICIÓN MONISTA QUE PERMITE UNA IMBRICACIÓN CONCILIABLE POR EL PRINCIPIO DE ADAPTABILIDAD E INOPONIBILIDAD DEL DERECHO INTERNO**

Las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional han sido abordadas por la doctrina y jurisprudencia internacionalista bajo dos enfoques: la teoría monista, que expone la interconexión de los dos ordenamientos, y la teoría dualista, que formula su separación.

Modesto Seara Vásquez da cuenta de estas dos teorías, la dualista defendida por Triefel y la monista respaldada por Blackstone, adhiriéndose a esta última que es la que ha sido recogida de modo general por la jurisprudencia internacional:

---

13. Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. Art. 132. La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos: 2. Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes. 3. Crear, modificar o suprimir tributos, sin menoscabo de las atribuciones que la Constitución confiere a los gobiernos autónomos descentralizados.

El problema de las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno ha recibido la particular atención de la doctrina que al tratar de resolverlo, ha adoptado diversas posiciones que prácticamente agotan todas las posibilidades... 1) el derecho internacional y el derecho interno son órdenes jurídicos distintos y separados... esta es la teoría dualista, cuyo principal representante, Triefel, la desarrolló plenamente en su obra *Völkerrecht und Landesrecht* (1899); 2) el derecho internacional y el derecho interno, no pueden ser más que partes del mismo sistema de derecho, porque el derecho es uno, hay una construcción jurídica universal.

[...] Un Estado no puede ordenar su sistema jurídico interno sin tener en cuenta y respetar las normas jurídicas internacionales... Por todo ello no podemos sino defender la existencia de una relación íntima entre el derecho internacional y el derecho interno. El otro problema de la superioridad del sistema interno o del sistema internacional nos parece un problema artificial, al plantearlo en forma demasiado rígida. Creemos que lo procedente es considerar en cada caso la jerarquía de la norma particular en conflicto.

[...] La jurisprudencia de la mayor parte de los países muestra una tendencia general a aceptar e incorporar las normas del derecho internacional en el ámbito interno, lo que en realidad no es más que el reflejo de las tendencias observadas también en las respectivas legislaciones nacionales. Tal tendencia encuentra su expresión en la célebre frase de Blackstone de que el derecho internacional es *part of the law of the land*.<sup>14</sup>

Humberto Henderson manifiesta que en la *Constitución* de cada país se encuentra la adhesión a una de las dos teorías indicadas, refiriendo que “en la actualidad la mayoría de las Constituciones latinoamericanas han adoptado la teoría monista... la mayoría de las Constituciones nacionales de las Américas disponen expresamente que el derecho internacional de los derechos humanos o el derecho internacional forma parte del derecho de cada Estado”.<sup>15</sup>

La Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969<sup>16</sup> en la Parte III “Observancia, aplicación e interpretación de los tratados”, sección primera “Observancia de los tratados”, en el art. 26 determina el principio de derecho internacional

14. Modesto Seara Vázquez, “Los conflictos de la ley nacional con los tratados internacionales”. En *Derecho Internacional Público* (México: UNAM 2004): 115-118. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/828/9.pdf>>.

15. Humberto Henderson, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”, *Revista del Instituto Interamericano de Derecho Humanos IIDH*, Volumen 29 (San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos Corte IDH, 2004): 74. Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf>>.

16. Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas ONU, reunida en la capital austriaca el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980, fue objeto de ratificación por parte de la República del Ecuador mediante Decreto Ejecutivo No. 619 publicado en el Registro Oficial No. 134 de 28 de julio de 2003, cuenta con el depósito del instrumento de ratificación en la Secretaría General de la ONU del 1 de febrero de 2005, entrando en vigencia para el Ecuador el 11 de marzo de 2005 y su texto se encuentra publicado en el Registro Oficial No. 6 de 28 de abril de 2005.

“pacta sunt servanda” y en el art. 27 dispone el principio de inoponibilidad del derecho interno:

Artículo 26. Pacta sunt servanda. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27. 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. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

La Comunidad Andina, integrada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, tiene como instrumento constitutivo el Acuerdo de Cartagena de 1969, habiéndose regulado las actividades de las Instituciones el Sistema Andino de Integración con la emisión de sus respectivos instrumentos; así, en específico, en el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 1979, que es el órgano jurisdiccional de la integración andina en funciones efectivas desde 1984, se determina en el art. 3 que las normas comunitarias son de aplicación directa salvo que estas dispongan su incorporación al derecho interno, y se establece en el art. 4 que los países miembros por una parte adoptarán las medidas de cumplimiento de las normas comunitarias y por otra parte que no adoptarán ninguna medida contra dichas normas, así:

Artículo 3. Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior.

Cuando su texto así lo disponga, las Decisiones requerirán de incorporación al derecho interno, mediante acto expreso en el cual se indicará la fecha de su entrada en vigor en cada País Miembro.

Artículo 4. Los Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina.

Se comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.<sup>17</sup>

Esto implica que a los Estados Miembros de la Comunidad Andina se les aplica el principio de “aplicación inmediata” y “efecto directo” de las normas comunitarias como expresión de los principios del derecho internacional de “adaptabilidad” e “inoponibilidad” del derecho interno y de la “teoría monista” de las relaciones entre el

---

17. Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 1979. Disponible en <<http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/TCREACION.pdf>>.

derecho interno y el derecho internacional que bajo este enfoque se articulan y armonizan en una especie de “coalición” normativa.

