

## LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS EN EL ORDEN JURÍDICO INTERNO. UNA VISIÓN DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO INTERNACIONAL

Manuel BECERRA RAMÍREZ\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La doctrina sobre la recepción del derecho internacional público en derecho interno*. III. *El aparente monismo internacional*. IV. *Los derechos humanos son parte del orden público internacional*. V. *El sistema mexicano de recepción de los tratados*. VI. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación*. VII. *Las tesis de la SCJN de 2007 respecto de la jerarquía de los tratados en el orden jurídico mexicano*. VIII. *La razón de ser de las tesis*. IX. *Conclusiones*.

### I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional funciona en un sistema de relaciones internacionales bastante heterogéneo, que exige de una normativa para su existencia. Las normas del derecho internacional (DI) tienen su origen y su validez en la necesidad de los sujetos, de tener normas jurídicas que regulen sus relaciones. Dada la heterogeneidad en cultura, historia, economía, etcétera, de los diferentes componentes de las relaciones internacionales (Estados, organismos internacionales, empresas transnacionales, ONG, individuos, etcétera), que además tienen intereses propios que pueden ser contrapuestos, requieren de normas de conducta que regulen sus actividades; es decir, la necesidad de la normativa internacional nace de la necesidad de hacer posible la coexistencia de todos esos componentes, heterogéneos. Sin el elemento jurídico no es posible la existencia del todo social (*ubi societa ubi ius*); entonces, el

\* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

derecho internacional es una construcción ideal, es un invento social que encuentra su origen en la necesidad de regulación de las relaciones de sus componentes. Las reglas jurídicas son un producto social creado a través de los tiempos, que se ha venido perfeccionando o ajustando a las necesidades de la sociedad internacional en los diferentes momentos históricos que ha pasado. El derecho internacional, como un sistema jurídico específico, tiene sus propios principios y categorías, que si se rebasan, colocan a quien lo hace, en la ilegalidad.

Ahora bien, una manifestación del derecho internacional (fuentes), y no la única, son los tratados internacionales, una columna vertebral del *jus gentium*. Históricamente, la celebración de tratados ha sido una constante en la historia de los pueblos, y con el paso del tiempo podemos decir que el derecho convencional se ha colocado como una de las fuentes más importantes que ha desplazado a la costumbre internacional como una vía tradicional de creación de la normativa. Además, su importancia ha sido creciente, sobre todo en el siglo XX, lo cual se puede constatar, en principio, con el número de tratados que se han celebrado tanto de carácter bilateral como multilateral, y después por las materias que cubren. Por ejemplo, de 1946 al año 2003 las Naciones Unidas registraron cerca de 50,000 tratados, e individualmente los Estados Unidos han celebrado 10,000 tratados, y cerca de 860 en el caso de Colombia. En el caso de México, se tienen registrados hasta el año de 2004, 1,275 tratados entre bilaterales y multilaterales.

En efecto, quizá por su mayor concreción, los Estados han privilegiado esta fuente como vía de compromiso en las relaciones internacionales, y lo interesante de esta tendencia es que la temática también ha sido modificada en forma trascendente; ahora es amplia y diversa; ya no comprende, como en el pasado, las áreas tradicionales tales como la paz, la guerra, el mar, el comercio, las relaciones diplomáticas y consulares. Ahora su contenido es muy diverso; tiene que ver con el tabaco, las armas químicas, la corrupción, las marcas, el derecho de los niños, de las mujeres,<sup>1</sup> materias que antes eran consideradas netamente de derecho interno. Lo que pasa es que poco a poco, los Estados, por inercia natural, de cooperación internacional, por necesidad, o también por exigencia de la sociedad civil (por ejemplo, el caso de los derechos humanos)

<sup>1</sup> Hollis, Duncan B., *National Treaty, Law and Practice*, Leiden, Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 2.

han ido internacionalizando algunas materias que antes formaban parte de su competencia interna. Hay que decir que una vez que el Estado se compromete a celebrar el tratado, entonces surge una obligación, y una responsabilidad en caso de incumplimiento.

## II. LA DOCTRINA SOBRE LA RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO EN DERECHO INTERNO

Cuando se trata de la relación entre derecho interno e internacional en la doctrina, es inevitable hablar de la escuela monista y dualista,<sup>2</sup> y aunque estas dos teorías han sido ampliamente criticadas, todavía hay una recurrencia inevitable a ellas.<sup>3</sup> En realidad, la práctica nos muestra que toca a los Estados adoptar tal o cual teoría, independientemente de que se puede explicar el fenómeno de relación entre estos dos órdenes jurídicos mediante otras opciones teóricas.

Por otra parte, es cierto que el derecho internacional es un sistema jurídico específico que difiere del derecho interno en cuanto a sus fuentes, la relación que regula y, además, que responde a un sistema descentralizado en cuanto a sus instancias de creación normativa, de aplicación y solución de controversias frente a un sistema centralizado, que es el derecho interno. Sin embargo, ambos sistemas no son estancos separados; se comunican y se influyen mutuamente. La manera de comunicación depende de cada sistema constitucional, que generalmente posee un sistema de recepción del derecho internacional, y no solamente de un sistema de comunicación con el exterior.

La prueba de que son órdenes jurídicos diferentes la tenemos en el gran problema que todavía tiene el derecho internacional de depender del derecho interno para su aplicación; sobre todo si estamos hablando de normas ya individualizadas que se refieren a las responsabilidades de los gobiernos.<sup>4</sup>

<sup>2</sup> Acevedo, Domingo E., “Relación entre el derecho internacional y el derecho interno”, *Revista IIDH*, San José de Costa Rica, vol. 16, julio-diciembre de 1992, pp. 140-146.

<sup>3</sup> Remito al lector a mi trabajo *La recepción del derecho internacional en derecho interno*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, en donde se tratan con mayor amplitud estas dos concepciones teóricas.

<sup>4</sup> Vanossi, Jorge Reinaldo, “La operatividad de las cláusulas emanadas del ordenamiento internacional en cuanto a su aplicabilidad al orden interno de los Estados”, *Revista IIDH*, San José, Costa Rica, vol. 16, julio-diciembre de 1992, p. 118.

Ahora bien, si observamos la práctica relativa a la celebración de los tratados, podemos ver que a los Estados no se les obliga a celebrar tratados internacionales (al contrario: el mismo derecho internacional establece sanciones en caso de que un Estado sea obligado por la fuerza a celebrar un tratado internacional: Viena 69 sanciona con la nulidad la coacción sobre el representante de un Estado [artículo 51, y la coacción sobre un Estado por la amenaza o el uso de la fuerza, artículo 52] pero sí tiene obligación de cumplirlos, de incorporarlos a su derecho interno; los tratados deben cumplirse de buena fe (*pacta sunt servanda*), reza el principio toral general del derecho. Teóricamente, cuando un Estado ratifica un tratado, se entiende que el contenido pasó por un filtro interno, que sobre todo revisa su congruencia con las normas constitucionales (digo “teóricamente” porque eso depende del nivel de congruencia que tengan los sistemas políticos con sus normas constitucionales).