En virtud de ello, cuando el país miembro adoptó el instrumento constitutivo de la comunidad y el tratado de creación del órgano jurisdiccional comunitario, habría optado por una medida de adaptabilidad, que no afectaría su soberanía estatal ya que voluntariamente ha accedido a no alegar la inoponibilidad del derecho interno. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha sostenido aquello en sus dos primeras líneas jurisprudenciales.

En una primera línea jurisprudencial se ha determinado que el ordenamiento de la integración es la manifestación de una “soberanía conjunta y compartida”, por lo que no puede ser desconocido ni alterado (Sentencia del Proceso 1-N-86 de 10 de junio de 1986); que el derecho comunitario forma parte de los ordenamientos jurídicos nacionales sin que pueda oponerse a él medidas unilaterales (Sentencia del Proceso 1-IP-87 de 3 de diciembre de 1987); que la regla interna queda desplazada por la comunitaria que no puede contrariarse (Sentencia del proceso 2-IP-88 de 25 de mayo de 1988); lo cual es ratificado en la Sentencia del Proceso No. 5-IP-89 de 26 de octubre de 1989.<sup>18</sup>

En una segunda línea jurisprudencial se ha establecido que el legislador nacional queda imposibilitado para modificar, sustituir o derogar el derecho común cuando el legislador comunitario ha ocupado efectivamente ese terreno con normas obligatorias (Sentencia del Proceso 2-IP-90 de 20 de septiembre de 1990); que en aplicación del principio de “complemento indispensable”, la legislación nacional solo puede desarrollar por excepción el derecho comunitario cuando es necesario para su correcta aplicación (Sentencia del Proceso 10-IP-94 de 20 de abril de 1995); que los países miembros han delegado al órgano comunitario la capacidad de legislación exclusiva sobre materias de su competencia (Sentencia del Proceso No. 3-AI-96 de 24 de marzo de 1997); y, que esta delegación es soberana de cada Estado para llegar a la anhelada integración (Sentencia No. 10-IP-95 de 26 de junio de 1998).<sup>19</sup>

En este punto, Julio César Trujillo expone que, debido al proceso de internacionalización actual no cabe hablar de un concepto de soberanía absoluta, ya que esta se relativiza en la práctica, pasando de una soberanía nominal a una soberanía real en el cual los procesos de integración son compatibles, como el de la Comunidad Andina

---

18. La Sentencia del Tribunal Andino de la Comunidad Andina del Proceso No. 5-IP-89 de 26 de octubre de 1989, cita las Sentencias en los Procesos No. 2-N-86, 1-IP-87 y 2-IP-87.

19. La Sentencia del Tribunal Andino de la Comunidad Andina del Proceso No. 3-AI-96 de 24 de marzo de 1997, cita las Sentencias en los Procesos No. 2-IP-90 y 10-IP-94. La Sentencia del Tribunal Andino de la Comunidad Andina del Proceso No. 10-IP-95 de 26 de junio de 1998, cita las Sentencias en los Procesos No. 1-IP-87 y 10-IP-94.

cuyo Acuerdo Constitutivo codificado en 2003 confiere la primacía de la normativa comunitaria a la interna, así indica:

La creciente internacionalización de la vida y actividad del Estado y la consiguiente positivización o sometimiento de ellas a normas jurídicas, no todas derivadas de su voluntad rechazan la concepción de la soberanía absoluta.

[...] Las normas que proclaman la soberanía del Estado y las que propugnan la integración son compatibles, al decir de los institutos especializados y creemos que esto es así siempre que al término soberanía se lo entienda en términos relativos arriba enunciados y que el Ecuador, por medio de la integración, busque pasar de la soberanía nominal, que hasta ahora hemos vivido, a la soberanía real, en un mundo de equitativa interdependencia.

El Ecuador, en ejercicio de la autorización del art. 4.5 de la Constitución forma parte de la Comunidad Andina –CAN–, cuyo Acuerdo Constitutivo, en la versión actualmente vigente consta en el R.O. No. 163 de 5 de septiembre de 2003 y ya prevé el principio de primacía del Derecho a la Integración sobre el Interno<sup>20</sup>

La Codificación del Acuerdo Constitutivo de la CAN promulgada el 5 de septiembre de 2003 en el Considerando No. 3 enfatiza que la soberanía de los Estados miembros es el sustento del Proceso de Integración Subregional Andino y en el art. 3.b establece que la armonización y aproximación gradual de las legislaciones nacionales es un objetivo del acuerdo.<sup>21</sup>

El Tribunal Andino de la Comunidad Andina, sobre la primacía del derecho comunitario al derecho interno, ha emitido una tercera línea jurisprudencial: que la transferencia de competencias recae sobre el legislador comunitario, por ello el legislador nacional queda limitado para legislar sobre dicha normativa, dada las “cesiones del ejercicio de la soberanía” sobre determinadas materias (Sentencia del Proceso No. 114-AI-2004 de 8 de octubre de 2005); que la “supremacía” del derecho comunitario se soporta en los principios de eficacia directa, aplicabilidad inmediata y autonomía de ordenamiento jurídico andino, razón por la que en caso de antinomias entre derecho comunitario y derecho interno prevalece el primero (Sentencia del Proceso No. 190-IP-2007 de 19 de febrero de 2008); y, que la prevalencia de la norma comunitaria tiene como soporte la cesión de soberanía de los países miembros en ciertas materias (Sentencia del Proceso No. 90-IP-2008 de 22 de agosto de 2008).