Pero al mismo tiempo, el derecho internacional de los tratados, si bien exige fidelidad en su cumplimiento y desdeña o rechaza cualquier alegato de derecho interno, también está pendiente de éste: primero al exigirle congruencia con sus obligaciones internacionales,<sup>5</sup> y después a respetar las normas fundamentales de su derecho interno (el hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno [artículo 46 de Viena 69]). Además, el derecho de los tratados otorga oportunidades para que el potencial Estado parte, en el momento de negociación y antes de firmar el tratado, reclame, si el tratado lo permite, una excepción a la aplicación de algunas de sus disposiciones, o bien puede interponer lo que técnicamente se llama “la cláusula federal” (un tratado será obligatorio para cada una de las partes por lo que respec-

<sup>5</sup> El artículo 18 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados —Viena 69— establece: “Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado: a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado; o b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que precede a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente”. Una legislación interna de un Estado que aunque sólo haya firmado un tratado está obligado a no frustrar el objeto y fin del tratado.

ta a la totalidad de su territorio, salvo que una intención diferente se desprenda de él o conste de otro modo, artículo 29 de Viena 69). Es decir, el sistema del derecho de los tratados toma en cuenta los espacios naturales del derecho interno. Como se ve, el derecho internacional también toma en cuenta al derecho interno, y es natural, si al final de cuentas ambos sistemas se nutren, relacionan y complementan. En efecto, el derecho internacional y el derecho interno, una vez que están perfeccionados, no son estancos separados: se complementan, se necesitan mutuamente, al mismo tiempo que se respetan. Frecuentemente el derecho internacional se apoya en el derecho interno para el cumplimiento de sus disposiciones (obligando a los Estados miembros a legislar en tal o cual materia), y en otros casos el derecho interno o los ciudadanos recurren a las estructuras internacionales; por ejemplo, de carácter jurisdiccional, para el cumplimiento de sus disposiciones.

Esta relación estrecha entre el derecho internacional y derecho interno también tiene sus reglas a seguir; por ejemplo, sería absurdo pensar que un tratado multilateral es nulo porque lo decidió una corte interna; en este caso hipotético sería la jurisdicción internacional la que puede decidir, no el derecho interno, no una corte que pudiera calificar la participación de él mismo. Al Estado, en su interior, le corresponde determinar el lugar de los tratados como parte de su ley interna y su práctica; determinar las facultades de sus poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) respecto de la creación del derecho internacional; cómo se incorporan los tratados en su derecho interno. Sobre esos puntos no hay una práctica uniforme de los Estados. Su postura dependerá de cada uno de ellos. En ese sentido, la soberanía está muy vigente, y eso es entendible: el régimen interno de cada Estado puede tener características propias, como por ejemplo, ser una monarquía, y la facultad de negociar tratados depende de la monarquía, caso diferente en un sistema estrictamente parlamentario, o bien presidencial.

### III. EL APARENTE MONISMO INTERNACIONAL

Independientemente de que el derecho internacional mantiene aparentemente una postura monista internacional, cuando reconoce el principio *pacta sunt servanda*, y además con la existencia del principio de que “no se puede alegar la existencia de una norma de derecho interno, para justificar el incumplimiento de un tratado” (que está reconocido en la

jurisprudencia internacional);<sup>6</sup> es también evidente que el derecho internacional requiere de la estructura que el Estado ya ha explorado para la aplicación en derecho interno de las normas internacionales. En ese sentido, decimos que la postura del derecho internacional es aparentemente monista, ya que este sistema jurídico posee una serie de principios, como el que mencionamos, que manifiestan su postura de prevalencia, pero que al mismo tiempo son punto de conexión con el derecho interno:

- No se pueden invocar las disposiciones del derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Este principio, derivado del derecho interno consuetudinario y recogido por Viena 69, en su artículo 27, tiene una primera lectura de supremacía del derecho internacional, pero al remitir a la posibilidad de invocar como vicio de su consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado expresado en “violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados” y que esa violación “sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno” (artículo 46 de Viena 69). Es decir, el principio de supremacía del derecho internacional expresado por el artículo 27 no es absoluto, y su relatividad es un punto de conexión con el derecho interno.
- El principio *pacta sunt servanda* también es una norma consuetudinaria retomada por Viena 69,<sup>7</sup> cuyo incumplimiento trae por consecuencia la responsabilidad del Estado, sin que el órgano jurisdiccional internacional que la declare pueda juzgar sobre el derecho interno. Al efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado: “...Esto no significa que la Comisión tenga atribuciones para pronunciarse sobre la forma como se adopta una norma jurídica en el orden interno. Ésa es función de los órganos competentes del Estado. Lo que la Comisión debe verificar, en un caso concreto, es si lo dispuesto por la norma contradice la Convención

<sup>6</sup> Véase por ejemplo, *Alabama Claim Arbitration USA vs. GB*, Moore (1872) Int. Arb n. 497-656, en donde el tribunal rechazó el argumento británico, que en virtud de su derecho constitucional no le permitía la realización de una actividad de la cual estaba obligado por el derecho internacional, frente a los Estados Unidos, no habían incumplido con sus obligaciones internacionales. También contenido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, en su artículo 27.

<sup>7</sup> Artículo 26 de Viena 69.

y no si contradice el ordenamiento jurídico interno del Estado”.<sup>8</sup> Lo anterior, a su vez, está relacionado con otros dos principios: no intromisión en los asuntos internos y el agotamiento de los recursos internos.

- El caso de la no intervención (o intromisión) tiene a su vez una limitación, que es la prevalencia de los derechos humanos, siempre y cuando la posible intervención se haga en el marco de los tratados internacionales y vía los organismos internacionales o a petición de los mismos Estados que tienen problemas de violación de derechos humanos en su interior; esto, para evitar que se produzcan crímenes masivos, como el caso de Ruanda. El principio de no intervención se mantiene, pues impide que Estados solos, o a voluntad propia, por cualquier motivación intervengan en los asuntos internos. Es decir, hay una atenuación del principio, no desaparición del mismo.<sup>9</sup>
- El principio de agotamiento de los recursos internos para poder acceder a la jurisdicción internacional es una manifestación de la prevalencia del foro interno y de la subsidiaridad de la jurisdicción internacional. Éste es un principio de derecho consuetudinario internacional que forma parte del derecho procesal internacional.<sup>10</sup>

Ahora bien, el derecho internacional establece su estructura, los mecanismos de validez de sus normas y de responsabilidad en caso de incumplimiento, pero el paso para vincular a los individuos o hacer válida

<sup>8</sup> Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, núm. 13, párrafo 29.

<sup>9</sup> Aunque no es el tema principal de este libro, sí es pertinente mencionar que lo que estamos tratando aquí es la protección de los derechos humanos, materia en la cual los Estados, por la vía de la aceptación de los tratados internacionales, han aceptado. El caso de la intervención por carácter humanitaria que se ha dado en la práctica por las grandes potencias mediante el uso de la fuerza armada, es un asunto bastante polémico sobre el cual la doctrina no se ha puesto de acuerdo en cuanto a su legitimidad y la manera de intervenir; es decir, sí es posible realizar tal intervención sin autorización de las OIs; el caso de Kosovo es el más ejemplificativo de esta temática. Sobre el tema véase Ramón Chornet, Consuelo, *¿Violencia necesaria?*, Madrid, Trotta, 1995, 117 pp.

<sup>10</sup> Becerra Ramírez, Manuel, “Las decisiones judiciales como fuente del derecho internacional de los derechos humanos”, *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José de Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, vol. I, pp. 431-446.

la normativa en la esfera de la soberanía de los Estados es algo que está ajeno al derecho internacional. Corresponde a los Estados determinarlo, y de esta manera, podría haber tantos sistemas de recepción del derecho internacional como Estados existen. Desde la perspectiva del derecho internacional, el Estado se halla obligado al cumplimiento de las obligaciones asumidas convencionalmente, independientemente de la jerarquía que los tratados ostenten en el derecho interno. Así, la jerarquía de las convenciones internacionales, del derecho convencional internacional, y en general del derecho internacional dentro del ordenamiento jurídico interno, es una materia que ha de ser determinada fundamentalmente por la Constitución de cada uno de los Estados parte; además, este documento fundamental establece el rango normativo de un tratado, pacto o convenio internacional. Lo mismo sucede con la decisión de cada Estado en relación con su postura frente a los dos sistemas: monista o dualista de derecho internacional.

En términos generales, las Constituciones le otorgan a estos instrumentos internacionales, cuatro tipos de rango o valor:

Supraconstitucional;  
Constitucional;  
Supralegal, y  
Legal.<sup>11</sup>

Pero, por otra parte ¿qué sucede en el caso de colisión de normas del derecho internacional con las del derecho interno? La norma general reconocida por la jurisprudencia internacional es que en caso de conflictos entre las obligaciones internacionales y el derecho nacional, el primero prevalece. Así lo establece, por ejemplo, el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Las obligaciones internacionales contraídas por los Estados deben cumplirse de buena fe, pero en una actitud de respeto del ámbito interno, ya que no pueden declarar inválidas a las leyes internas.<sup>12</sup>

Esta obligación también se encuentra en el Proyecto de Declaración sobre los Derechos y Obligaciones de los Estados, preparada por la Co-

<sup>11</sup> Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados*, México, IAPQ, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Querétaro, 2003, pp. 40 y 41.

<sup>12</sup> Opinión consultiva OC-14/9a de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Advisory Opinion, OC-14/94, serie A, núm. 14, parágrafo 35, 116, ILR, p. 320.

misión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, en una fórmula bastante amplia, porque no se refiere sólo a los tratados. El artículo 13 establece: “Todo Estado tiene la obligación de cumplir de buena fe sus obligaciones derivadas de los tratados y otras fuentes de derecho internacional, y no puede invocar disposiciones de su Constitución o sus leyes como una excusa del incumplimiento de sus deberes”.

Esta fórmula, bastante conocida en la doctrina, fue considerada como “una contribución al desarrollo progresivo del derecho internacional y a su codificación”, por la Resolución de la Asamblea General (AG) 375 (IV) del año de 1949.<sup>13</sup>

En realidad, no existe ningún conflicto, si tomamos en cuenta que el derecho internacional es un sistema jurídico específico que tiene sus propios sujetos; ambos sistemas, en lugar de contraponerse, se complementan. El derecho internacional obliga a sus sujetos, y ocasionalmente a los individuos, a través de los Estados o de las organizaciones internacionales. Generalmente, para que una norma jurídica internacional tenga aplicación en derecho interno; por ejemplo, una norma derivada de un tratado, se necesita que una norma interna de recepción la reconozca. Hay casos como el mexicano, que veremos con más detalle más adelante, que tiene una apertura a los tratados internacionales que no es muy usual entre los Estados, pero, por otra parte, es muy estrecha en cuanto se refiere a otro tipo de fuentes. Siendo el derecho internacional un sistema descentralizado, requiere del concurso de los sujetos para la aplicación de su normativa.

Por otra parte, en virtud de la soberanía de los Estados, las normas de recepción varían de Estado a Estado, lo que causa que en algunos casos el camino que viene desde la creación hasta el cumplimiento en lo interno de los Estados, se vea trunco, sobre todo cuando el Estado en cuestión no posee normas de recepción idónea del derecho internacional. Es aquí donde el trabajo de los constitucionalistas se inicia. Entonces, si se pretende determinar los sistemas de recepción de los diferentes Estados, un punto de partida es analizar sus normas constitucionales, en el entendido

<sup>13</sup> También en la opinión consultiva de la Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso de Intercambio de población de Grecia y Turquía (Advisory Opinion P.C.I.J., Reports, serie B, núm. 10, p. 20 de 1925 se estableció: “This clause... merely lays stress on a principle which is self-evident, according to which a State which has contracted valid international obligations is bound to make in its legislation such modifications as may be necessary to ensure the fulfilment of the obligations undertaken”.

de que si bien el marco jurídico que proporcionan es muy importante, no es suficiente, porque sería necesario conocer sus leyes internas.

Ahora bien, en el camino hacia la ratificación de un tratado se pueden observar, desde la perspectiva de la doctrina de *jus gentium*, varios aspectos que son trascendentes. Uno de ellos es que normalmente el órgano del Estado que está autorizado para expresar la voluntad del Estado para obligarse vía un tratado es el jefe de Estado. Como sabemos, en los diferentes sistemas constitucionales la función de jefe de Estado y de gobierno se divide, como en el caso del sistema parlamentario, o bien recaen las dos funciones en una sola persona, como es el caso del presidencialismo. Pero el punto importante es que el jefe de Estado tiene el *jus representationi* a nivel internacional.

También se observa que los sistemas de aprobación de los tratados que practican los Estados se pueden agrupar en tres grupos, dependiendo del grado de involucramiento del Ejecutivo y Legislativo:

1. Competencia exclusiva del Ejecutivo. En este caso el jefe de Estado, sin ninguna autorización ni del Parlamento, da la aprobación final a un tratado. Este sistema era tradicional en las monarquías del siglo XIX; por ejemplo, en Francia, durante el segundo Imperio, y después retomado por ciertos Estados autoritarios durante el siglo XX, por Alemania entre 1933 y 1945 e Italia durante los años de 1922 y 1943.
2. Competencia de la legislatura. Ésta es una técnica usual en algunos Estados, como Turquía, según las Constituciones de 1924 y 1945. De acuerdo con este sistema, el Legislativo turco, por ejemplo, ratificó la Convención Europea de Derechos Humanos en 1954. Inclusive el Legislativo procedió a ratificar los tratados que de acuerdo con sus propios términos requerían sólo la forma.
3. Competencia dividida entre el Legislativo y el Ejecutivo. Éste es el procedimiento común en los Estados modernos. En algunos países la aprobación del Legislativo es requerida para ciertos tratados importantes, pero para algunos Estados se requiere la aprobación para todos los tratados.<sup>14</sup>

<sup>14</sup> Setter, Ingrid, *Ensayos sobre el derecho de tratados*, Estocolmo y Londres, Sweet & Maxwell, 1967, pp. 20-22.