---

20. Trujillo Vásquez, “Teoría General del Estado”, 116 y 119.

21. Codificación del Acuerdo Constitutivo de la CAN publicado en el Registro Oficial No. 63 de 5 de septiembre de 2003: [...] CONSCIENTES que la integración constituye un mandato histórico, político, económico, social y cultural de sus países a fin de preservar su soberanía e independencia. Art. 3. Para alcanzar los objetivos del presente acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes: b) La armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes.

Esto significaría que si una norma comunitaria le exige al Estado expedir, reformar o derogar una ley nacional, no le generaría ningún conflicto constitucional porque, en ejercicio de la “soberanía compartida”, ha aceptado que la ley interna no puede afectar a la norma comunitaria (primera línea), ya que la legislación nacional debe ser “complemento indispensable” en el proceso de armonización y aproximación gradual del proceso de integración (segunda línea); más aún si la “supremacía” del derecho comunitario se basa en la “cesión de soberanía” sobre determinadas materias (tercera línea).

Cabe enfatizar que la Constitución de la República del Ecuador promulgada el 20 de octubre de 2008 autoriza expresamente que el Legislativo apruebe el instrumento internacional cuya materia comprometa a condicionar el ejercicio de la potestad legislativa nacional; y establece expresamente la jerarquía infraconstitucional y supralegal de los tratados y convenios internacionales de cooperación e integración.

Así, la Norma Suprema ecuatoriana determina la posibilidad de expedir, reformar o derogar una ley si el compromiso internacional así lo exige (art. 419 No. 3); dispone que los tratados internacionales de cualquier materia que no sea relativa a los derechos humanos, como sería el caso de los relativos al compromiso de expedir, modificar o derogar una ley cuentan con jerarquía infraconstitucional y supralegal, debiendo en caso de conflicto aplicarse este principio jerárquico normativo (art. 425 primer y segundo incisos); y establece su control de constitucionalidad (art. 438 No. 1), que una vez efectuado podría reafirmar la necesidad de la adaptabilidad de la ley interna.<sup>22</sup>

La Corte Constitucional del Ecuador al respecto ha emitido los siguientes dictámenes de relevancia: en el Dictamen No. 0002-2008-CI de 17 de marzo de 2009 consideró que el tratado internacional sujeto a control constitucional se encasillaba en el art. 419 No. 3 de la Constitución y obligaba al Estado a sancionar las infracciones al convenio, debiéndose instrumentar mediante la expedición de la ley respectiva a su tipificación conforme al principio de legalidad.<sup>23</sup> En el Dictamen No. 011-11-DTI-CC

- 
22. Constitución de la República del Ecuador (2008). Art. 419. La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que: 3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley. Art. 425. El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos. En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior. Art. 438. La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional.
23. Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 0002-2008-CI de 17 de marzo de 2009, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 584 de 6 de mayo de 2009: “Esta Corte advierte que en el contenido del Convenio se encuentra implícito el compromiso de expedir las normas legales que viabilicen sus contenidos, así se determina de lo dispuesto en el artículo 8, que señala “Toda infracción de las disposiciones del presente Convenio

de 1 de septiembre de 2011 consideró que la materia contenida en el art. 419 No. 3 de la Constitución sobre el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley, se encuadra dentro de una materia inviolable con categoría de *ius cogens*, como es la “convivencia pacífica internacional” para la búsqueda de la paz e integración mundial, y se relaciona con el art. 419 No. 6 sobre los acuerdos de integración y de comercio así como con el art. 419 No. 7 sobre la atribución de competencias a un organismo internacional o supranacional.<sup>24</sup>

Juan Carlos Cassagne señala que debido a la jerarquía suprallegal del tratado internacional se ha producido un proceso de “fragmentación” de la ley, que resulta compatible con la reserva de ley en ciertas materias:

El panorama de las fuentes del Derecho se caracteriza así por la declinación de la ley positiva, a la que se suma el hecho de que como consecuencia de la primacía de las normas comunitarias o de las emanadas de los tratados internacionales, la ley ha perdido la prevalencia jerárquica que antes tenía en los ordenamientos nacionales, la cual resulta desplazada por el predominio de la norma internacional, que se considera de superior jerarquía... De este modo siempre existe la posibilidad del ejercicio de poderes de legislación residuales en aquellos campos en que ha operado la fragmentación de la ley.

[...] Ello no quita, desde luego, la trascendencia, que cabe reconocerle al principio democrático en la definición de la ley, entendida como el producto del consentimiento de los representantes del pueblo, que cuenta por la vía de representación popular en el Parlamento, con la aprobación de sus destinatarios. Sin embargo, al haberse fragmentado, como antes se vio, las fuentes de producción de las normas, la fortaleza de la ley se ha mantenido en aquellas materias que configuran la reserva legal.<sup>25</sup>

---

estará penada con las sanciones que a tal efecto establecerá la legislación de la administración del buque de que se trate, independientemente, de donde ocurra la infracción” (...). Dado que el Estado ecuatoriano puede encontrarse en una y/u otra situación prevista en la definición, deberá establecer las sanciones aplicables a las infracciones al Convenio, sanciones que deberán estar previstas legalmente, observando el principio de legalidad (...) Consecuentemente, la aplicación del Convenio conlleva la obligación de emitir leyes, razón por la que deberá ser aprobado por la Asamblea Nacional, conforme prevé el artículo 419 No. 3”.

24. Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 011-11-DTI-CC de 1 de septiembre de 2011, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 572 de 10 de noviembre de 2011: “La Constitución de la República del Ecuador establece en el artículo 419 la necesidad de aprobación por parte de la Asamblea Nacional, previo a la ratificación o denuncia de los tratados internacionales, tratándose de las siguientes materias (...) Realizando una interrelación de las materias inviolables que generan una norma imperativa internacional dotada de *ius cogens* expuestas por la doctrina internacionalista con la presente disposición constitucional se evidencian las siguientes vinculaciones (...) La convivencia pacífica internacional (para la búsqueda de la paz e integración mundial) con el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley (artículo 419 numeral 3); los acuerdos de integración y de comercio (artículo 419 numeral 6) y la atribución de competencia propia del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional (artículo 419 numeral 7)”.
25. Juan Carlos Cassagne, *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa* (Buenos Aires: Marcial Pons, 2009), 118-119 y 123.

La Constitución es una expresión del poder constituyente, en tanto que la ley es manifestación de un poder constituido, y si el propio constituyente ha habilitado que el legislador nacional adapte la ley al compromiso internacional, y le ha conferido al tratado internacional la jerarquía infraconstitucional y supralegal, no se afectaría la soberanía.

En definitiva, bajo los principios del derecho internacional de adaptabilidad e inoponibilidad del derecho interno que configuraría una especie de coalición normativa monista, no habría conflicto constitucional, si un tratado internacional compromete al Estado a expedir, reformar o derogar una ley interna, para la armonización normativa con la órbita internacional, reservándose en materia penal y tributaria la libertad de configuración legal del asunto.

### **COLISIÓN DUALISTA QUE PRODUCE UNA IMPOSICIÓN JURÍDICA IRRECONCILIABLE POR LA CONFIGURACIÓN DE UN SOMETIMIENTO**

Juan Pablo Pampillo Baliño considera que parte de la doctrina plantea una superación de la teoría “monista” en las relaciones internacionales y la “redefinición” de la soberanía:

De la misma manera, como observa el profesor Zolo, dicho derecho debiera “rechazar la idea monista y normativista” de un “único omnicompreensivo ordenamiento jurídico”, dando cabida a una serie de “fuentes descentralizadas de producción y aplicación del Derecho”.

[...] En la misma línea de pensamiento pueden retomarse también algunas ideas anteriormente expuestas sobre el Derecho Global propuestas por el Profesor Rafael Camino, quien lo perfila como un derecho que... c) Implicará la redefinición de la igualdad soberana de las naciones y supondrá la cesión de la misma para la conformación de instituciones e instancias de justicia globales *ratione materiae*.<sup>26</sup>

Se trata entonces de la afirmación de la teoría “dualista” que sostiene la separación entre el derecho interno y el derecho internacional, rescatando la potestad legislativa estatal para que “internalice” el instrumento internacional mediante una ley, como acto normativo que es expresión de su soberanía, de tal forma que si el Parlamento nacional aprecia que el tratado entra en “colisión” con su normativa interna, no podrá ratificarlo ni expedir la norma legal condicionada al mismo.

---

26. Juan Pablo Pampillo Baliño, *Hacia un nuevo ius commune americano: reflexiones y propuestas para la integración jurídica* (Bogotá: Ibáñez, 2012), 164 y 165.

Por su parte, Manuel Becerra Benítez explica la teoría dualista de la siguiente forma:

Esta concepción parte de la premisa de que el derecho internacional y el derecho interno, al ser dos sistemas jurídicos distintos que operan separadamente, postula que el derecho internacional para que tenga efectos jurídicos, dentro de la jurisdicción doméstica, debe —expresa y específicamente— ser transformada en norma de derecho interno por medio del acto del aparato legislativo, por medio de una ley

[...] En virtud del principio de la soberanía de los Estados, cada uno de los Estados tiene la facultad de determinar el tipo de norma internas de recepción de los tratados internacionales.<sup>27</sup>

La colisión entre el derecho interno y el derecho internacional se da justamente bajo la teoría dualista porque el tratado en materia de comercio e integración no cuenta con una jerarquía suprallegal inmediata, ya que es objeto de internalización por parte del legislativo nacional, que se reserva el ejercicio de la soberanía como representante del pueblo para autoimponerse sus leyes.

John H. Jackson indica: “existen buena razones para que un sistema jurídico nacional con instituciones democráticas típicas evite la combinación de la aplicación legal interna directa y un estatus superior para las normas de los tratados sobre la legislación interna expedida posteriormente”.<sup>28</sup>

Carlos Bernal Pulido advierte que en el contexto internacional actual se ha desdibujado la soberanía dada la multiplicidad de actores supranacionales y transnacionales, y, siguiendo a Dieter Grimm, critica este déficit democrático, enfatizando que sin intervención estatal no se despliega la función prescriptiva de la Constitución a través del principio de legalidad y de reserva de ley:

Los rasgos de la soberanía se desdibujan cuando el poder político sitúa sus expectativas y comportamientos en la trayectoria de estos canales de los sistemas económico y científico. Frente a ellos, el poder estatal no puede ejercerse... Sobre otros tantos, no tiene legitimidad para obrar pues sus actores tienen índole transnacional o supraestatal... Dieter Grimm de-

---

27. Manuel Becerra Ramírez, “Tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en segundo plano respecto de la Constitución Federal”, *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 3, Sección Comentarios Jurisprudenciales (México: UNAM, 2000): 172-173. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/3/cj/cj7.pdf>>.