En suma, estamos hablando de dos sistemas jurídicos con sus propias categorías independientes, pero con una relación de interdependencia y comunicación constante. Cada uno de estos sistemas tiene su propio ámbito de validez, lo cual no es nuevo ni extraordinario, ya que es totalmente normal en los sistemas jurídicos. Podemos ver, por ejemplo, que una norma de derecho civil no se aplica a un asunto criminal, y en cambio sí el derecho penal.

Como lo afirma Fitzmaurice, "... formalmente el derecho internacional e interno como sistemas nunca pueden entrar en conflicto lo que pasa es algo estrictamente diferente, es precisamente un conflicto de *obligaciones*, o una imposibilidad del Estado, en el plano doméstico, de actuar en la manera requerida por el derecho internacional" (las cursivas son mías).<sup>15</sup> En efecto, si un Estado no puede aplicar una disposición internacional por ir en contra de una norma interna de su derecho interno, el Estado aplicará su derecho interno, pero a nivel internacional entrará en responsabilidad internacional. Es imposible afirmar que el derecho internacional puede considerar no válidas las disposiciones del derecho interno de tal o cual Estado. Cada uno de los sistemas tiene su propia esfera de validez. Es lo mismo que sucede cuando, por ejemplo, hablamos del derecho mexicano y el argentino; cada uno de ellos tiene su propia esfera de validez, y no podemos hablar de que un sistema es superior frente al otro. El orden o sistema jurídico interno e internacional tienen sus propias esferas de validez, pero al mismo tiempo son recíprocamente dependientes. Sería absurdo pensar en un sistema jurídico internacional si no existe el interno, y al revés.

#### IV. LOS DERECHOS HUMANOS SON PARTE DEL ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Las normas del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho humanitario internacional tienen una categoría única que en parte comparten con la normativa del derecho internacional penal. Estas características son:

<sup>15</sup> Fitzmaurice, "The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law", *Collected Courses Academy of International Law*, 1957-II, p. 80.

- No comparten el carácter sinalagmático del derecho convencional común; los tratados en materia de derecho humanitario establecen obligaciones no sólo para los Estados partes, sino para los individuos que forman parte de la jurisdicción de aquéllos. Este concepto está expresado en la conocida opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia de 1951:<sup>16</sup>

En este tipo de tratados los Estados contratantes no tienen intereses propios, solamente tienen, por encima de todo, un interés común: la consecución de los propósitos que constituyen la razón de ser de la Convención. Consecuentemente, en una convención de este tipo no puede hablarse del mantenimiento de un perfecto equilibrio contractual entre derechos y obligaciones.<sup>17</sup>

- No es posible denunciar un tratado de este tipo mientras las partes que pretenden renunciar se encuentren en un conflicto armado. En efecto, las cuatro convenciones de Ginebra de 1949 sobre derecho humanitario internacional contienen una norma común, que así lo expresa: "...la denuncia notificada cuando la potencia denunciante esté implicada en un conflicto no surtirá efecto alguno mientras no se hayan concertado la paz y, en todo caso, mientras no hayan terminado las operaciones de liberación y de repatriación de las personas protegidas por el presente Convenio".<sup>18</sup> Además, hay un "núcleo duro" de derechos que son inderogables, y que son aquellos que no pueden ser suspendidos durante estados de excepción (artículos 2.2 de la Convención Americana y 4o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y por normas de derecho humanitario internacional.
- No aplicación de la cláusula de reciprocidad en los tratados de derecho humanitario internacional. Como sabemos, el derecho de Viena 69 establece la facultad del incumplimiento de un tratado internacional cuando la otra u otras partes hayan incumplido. Pero Viena 69 establece una excepción en caso de tratados en materia de de-

<sup>16</sup> Ramelli Arteaga, Alejandro, "El derecho humanitario ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. IX, 2009, p. 44.

<sup>17</sup> Opinión consultiva del 28 de mayo de 1951 sobre la validez de ciertas reservas a la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio CIJ, *Recueil*, 1951, pp. 23 y 24.

<sup>18</sup> Artículos 63, 62, 142, 158 de los cuatro convenios de Ginebra, respectivamente.

recho humanitario: “No se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados”.<sup>19</sup>

- Las normas del derecho humanitario internacional son normas de carácter *erga omnes*, ya que los Estados tienen una doble obligación; por un lado, están obligados a respetar y hacer respetar sus normas. “Una obligación (la de respetar) se asume en el marco del ordenamiento interno de cada Estado y la otra (la de hacer respetar), frente a todos los Estados y a la comunidad internacional”.<sup>20</sup>
- Algunas de ellas son normas de *jus cogens*; por ejemplo, la prohibición de la tortura, la esclavitud, el respeto a la vida, etcétera, forman un núcleo duro de normas que son imperativas, y no se puede convenir en contrario;
- Son irrenunciables por las personas a quien protege, ya que ellas “no podrán en ningún caso, renunciar parcial ni totalmente a los derechos que les confiere”.<sup>21</sup>
- En la interpretación y aplicación de las normas del derecho humanitario internacional se aplicará el principio *pro homine*, es decir, en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional.
- Además, estas normas tienen un carácter progresivo; es decir, no pueden retroceder en su protección una vez que fueron aceptadas por los Estados.

Estas características hacen de los derechos humanos, del derecho humanitario internacional, un sistema especial, que conjuntamente con las normas provenientes del derecho internacional penal, que cuentan con una serie de normas de carácter subjetivo, crean un orden público internacional, una especie de segundo piso que complementa al derecho interno, y que va en contra de la impunidad y la deshumanización de los conflictos armados.

<sup>19</sup> Artículo 60.5 de la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados.

<sup>20</sup> Salmón, Elizabeth, *Introducción al derecho internacional humanitario*, Lima, Idehupuep, CICR, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, p. 35.

<sup>21</sup> Artículos 7, 7, 7 y 8 de los cuatro convenios de Ginebra, respectivamente

## V. EL SISTEMA MEXICANO DE RECEPCIÓN DE LOS TRATADOS

La fórmula de recepción de los tratados internacionales contenida en la Constitución mexicana, que encuentra en el artículo 133 su punto más importante, ha sido objeto de múltiples opiniones de destacados juristas, fundamentalmente constitucionalistas, y que han dado forma a una abundante hemerografía. Lo interesante del caso es que se sigue escribiendo y opinando sobre el tema .