28. John H. Jackson, “Status of treaties in domestic systems: a policy analysis”, *American Journal of International Law*, Volumen 86, No. 2 (EE. UU.: 1992): 313, citado por Sergio López Ayllón, “La jerarquía de los tratados internacionales”, *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 3, Sección Comentarios Jurisprudenciales (México: UNAM, 2000): 207. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/3/cj/cj7.pdf>>.

fiende una tesis al extremo escéptica: “la extensión de las funciones del moderno Welfare State trae consigo un déficit de reglamentación constitucional” y un déficit operativo para la democracia. (Grimm, “Die Zukunft der Verfassung”, 1990,160)

[...] Dado que la Constitución de la democracia se dirige a regular la intervención estatal; donde esta no se produce, la Constitución no puede operar. “Sin intervención no hay reserva de ley; sin reserva de ley, no hay legalidad de la administración pública, y sin legalidad de la administración pública no hay control de legitimidad por parte de los jueces”. En otros términos, la existencia de un acto estatal es un presupuesto apodíptico para el despliegue de la función prescriptiva de la Constitución. El sometimiento de la ley a la Constitución y de los actos administrativos a la ley, no puede verificarse de no mediar una ley.<sup>29</sup>

Este autor continúa su exposición, siguiendo por una parte a Peter Häberle, para exponer que la soberanía popular, los principios de constitucionalidad y de legalidad son elementos irrenunciables del Estado constitucional democrático; y, por otra parte siguiendo a Dieter Grimm, para indicar que es necesario hacer frente a la ideología predominante sobre la supeditación del Estado a la órbita internacional o supranacional, reclamando la máxima rousseauiana de la participación democrática activa en estos procesos:

La soberanía popular, la exigencia de legitimación jurídica y de límites al poder estatal, la garantía de la libertad individual y de la igualdad y los principios de legalidad y constitucionalidad conforman un acervo constitucional irrenunciable. Ellos son elementos del Estado constitucional democrático (Häberle, Libertad, igualdad, fraternidad: 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional, Madrid: Trotta, 1998, 67)

[...] La consecución de estos loables propósitos está supeditada, antes que nada, a decisiones de política económica; algunas de ellas, son ajenas al Estado. Son medidas adivinadas, surgidas de organismos internacionales o supranacionales, a los cuales el Estado ha transferido parte de sus competencias, como parte de su participación en procesos de integración o globalización

[...] Dieter Grimm ha concientizado acerca de la poca capacidad de la Constitución democrática para hacer frente a las consecuencias de la *mise en oeuvre* de esta ideología predominante... El único camino que parece restar es evocar a Rousseau para reclamar la participación ciudadana en las instancias de decisión económica y política, dentro y fuera del Estado. Solo la democracia puede salvaguardar la libertad, donde la Constitución desfallece. Las voluntades individuales y colectivas deben tomar parte activa en los procesos de decisión en todos los niveles: regional, estatal supranacional e internacional.<sup>30</sup>

29. Carlos Bernal Pulido, “La democracia como principio constitucional en América Latina”. En *Constitución e Integración*, edit. por Myriam Salcedo Castro (Bogotá: Universidad del Rosario, 2006), 106 y 107.

30. *Ibid.*, 109, 110 y 113.

Resulta trascendental enfatizar la esencia del principio de legalidad y de reserva de ley; primero, cuenta con contenido constitucional, es decir, no es un mero trámite de orden formal, sino de implicación material; y, segundo, es una expresión del constitucionalismo democrático; razón por la cual condicionar la expedición, reforma o derogación de una ley interna a una exigencia internacional, no se resolvería únicamente considerando que ha existido una armonización de la potestad normativa legal en aplicación del principio de adaptabilidad e inoponibilidad del derecho interno.

Roberto Viciano enfatiza que, al ser la órbita de relaciones internacionales un poder constituido, no puede alterar al poder constituyente que ha establecido el procedimiento constitucional para la emisión de la ley como norma de alcance general por parte el órgano democrático representativo, así:

El fundamento del orden constitucional radica en que los ciudadanos determinamos, a través de procedimientos democráticos, cuáles son las instituciones que ejercen el poder público y, por consiguiente aceptamos nuestra sujeción a las decisiones jurídicas que adopten, siguiendo los procedimientos constitucionalmente establecidos.

[...] Sería absurdo políticamente, e inconstitucional jurídicamente hablando, que mediante una decisión adoptada por los poderes constituidos (Gobierno y Parlamento) se alteren las determinaciones realizadas por el poder constituyente sobre las garantías que deben respetar las instituciones que ejercen poder público

[...] Es más se ha convertido en principio articulador del Estado constitucional que las normas jurídicas de alcance general deben ser elaboradas por un órgano representativo de las diferentes tendencias políticas de la sociedad, elegido directamente a través del sufragio universal, libre y directo.<sup>31</sup>

El principio de legalidad y de reserva de ley se ha estatuido entonces para que las materias más relevantes deban ser ejercidas con exclusividad por el Estado, a través de la potestad legislativa, que establece democráticamente normas abstractas y generales en la regulación de la vida social. Es decir, en el momento de implementar el principio de legalidad y reserva de ley, el Estado no debe estar condicionado, dominado o sometido a ningún otro poder, so pena de disminuir su soberanía.

La Corte Constitucional del Ecuador ha emitido los siguientes pronunciamientos al respecto:

En los Dictámenes sobre los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TPRI) que permitían la cesión de jurisdicción soberana al arbitraje comercial internacional ha declarado la inconstitucionalidad de los artículos correspondien-

---

31. Viciano Pastor, "Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales", 94 y 96.

tes por contravenir el art. 422 de la Constitución y la procedencia de su denuncia por parte de la Asamblea Nacional en este punto, señalando: que aquello no solo contraría la supremacía constitucional sino que también es un atentado a la soberanía popular (Dictamen No. 023-10-DTI-CC de 24 de junio de 2010 en TPRI con Alemania); que es un deber primordial estatal la defensa de la soberanía que se expresa su más amplia concepción administrativa, económica, jurídica y política, tanto más si dicho arbitraje ha desconocido la soberanía tributaria del país receptor de la inversión (Dictamen No. 035-10-DTI-CC de 7 de octubre de 2010 en TPRI con Canadá); y, que la excepción constitucional que permite el arbitraje en los procesos de integración latinoamericana y regional no se aplica al caso de inversiones (Dictamen No. 043-10-DTI-CC de 25 de noviembre de 2011 en TPRI con EE.UU.).<sup>32</sup>

En el Dictamen No. 016-11-DTI-CC de 15 de diciembre de 2011 por una parte efectuó una sistematización de las materias contenidas en el art. 419 de la Constitución, indicando que el numeral 3 relativo al compromiso de expedir, reformar o derogar una ley se relaciona con el numeral 6 referente a los acuerdos de integración y de comercio, encuadrándose las dos materias dentro del principio internacional de

---

32. Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 023-10-DTI-CC de 24 de junio de 2010 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 249 de 3 de agosto de 2010: “Es por ello que de acuerdo a la corriente constitucionalista, nada está exento del control de constitucionalidad, por ende, no se puede permitir la creación de estos tribunales arbitrales para la solución de controversias que se suscitaren del presente tratado, ya que aquello iría en contra, no solo de disposición constitucional expresa, sino que sería un atentado a la soberanía popular expresada a través de la Constitución de la República (artículo 422 de la Constitución)”. Dictamen No. 035-10-DTI-CC de 7 de octubre de 2010 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 313 de 4 de noviembre de 2010: “La Constitución de la República establece como uno de sus primordiales deberes el “*garantizar y defender la soberanía nacional*” la misma que en el ámbito nacional se traduce en la voluntad del pueblo que legitima en última instancia las decisiones de la autoridad; mientras que en ámbito internacional comprende la base de las relaciones entre los Estados, pues parte de la autoridad que cada Estado tiene sobre sí (...) En este sentido, el artículo 416 de la Constitución de la República establece que las relaciones internacionales responden a los intereses del Pueblo; además de condenar cualquier tipo de injerencia de los Estados en los asuntos internos, propugna la soberanía en su más amplia concepción, esto es, la soberanía política, económica, jurídica y administrativa (...) a pesar de que en la mayoría de los convenios se ha respetado la soberanía tributaria de los países receptores de inversión, los tribunales arbitrales eventualmente las desconocen, al estimar que una medida tributaria es “confiscatoria”, lo que evidentemente habría lesionado el interés nacional, justificándose de esta manera la intención de *denunciar* por parte del Presidente Constitucional de la República al *Convenio* en mención”. Dictamen No. 043-10-DTI-CC de 25 de noviembre de 2010 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 359 de 10 de enero de 2011: “La excepción a la disposición constitucional contenida en el artículo 422 está dada por “los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir Jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia” (...) Del análisis de los artículos VI y VII de este instrumento internacional, se observa que el mismo no tiende hacia un proceso de integración regional, sino a un instrumento que compromete a los estados, particulares y sociedades del Ecuador y Estados Unidos de América en un tema específico que son las inversiones; por ende, no se encasilla dentro de la salvedad que contempla el texto constitucional. Por tanto, los artículos VI y VII del tratado internacional, objeto de análisis, es claramente contrario a la Constitución de la República del Ecuador”.

“convivencia pacífica” para la armonización legislativa; en tanto que el numeral 5 relativo al no comprometimiento a condiciones financieras transnacionales se relaciona con el numeral 7 referente a la atribución de competencias a organismos internacionales o supranacionales, enmarcándose las dos en la “prohibición de neocolonialismo” que rechaza las imposiciones jurídicas y sometimientos financieros; y, por otra parte señaló que al tratarse el instrumento internacional en examen de un convenio para evitar la doble imposición internacional, ello opera solo sobre los impuestos vigentes en el Ecuador no obligando al Estado a crear ningún otro en aplicación del principio de legalidad y reserva de ley en materia tributaria que se ejerce acorde a la conveniencia y al “interés nacional”.<sup>33</sup>

César Montaña enfatiza que las relaciones internacionales no pueden configurar una “cesión” sino una “delegación” de competencias y, por lo tanto, la integración supranacional es un poder constituido que no puede relativizar la soberanía estatal ni la supremacía constitucional, y relievra que en este ejercicio el Estado mantiene la “competencia de la competencia”:

Para nosotros en realidad no ocurre “cesión” de poder en estricto sentido jurídico, sino una entrega o atribución a título de delegación de competencias por parte de los estados miembros a la comunidad, en uso de la soberanía que pasa a compartirse.