También es muy conocido que el modelo a seguir por el constituyente mexicano de tal fórmula fue la Constitución estadounidense, concretamente el párrafo segundo del artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de América.<sup>22</sup>

“La Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión”, como también se prevé en la primera parte del artículo 133 de la Constitución vigente de México .

Esta fórmula contenida en el artículo 133 constitucional, en nuestro país, tiene su origen en 1814, en el artículo 237 del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana,<sup>23</sup> y más tarde la encontramos en la Constitución de 1824.<sup>24</sup> Posteriormente la encontramos de nuevo en el artículo 126 de la Constitución Política de la República Mexicana, del 5 de febrero de 1857, y trasciende a la Constitución de 1917, y con la modificación de 1934 constituye el texto en vigor.

En esta modificación se incluyeron dos elementos: primero, que los tratados estén de acuerdo con la Constitución y segundo, confirmar que la aprobación fuese sólo por la Cámara de Senadores. Respecto del primer elemento, el autor de la reforma, Oscar Rabasa, dejó en claro..., la necesidad de que existiera en forma expresa la conformidad de los tratados con la Constitución, aunque después de ser aprobados dichos tratados alcanzarían el mismo rango de la Constitución. En cuanto al segundo elemento antes mencionado, la confirmación de que la aprobación de los tratados fuese sólo facultad exclusiva del Senado, en realidad constituyó un ajuste

<sup>22</sup> Villarroel Villarroel, Darío, *Derecho de los tratados en las Constituciones de América*, México, Porrúa, 2004, pp. 228-230.

<sup>23</sup> *Los derechos del pueblo mexicano*, México, Manuel Porrúa, 1978, t. VIII.

<sup>24</sup> Artículo 161, fracción III, de la Constitución de 1824.

técnico para darle congruencia con respecto a la modificación de 1874 con la restauración del Senado y cuya fórmula fue repetida en la Constitución de 1917.<sup>25</sup>

Pues bien, la fórmula constitucional (que por cierto debe interpretarse de manera íntegral), como lo señalamos anteriormente, ha sido motivo de una serie de posturas doctrinales y de decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), lo cual refleja la necesidad de resolver dos cosas: en principio, el problema de la situación de los tratados en el sistema jurídico interno, y después la limitación de la fórmula mexicana que estimula la creatividad de los tratadistas, sobre todo de derecho constitucional, y los ministros de nuestro más alto tribunal, pero que es una camisa de fuerza que no proporciona muchos elementos para resolver problemas de colisión entre diferentes órdenes jurídicos.

## VI. LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La posición de la Corte ha ido cambiando, quizá de acuerdo con las coyunturas del Estado mexicano. Con esto nos referimos a la creciente significación del derecho internacional con motivo de la apertura de nuestro país al comercio exterior, que ha traído por consecuencia que los tratados internacionales, no sólo los relativos al comercio exterior, revaloren su importancia en el ámbito interno. De esta manera, ha ido desde la simple posición de que el artículo 133 reconoce una misma jerarquía entre las leyes federales y los tratados internacionales,<sup>26</sup> o bien establece un

<sup>25</sup> Perezniето Castro, Leonel, “El artículo 133 constitucional: una relectura”, *Jurídica*, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 25, 1995-II, p. 270.

<sup>26</sup> “Leyes federales y tratados internacionales. Tienen la misma jerarquía normativa. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo federal aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional” (Tesis aislada P. C/92, Octava época, instancia: Pleno, fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, tomo 60, diciembre de 1992, página 27.

orden jerárquico, que tiene por encima la Constitución, las leyes que de ella emanen y los tratados internacionales, ya que el artículo 133 de este ordenamiento establece categóricamente que serán Ley Suprema de toda la Unión; en este concepto, todas las leyes del país, bien sean locales o federales deben subordinarse a aquellas leyes, en caso de que surja un conflicto en su aplicación,<sup>27</sup>

hasta una posición bastante polémica en el año de 1999, en donde se coloca a los tratados solamente debajo de la Constitución y sobre los demás órdenes jurídicos.

#### VII. LAS TESIS<sup>28</sup> DE LA SCJN DE 2007 RESPECTO DE LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO

Durante los días 12 y 13 de febrero del 2007 la SCJN sesionó en pleno para discutir sobre la jerarquía de los tratados en el sistema jurídico mexicano, en virtud de que este alto tribunal conocía, en aquel momento, de varios asuntos que tenían como denominador común que sus defensores ofrecían como argumento que los tratados internacionales son de jerarquía normativa superior a otras leyes. En ninguno de esos casos se im-

<sup>27</sup> Leyes, orden jerárquico de las. El orden jurídico descansa en la aplicación de las leyes, y éstas también obedecen a un orden jerárquico, que tiene por cima la Constitución, las leyes que de ella emanen y los tratados internacionales, ya que el artículo 133 de este ordenamiento establece categóricamente que serán Ley Suprema de toda la Unión; en este concepto, todas las leyes del país, bien sean locales o federales deben subordinarse a aquellas leyes, en caso de que surja un conflicto en su aplicación, y es precisamente lo que sucede en el caso a debate, pero está fuera de duda que la Ley de Amparo por ser reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales es una de aquellas leyes que por emanar de la Constitución y por ser expedidas por el Congreso de la Unión está colocada en plano superior de autoridad respecto de cualquier otra ley local o federal, y por ende es superior jerárquicamente al Decreto que exime a Petróleos Mexicanos de otorgar cualquier garantía en los conflictos en que intervenga, por tanto, en aquellos casos que este ordenamiento contrarie la Ley de Amparo, no puede aceptarse que la derogue.

También hay que ver: “Leyes, principio de jerarquía normativa (de las), establecido por el artículo 133 constitucional (Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito).

Amparo directo 233/88. Instituto Mexicano del Seguro Social. 1 de marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretario: Alberto Pérez Dayán”.

<sup>28</sup> P. IX/2007 y P.VIII/2007.

pugnaba la constitucionalidad del tratado, sino al contrario, el tratado se daba por bueno, pero se planteaba el desacuerdo de la ley con el tratado. Por eso se propuso que el pleno viera todos los asuntos en su conjunto y se discutiera en principio el tema de la jerarquía normativa de los tratados internacionales; concretamente, se puso nuevamente en discusión la tesis en el amparo en revisión 1475 / 98, a la cual nos hemos referido antes, y que dictada en 1999 establece una jerarquía normativa en donde los tratados se encuentran colocados inmediatamente después de la Constitución, con lo que los tratados celebrados por el Estado mexicano se hallan en una posición normativa privilegiada.

La idea de la Corte era establecer un criterio único que fuera lo más amplio posible para que pudiera comprender lo más posible de los casos en que estuviera involucrado un tratado internacional, y lo más durable posible. ¿Lo lograría? La respuesta está en el tiempo; aquí sólo nos toca especular un tanto sobre la solidez del criterio.

Para incursionar en el análisis de la decisión de la Corte primero veamos qué es lo que se adoptó. De esa manera, con una votación de seis contra cinco,<sup>29</sup> la SCJN adoptó las siguientes tesis, que no logran crear jurisprudencia.

TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados

<sup>29</sup> Los que votaron a favor de la tesis renovada de 1999 fueron los ministros Ortiz Mayagoitia, Aguirre Anguiano, Góngora Pimentel, Azuela Güitron, Valls Hernández y Sánchez Cordero; en cambio, los que votaron por el no fueron: Cossío Díaz, Luna Ramos, Franco González, Gudiño Pelayo y Silva Meza

entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario “*pacta sunt servanda*”, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.

Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.

El Tribunal Pleno, el veinte de marzo en curso, aprobó, con el número IX/2007, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veinte de marzo de dos mil siete.

Nota: En la sesión pública de trece de febrero de dos mil siete, además del amparo en revisión 120/2002, promovido por Mc Cain México, S.A. de C.V., se resolvieron los amparos en revisión 1976/2003, 787/2004, 1084/2004, 1651/2004, 1277/2004, 1576/2005, 1738/2005, 2075/2005, 74/2006, 815/2006, 948/2006, 1380/2006, y el amparo directo en revisión 1850/2004, respecto de los cuales el tema medular correspondió a la interpretación del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a que se refiere esta tesis aislada.

#### SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las Leyes del Congreso de la Unión a las que aquél se refiere corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de “supremacía constitucional” implícito en el texto del artículo en cita claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la “Ley Suprema de la Unión”, esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales.

Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, S.A. de C.V. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz, Margarita Beatriz Luna Ramos, José Fernando Franco González Salas, José

de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez.

El Tribunal Pleno, el veinte de marzo en curso, aprobó, con el número VIII/2007, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a veinte de marzo de dos mil siete.

Nota: En la sesión pública de trece de febrero de dos mil siete, además del amparo en revisión 120/2002, promovido por Mc Cain México, S.A. de C.V., se resolvieron los amparos en revisión 1976/2003, 787/2004, 1084/2004, 1651/2004, 1277/2004, 1576/2005, 1738/2005, 2075/2005, 74/2006, 815/2006, 948/2006, 1380/2006, y el amparo directo en revisión 1850/2004, respecto de los cuales el tema medular correspondió a la interpretación del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a que se refiere esta tesis aislada.

## VIII. LA RAZÓN DE SER DE LAS TESIS

Para llegar a estas tesis, la SCJN se basa en varios puntos, que no están exentos de crítica por una parte de la doctrina.<sup>30</sup> Se refiere a:

- El argumento de la existencia de leyes generales, a una visión internacionalista de la Constitución,
- Una revisión de las Constituciones de otros Estados que muestran lo adecuado de un sistema de recepción que beneficie la incorporación de los tratados internacionales, y
- Finalmente, hace una argumentación sobre la obligación que tienen los Estados de cumplir con los tratados internacionales.

### 1. *Leyes generales*

En una construcción teórica de interpretación de la Constitución, la mayoría de la Corte descubre el concepto de “leyes generales”, ¿a qué se refiere la Corte con ello? La Corte lo expresa de la siguiente manera: “las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el artículo 133 constitucional, no corresponden a las leyes federales... sino que se trata de las

<sup>30</sup> Muriá, Tuñón, Arnau, “Crítica a las resoluciones de la Corte con respecto a la jerarquía constitucional de los tratados internacionales”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2008, vol. VII, pp. 553-585.

leyes generales, esto es, aquellas que válidamente pueden incidir en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano”.

Concretamente, la corriente dominante<sup>31</sup> en la SCJN considera que “las leyes generales son aquellas respecto de las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora entre las entidades políticas que integran el Estado Mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido para el artículo 124 constitucional”.

Ahora bien, sigue diciendo la sentencia, estas leyes no son emitidas *motu proprio* por el Congreso de la Unión, sino que se originan en cláusulas constitucionales que constriñen al Congreso a dictarlas, y que una vez promulgadas y publicadas por disposiciones constitucionales deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales del Distrito Federal y municipales.<sup>32</sup>

Además, la mayoría de la SCJN considera que las leyes generales previstas en la Constitución no se encuentran en la misma situación que las leyes federales; por ende, son jerárquicamente “superior a éstas y a las leyes locales, debe tomarse en cuenta que el Pleno de este Alto Tribunal ha reconocido que la validez de las leyes locales si se encuentra sujeta a lo previsto en una ley general e incluso que si aquellas no se apegan a lo previsto en este tipo de leyes, resultarán inconstitucionales”.<sup>33</sup>

Así interpretando, concluye en esta parte la SCJN:

el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, queda claro lo que significa el principio de ‘supremacía constitucional’, conforme al cual la Constitución General de la República, las leyes del Congreso de la Unión o ‘leyes generales’ y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la Ley suprema de toda la Unión, esto es, conforme a un orden jurídico nacional en el que la Constitución es única en la cúspide y, por debajo de ella, las mencionadas leyes generales y los tratados internacionales. Consecuentemente, si la Constitución General de la República, junto con las leyes generales y los tratados internacionales forman parte del orden jurídico nacional, es incuestionable

<sup>31</sup> Hacemos hincapié “en corriente dominante”, ya que por su número y por su razonamiento hubo una importante oposición.

<sup>32</sup> SCJN, Amparo en revisión 120/2002 Mc Cain México, Sociedad Anónima de Capital Variable, México, 2007, p. 215.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 216.

que estos últimos se ubican en un plano jerárquicamente superior en relación con las leyes federales y las leyes locales.<sup>34</sup>

Este “descubrimiento”<sup>35</sup> de las “leyes generales” por parte de la mayoría de la Corte es objeto de una fuerte polémica. Por ejemplo, el ministro Cossío votó en contra de la resolución de la SCJN, y en voto razonado explica su postura.<sup>36</sup> En principio, está en contra de la existencia de un “orden jurídico nacional”. Cossío se lanza francamente en contra de la jerarquía; no encuentra una situación de jerarquía. Para él, lo que hace la jerarquía “es el establecimiento del procedimiento de creación de normas en cada uno de los órdenes jurídicos parciales”. Así, él razona:

el orden constitucional es jerárquicamente superior al federal ya que en el mismo se establecen los procedimientos, órganos y contenido para la creación de normas federales, no porque se establezca el principio de distribución competencial del artículo 124. Ese sentido, la Constitución puede perfectamente realizar una delegación a una norma inferior para la determinación de las competencias entre el orden jurídico distinto de aquel al que las competencias se refieren, ni le concede a las normas que establecen la distribución competencial una jerarquía superior a aquellas en las que se crean en estos órdenes jurídicos parciales. Esta ‘renuncia expresa’ de competencias que identifica la mayoría, es una mera delegación al legislador ordinario para que establezca en normas federales la distribución de lo que le compete a cada uno de los órdenes parciales del ordenamiento jurídico.<sup>37</sup>

Más que existir en la Constitución y que los ministros lo estén descubriendo mediante su interpretación, a Cossío lo que le parece es que “este ‘orden nacional’ surge hasta el momento que se presenta la necesidad de contar con la existencia de un ordenamiento superior al federal y los locales y, de este modo, justificar la superior jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico mexicano”.<sup>38</sup>

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 222.

<sup>35</sup> Empleamos el concepto de “descubrir”, que significa que estaba dentro de la Constitución, muy diferente a “inventar”, que significaría crear sin fundamento constitucional, lo cual lógicamente sería inconstitucional.

<sup>36</sup> Cossío Díaz, José Ramón, “Jerarquía, división competencial en relación con los tratados internacionales en derecho interno”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2008, vol. VIII, pp. 867-882.

<sup>37</sup> *Ibidem*, p. 386.

<sup>38</sup> *Ibidem*, p. 873.

Otra voz diferente es la del ministro Gudiño Pelayo, quien no está de acuerdo con el orden jurídico nacional. Para él, existen diferentes órdenes jurídicos creados en la propia sede constitucional, en donde hay diferentes órdenes y dos relaciones: la relación vertical y las relaciones horizontales. En la relación vertical está en primer término el orden constitucional, y después, abajo, los órdenes federal, estatal, del Distrito Federal y el municipal, que se encuentran en una relación de carácter horizontal. El artículo 133 no es un artículo que explique jerarquías, aparte del que existe entre la Constitución como orden jerárquico superior y los otros órdenes. Esta misma idea está expresada por el ministro Silva Meza, quien expresa una idea clave: la jerarquía normativa es una decisión de cada Estado, y hace una diferencia entre la responsabilidad internacional y la jerarquía normativa.

En realidad, el “descubrimiento” interpretativo de la Corte está basado en cuestiones de nomenclaturas, y no tiene un soporte lógico real. Es como tensar la interpretación constitucional para llegar a un fin prefijado: encontrar un sistema jerárquico debajo de la Constitución. Lo que sí nos parece claro, y no lo es para algunos detractores de la sentencia de la Corte, es que la facultad otorgada al presidente y al Senado para celebrar tratados; es decir, para comprometer al Estado mexicano en el exterior y crear un orden jurídico interno, no rompe el sistema de distribución de competencias de la Constitución. Si se afirma que los tratados no pueden tener el contenido de las materias reservadas a los Estados en virtud del artículo 124 porque sería precisamente en violación de su competencia, y sería en detrimento de las facultades competenciales de los Estados es un sofisma. El modelo de “creación de leyes” convencionales internacionales, como está bastante explorado y reiterado, está tomado de la Constitución estadounidense, y está diseñado en un sistema de “pesos y contrapesos”. Por una parte está el Ejecutivo con un contrapeso, que es el Senado, una de las cámaras del Congreso de la Unión; es decir, del Poder Legislativo. Dos cosas que están al margen del debate sería que el Senado no ejerce cabalmente su misión de control del Ejecutivo, y que en consecuencia en varias ocasiones el Ejecutivo, *de facto*, predomina,<sup>39</sup> y que al final no nos guste este modelo y que sería necesario cambiarlo por otro. Si llegáramos a aceptar que los tratados invaden las facultades

<sup>39</sup> En otro momento, por ejemplo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, fue aprobado sin una discusión adecuada en el Senado. La situación era apropiada con un partido dominando al Ejecutivo y al Congreso.

residuales de los estados, también deberíamos afirmar que se invaden las facultades de la Federación, y entonces llegaríamos a la absurda conclusión de que vía tratados internacionales no es posible tocar las competencias de la Federación y de los estados, y entonces, ¿cuál sería la competencia de los tratados?

## 2. *Visión internacionalista de la Constitución*

Pero, siguiendo con lo afirmado por la Corte, la siguiente cuestión sería: ¿cuáles son las razones que nos llevan a la conclusión de que los tratados internacionales, al ser parte de la ley suprema de toda la Unión, se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y también por encima de las leyes generales?

Para contestar esta pregunta, en la resolución de la SCJN se aduce a tres puntos. El primero tiene que ver, “partiendo siempre de la interpretación sistemática del texto constitucional”, que la Constitución mexicana contiene en su texto una visión internacionalista; es decir, que hace referencia a diversos principios, dispersos en varios de sus preceptos, en los cuales “claramente se advierte que integra la comunidad internacional”, y a continuación se mencionan los artículos: 3o., 15, 89, 42 constitucionales, que fundamentan esa característica internacionalista.<sup>40</sup>

Tal posición no es correcta, pues todas las Constituciones deben prever la recepción del derecho internacional, simplemente para referirse a temas vitales como las fronteras o, en términos generales, como el derecho internacional convencional se recibe en el derecho interno. Imaginémos una Constitución que no tuviera esas normas de recepción. Estaríamos hablando de un Estado autárquico, sin posibilidad de comunicación con el exterior, aislado.

Ahora bien, si algo tiene el documento constitucional de 1917 es ni mas ni menos que una visión nacionalista, defensiva de lo extranjero, lo cual es claro y comprensible, tomando en consideración la experiencia de la pérdida de la mitad del territorio y las frecuentes intervenciones extranjeras que marcan la posición del Estado mexicano frente a las cuestiones internacionales. Esa posición defensiva se puede desprender del contenido de la Constitución mexicana; por ejemplo, de los artículos artículo 33, 27-I. ¿Qué más que una posición defensiva se encuentra en

<sup>40</sup> SCJN, Amparo en revisión 120/2002 Mc Cain México..., *cit.*, pp. 227 y 228.

la cláusula Calvo o en las zonas prohibidas para los extranjeros? La mayoría en la SCJN vieron en la Constitución un apoyo a una visión “globalizadora”, que no la tiene.

Además, como observa el ministro Cossío, la Constitución, en su artículo 42-V y VI, hace una remisión o incorporación de las normas internacionales que se refieren a los límites del territorio nacional. Con ello, la Constitución se apoya en el orden jurídico internacional en materias que son dinámicas, que sufren cambios, como son las normas relativas a los espacios marítimos y aéreos, en donde la influencia del desarrollo tecnológico se deja sentir. Precisamente son normas que hacen referencia a una parte de la soberanía del Estado y que tiene que ver, o está íntimamente relacionada, con el ámbito de ejercicio de la soberanía. Esto significa que sea fundamental. ¿Qué más importante que el territorio del Estado mexicano?

Pero ¿eso lo hace jerárquicamente superior? Creemos que no, en términos generales, o quizá sólo en lo que toca a los tratados internacionales en materia del espacio aéreo y marítimos, porque la misma Constitución, en su artículo 42-V y VI, está haciendo una remisión al derecho internacional (y ojo, aquí se está incluyendo, en forma adecuada, al derecho internacional consuetudinario). Pero eso no hace jerárquicamente superior a todos los demás tratados.