[...] La integración supranacional como poder constituido que es, produce entre otras cosas, normativa jurídica aplicable en los territorios de los estados miembros, pero este nuevo

---

33. Corte Constitucional del Ecuador, Dictamen No. 016-11-DTI-CC de 15 de diciembre de 2011 publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 619 de 16 de enero de 2012: “Constitucionalmente, la materia del instrumento internacional incluida en la necesidad de aprobación legislativa (artículo 419) marca la distinción entre el procedimiento simple y el complejo. La Constitución de la República del Ecuador establece la necesidad de aprobación por parte de la Asamblea Nacional de aquellos instrumentos internacionales, cuyas materias se encuadren en los 8 numerales del artículo 419, mismos que pueden sistematizarse así (...) El numeral 3 sobre del compromiso de expedir, modificar o derogar una ley, y el numeral 6 respecto de los acuerdos de integración y de comercio, connotan la convivencia pacífica internacional para la armonización legislativa, cooperación e integración económica. El numeral 5 respecto del no comprometimiento de la política económica estatal establecida en el Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales, y el numeral 7 sobre la atribución de competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional, implican la prohibición de neocolonialismo que rechaza las imposiciones jurídicas y sometimientos financieros (...) el presente convenio es aplicable actualmente solo al impuesto a la renta de personas naturales y sociedades normado en la *Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno LORTI* (Título I, Capítulos I a XI, art. 1 a 51), mas no al impuesto al patrimonio que no se encuentra actualmente previsto en la legislación ecuatoriana (...) Por esta razón se justifica que el que el presente convenio se circunscriba actualmente al impuesto a la renta en el caso ecuatoriano, pues nuestro ordenamiento interno no prevé el impuesto al patrimonio cuya instauración les corresponde a las funciones Ejecutiva y Legislativa de la República del Ecuador, siempre que los estimen oportunos y convenientes para el interés nacional. En este sentido se precisa que la referencia al impuesto al patrimonio en el presente convenio bilateral con la República del Uruguay no genera la imperatividad de crearlo, sino que en caso de que sea instaurado entrará al ámbito de aplicación del convenio mediante la notificación respectiva.

sistema jurídico carece de capacidad para relativizar, y peor aún para desconocer sin más la supremacía constitucional... dejando así seriamente cuestionada la soberanía estatal así como la capacidad del pueblo organizado en una nación

[...] ponemos en relieve... la afirmación de la soberanía estatal, cuando únicamente concibe la entrega de competencias a la organización supranacional para el ejercicio de las mismas, así la competencia de la competencia se mantiene en poder del Estado.<sup>34</sup>

En la misma línea, Claudia Storini subraya la necesidad de rescatar el marco de libertad de los Estados cuando entablan relaciones externas, de tal forma que puedan adherirse o retirarse libremente y, de esta forma, mantener la soberanía del Estado a salvo, como titular de la última palabra soberana en el contexto internacional que en contraste condiciona esta libertad de acción:

Por tradición, un Estado es soberano en tanto sea dueño absoluto de las decisiones tanto en el ámbito interno como con respeto a los compromisos que acepte con otros Estados. La capacidad de involucrarse en acuerdos internacionales no tiene sentido a no ser que sea usada en un marco de libertad de acción de las partes contrayentes. Estas partes serán libres de establecer qué obligaciones tomar y también serán libres de decidir retirarse de ellas, de acuerdo por supuesto a los límites que pueden haber sido establecidos por cada tratado en particular. De esta manera, la soberanía de las partes contrayentes está a salvo.

[...] A este respecto no hay que olvidar que como ya se puso de relieve, uno de los elementos básicos del concepto de soberanía nacional es justamente el privilegio de tener la última palabra acerca de las normas que se aplican dentro de su propio ordenamiento. El contraste entre soberanía e integración se hace por tanto palpable cuando se impone el deber de aplicar las normas comunitarias en contra de las normas legales nacionales o hasta del mismo orden constitucional... De ahí que surja la pregunta de si es realmente posible, sin abandonarlo –y de esta manera inscribirse en alguna forma de revolución–, combinar una doctrina de la soberanía de los estados con una realidad que condiciona de manera tan fuerte la libertad de acción de estos últimos a través del tipo de jerarquía legal que impone el ordenamiento comunitario.<sup>35</sup>

En suma, el poder constituido de potestad normativa legal no puede abstraerse del poder constituyente que ha consagrado la relevancia y trascendencia constitucional del principio de legalidad para establecer competencias y del principio de reserva de ley especialmente en materia penal y tributaria, en los cuales se debe entonces asegurar la soberanía estatal, con libertad de acción y de decisión.

---

34. Montaña Galarza, “Problemas constitucionales de la integración”, 64, 160 y 163.

35. Claudia Storini, “Integración y Constituciones Nacionales”. En *Estado, Derecho y Economía*, edit. por Agustín Grijalva, María Elena Jara y Dunia Martínez (Quito: Corporación Editora nacional, 2013), 290 y 291.