Y a propósito, esto nos provoca otro comentario: la decisión de la Corte se refiere a un asunto de carácter comercial, y al resolver que los tratados internacionales tienen una jerarquía superior, este criterio beneficia a todos los tratados internacionales, incluyendo a los derechos humanos, lo cual es loable, sobre todo porque en nuestro país hay un déficit de derechos humanos, y que este criterio viene a fortalecer su marco jurídico; pero en lo que hay que poner atención es que a nivel internacional hay una jerarquía en las normas internacionales, en donde la diferencia la hacen las normas de *jus cogens* y *erga omnes*, que están identificadas (aunque no necesariamente) con la normativa en materia de derechos humanos. Aunque este asunto de las normas de *jus cogens* se vislumbró en la discusión en la Corte, se pasó de largo, y de plano se aprobó que los tratados internacionales tienen una alta jerarquía. En la busca de jerarquías se hace un rasero aun cuando el mismo derecho internacional no lo hace.

### 3. *El derecho de los tratados*

También la mayoría de la SCJN, para sostener la más alta jerarquía de los tratados, hace “un estudio de los principios y normas del Derecho internacional que se refieren a la naturaleza de los tratados internacionales y a los mecanismos a través de los cuales éstos son incorporados a los órdenes jurídicos internos de cada país”.<sup>41</sup> En principio, hay que observar que no es del todo exacta esta expresión, ya que el derecho internacional no establece mecanismos de incorporación. Pero los ministros encuentran en la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados, “varios principios que pueden sustentar la posición que sostiene que los tratados internacionales tienen una mayor jerarquía que las leyes generales, federales y locales”; en principio hablan del artículo 27 de Viena.<sup>42</sup>

Como ya analizamos en la primera parte de esta opinión, el derecho internacional, si bien establece la santidad de los tratados y una primacía entre los ordenes jurídicos internos, en realidad no puede penetrar en los órdenes jurídicos estatales. Si así lo hiciera violaría la soberanía interna de los Estados, que está protegida por el principio de no intervención en los asuntos internos de los Estados; además de que la soberanía es una categoría fundamental del derecho internacional. Por eso es posible hablar de derecho internacional, porque lo crean entidades soberanas que tienen un ámbito de competencia en donde sus facultades soberanas se manifiestan en la organización de su estructura jurídica interna.

Por supuesto que el análisis de la Corte lo que hace es subrayar la importancia del derecho internacional, y sobre todo de su cumplimiento, y en eso (desde la perspectiva del derecho internacional) hay una virtud, que además muestra un interés genuino del Estado mexicano, expresado por uno de sus poderes, de ceñirse a sus responsabilidades soberanamente contraídas. Pero estamos de acuerdo con una corriente crítica a la sentencia: el derecho de los tratados no fija jerarquías internas; es el Estado quien decide sobre el valor que le quiere dar a cada uno de sus órdenes jurídicos internos. El cumplimiento del derecho internacional, y en forma concreta de los tratados internacionales, es un asunto que le corresponde al derecho internacional, con todo y sus mecanismos. El asunto se puede ver desde otra perspectiva: ¿qué diríamos si la Constitución mexicana

<sup>41</sup> *Ibidem*, p. 231.

<sup>42</sup> *Ibidem*, p. 236.

estableciera la jerarquía de las fuentes del derecho?; por ejemplo, que las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas son jurídicamente obligatorias como la costumbre y los tratados. Semejante supuesto puede suceder, con la salvedad de que ésa sería una posición meramente del Estado mexicano, y no más; no tendría mayor trascendencia que ser un precedente, a menos que la generalidad de los Estados pensarán de la misma manera y lo expresaran, por supuesto; entonces estaríamos ante la creación de una norma consuetudinaria. Pero el hecho claro incontrovertible es que no se puede ordenar la jerarquía del derecho internacional desde el orden constitucional interno de un Estado.

#### 4. *El ejemplo del derecho comparado*

Más adelante, los ministros recurren al derecho comparado, en donde analizan las Constituciones de varios países, para sostener la necesidad de poner a tono la jerarquía de los tratados en el ámbito interno. De esa manera, se analizan las Constituciones de la Gran Bretaña, Estados Unidos, Rusia, España, legislaciones europeas, Francia y diferentes Constituciones latinoamericanas, para finalmente concluir:

Con esto se reafirma la idea de que hay una diversidad de posturas en el sistema de recepción del derecho internacional, y que hay mucho que hacer para adecuar nuestra Constitución a otro sistema más acorde con la realidad internacional. Pero en eso se debería pensar en una diferenciación de los tratados internacionales, porque si bien son importantes, los de materia comercial no están al mismo nivel de los tratados que amplían o fortalecen los derechos humanos.

### IX. CONCLUSIONES

1. Desde la perspectiva del derecho internacional y de los internacionalistas es positiva la alta valoración que se hace de los tratados internacionales por parte de la Corte. Con esto se da un paso adecuado en la inserción de las relaciones internacionales y un claro y definitivo mensaje de respeto del Estado mexicano por la legalidad internacional, por lo menos para el derecho convencional.
2. También es loable esa postura, desde la perspectiva de los derechos humanos, pues con esa alta valoración de los tratados internaciona-

- les se amplía o fortalece en México el marco jurídico de los derechos humanos, que indudablemente incide en el Estado de derecho y su tránsito a la democracia.
3. En virtud del principio de soberanía, es claro que es una facultad del Estado establecer el sistema adecuado para la recepción del derecho internacional; la práctica estatal es rica en ejemplos, como lo reconocieron varios ministros de la SCJN en sus intervenciones. Sin embargo, en el caso concreto hay una incertidumbre en el texto de la Constitución (concretamente nos referimos al artículo 133), que de plano es oscuro y defectuoso, y ante una vaguedad de la Constitución procede modificarla, pero esta opción no se ha podido concretar, por la inoperancia del poder constituyente en época de enfrentamiento político.
  4. Las razones expuestas por la mayoría en la Corte, en 2007, para, altamente, jerarquizar los tratados, no tiene una consistencia teórica.
  5. Consideramos que la posición teórica más adecuada es considerar que no existe una jerarquía en el artículo 133, independientemente de la indudable superior jerarquía de la Constitución, en donde los órdenes restantes, es decir, el federal, el del derecho internacional (con normas convencionales y consuetudinarias) y local, están en un mismo plano, y las antinomias se resuelven casuísticamente con la aplicación de principios generales del derecho, sin perder de vista el principio constitucional contenido en el artículo 72-F: “En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación”. Esto significaría que en casos concretos se aplicaría tal o cual norma, sin que implique una abrogación o derogación de las leyes (concepto empleado en sentido amplio, incluyendo a los tratados).
  6. Desde esa perspectiva, se debe tomar en cuenta que el derecho internacional de los derechos humanos forma parte de un orden público internacional, y en su valoración en la aplicación en el interno se deben tomar en cuenta una serie de principios e instituciones como, entre otros, el *jus cogens*, característica del que gozan algunas normas internacionales, y el principio que guía la aplicación de este tipo de normas de *in dubio pro homine*.