## CONCLUSIONES

El Derecho constitucional, que estructura y limita el poder estatal, y el Derecho internacional, que regula las relaciones interestatales, tienen una conexión fundamental, los dos atañen el ejercicio de la soberanía del Estado, y sus decisiones deben adoptarse en función de la conveniencia colectiva, el interés general y la participación democrática que debe asegurarse a nivel interno y externo.

El compromiso internacional que adquiere el Estado para expedir, reformar o derogar una ley debe cumplirse de buena fe conforme al principio *pacta sunt servanda*, tanto más si los instrumentos internacionales de derechos humanos cuentan con la misma jerarquía constitucional y los tratados de otras materias como el comercio y la integración cuentan con una jerarquía infraconstitucional y supralegal.

La autorización al Estado para asumir un compromiso internacional que le conlleve la expedición, reforma o derogación de una ley deriva de una atribución, mas no de la cesión de competencias en la órbita internacional, es un poder constituido que no puede enervar el poder constituyente que ha resguardado la soberanía popular para a través del Legislativo Nacional pueda dar la configuración legal al tratado y lograr la adaptabilidad y armonización de la legislación interna a las normas comunitarias y de integración supranacional, en una especie de coalición normativa monista.

El principio de legalidad, por el cual solo la Constitución y la ley asignan competencias, da certeza a los ciudadanos de que estas han sido atribuidas luego de un debate democrático; el principio de reserva de ley, por el cual solo la norma legal puede regular los asuntos de interés general, dota a las personas de la previsibilidad de las conductas que les acarrearán consecuencias especialmente en materia penal y tributaria; por ello el condicionamiento de la potestad legislativa estatal, no debe incurrir en la prohibición de neocolonialismo que proscribiera la imposición y sometimiento a condiciones jurídicas y financieras transnacionales, evitando una colisión normativa dualista.

## BIBLIOGRAFÍA

Becerra Ramírez, Manuel. “Tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en segundo plano respecto de la Constitución Federal”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 3. México: UNAM (2000). Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/3/cj/cj7.pdf>>.

- Bernal Pulido, Carlos. “La democracia como principio constitucional en América Latina”. En *Constitución e Integración*, editado por Myriam Salcedo Castro. Bogotá: Universidad del Rosario, 2006.
- Cassagne, Juan Carlos. *El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Buenos Aires: Marcial Pons, 2009.
- De Vega García, Pedro. “Mundialización y derecho constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”. En *Estado constitucional y globalización*, compilado por Miguel Carbonell y Rodolfo Vásquez. México: Porrúa, 2003.
- Henderson, Humberto. “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine”. *Revista del Instituto Interamericano de Derecho Humanos IIDH*, vol. 29. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004). Disponible en <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/R06729-3.pdf>>.
- Jackson, John H. “Status of treaties in domestic systems: a policy analysis”. *American Journal of International Law*, vol. 86, No. 22, EE. UU. (1992), citado por Sergio López Ayllón, “La jerarquía de los tratados internacionales”. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 3, México: UNAM (2000). Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/CuestionesConstitucionales/3/cj/cj7.pdf>>.
- Jellinek, Georg. *Teoría General del Estado*. Traducido por Fernando de los Ríos de la edición original en alemán de 1900. Buenos Aires: Albatros, 1954.
- Montaño Galarza, César. “Armonización Tributaria en la Comunidad Andina: el impuesto sobre el valor agregado”. En *Manual de Derecho Tributario Internacional*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2006.
- . *Problemas constitucionales de la integración*. México: Porrúa, 2013.
- Pampillo Baliño, Juan Pablo. *Hacia un nuevo ius commune americano: reflexiones y propuestas para la integración jurídica*. Bogotá: Ibáñez, 2012.
- Rey Cantor, Ernesto. “Principio de legalidad y derechos humanos: análisis desde la perspectiva del derecho constitucional procesal”. En *Instrumentos de Tutela y Justicia Constitucional, Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, coordinado por Juan Vega Gómez y Edgar Corzo Sosa. México: UNAM, 2002.
- Seara Vásquez, Modesto. “Los conflictos de la ley nacional con los tratados internacionales”. En *Derecho Internacional Público*. México: UNAM, 2004. Disponible en <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/828/9.pdf>>.
- Storini, Claudia. “Integración y Constituciones Nacionales”. En *Estado, Derecho y Economía*, editado por Agustín Grijalva, María Elena Jara y Dunia Martínez. Quito: Corporación Editora Nacional, 2013.
- Trujillo Vásquez, Julio César. *Teoría del Estado en el Ecuador: estudio de derecho constitucional*. Quito: Corporación Editora Nacional, 2006.
- Viciano Pastor, Roberto. “Problemas de legitimidad constitucional de las integraciones supranacionales”. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, No. 67. Valencia: Universidad de Valencia (2011).

## NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA

- Código Civil ecuatoriano publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 46 de 24 de junio de 2005.
- Constitución de la República del Ecuador publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008.
- Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, aprobada por la Conferencia de la Organización de las Naciones Unidas ONU, reunida en la capital austriaca el 23 de mayo de 1969, entró en vigor el 27 de enero de 1980.
- Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina de 1979 disponible en <http://www.tribunalandino.org.ec/sitetjca/TCREACION.pdf>.
- Codificación del Acuerdo Constitutivo de la CAN publicado en el Registro Oficial No. 63 de 5 de septiembre de 2003.

Fecha de recepción: 13 de enero de 2016

Fecha de aprobación: 5 de febrero 2016