

ALGUNOS PROBLEMAS DERIVADOS DE LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL AL DERECHO NACIONAL Y LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS

Ruperto PATIÑO MANFFER*

SUMARIO: I. Introducción. II. Elementos del problema. III. Evolución del artículo 133 constitucional. IV. Interpretación del artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de América. V. La inexplicable reforma a la Constitución mexicana realizada en 1934. VI. Consecuencias jurídicas de la reforma. VII. Criterios adoptados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. VIII. Consecuencias jurídicas derivadas de la interpretación propuesta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. IX. Los tribunales arbitrales internacionales y los mecanismos para la solución de controversias entre particulares y gobiernos. X. Conclusiones. XI. Propuesta para un nuevo texto del artículo 133 constitucional. XII. Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

Nuevamente se ha puesto en la mesa de las discusiones de los temas jurídicos relevantes, la jerarquía que tienen, o deben tener, los tratados o acuerdos internacionales suscritos por el Estado mexicano y el procedimiento que establece la Constitución Mexicana, para su incorporación al derecho nacional.

El procedimiento establecido en la Constitución Mexicana para la suscripción de tratados y el lugar que ocupan dichas normas en el sistema jurídico mexicano, genera importantes problemas de interpretación y aplicación, que se han hecho más evidentes y más críticos, por la intensa actividad negociadora en el ámbito internacional que ha desplegado el Estado mexicano en los últimos veinticinco años, que lo ha llevado a suscribir acuerdos en materias tan relevantes como los derechos humanos, los impuestos, el comercio exterior, la propiedad intelectual,

* Jefe de la División de Estudios de Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y Coordinador del Programa de Posgrado en Derecho en la misma Universidad.

el movimiento de capitales, la represión de conductas ilícitas, etc. La proliferación de tratados que se incorporan a la legislación nacional que no en todos los casos resultan congruentes con el texto constitucional, ha generado incertidumbre en quienes tienen la responsabilidad de decidir sobre su aplicación. El procedimiento establecido por la Constitución Mexicana para la incorporación de los tratados al derecho nacional adolece de importantes lagunas que provocan, en la aplicación diaria a los casos concretos, dudas sobre la norma aplicable y actos de autoridad que pueden entrar en riña con el texto mismo de la norma fundamental.

Es urgente, en nuestra opinión, que los legisladores mexicanos aborden este problema e introduzcan las reformas constitucionales que resultan indispensables para regresar al sistema jurídico mexicano la congruencia y armonía que ha perdido, por la errónea reforma introducida en el año de 1934 al artículo 133 constitucional y por la incorrecta interpretación que de dicha disposición constitucional ha construido recientemente la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El problema analizamos en este artículo¹, se puede describir en los siguientes términos:

El texto vigente del artículo 133 de la Constitución mexicana, presenta una importante contradicción constitucional que fue introducida a dicha disposición mediante la reforma publicada en el año de 1934. En virtud de dicha reforma, se le retiró al Congreso Federal, para trasladarla a la Cámara de Senadores, la aprobación de los tratados o acuerdos internacionales celebrados por el estado mexicano.

Mediante esta inexplicable reforma, se convirtió al binomio Presidente-Senado, en el mayor y más importante legislador mexicano, que ha incorporado al derecho nacional el mayor número de normas jurídicas aplicables a materias tan importantes como el comercio exterior², la doble tributación, los derechos humanos, entre otros temas igualmente relevantes, obviando la participación del Congreso de la Unión, que es el cuerpo legislativo natural, al que la propia Constitución le encomienda de forma exclusiva la creación y modificación de las leyes en materia federal.

¹ El problema de la incorporación de los tratados al derecho nacional, fue planteado por primera vez por el autor de este artículo, en el año de 1994, en la obra *Derechos del Pueblo Mexicano*, coordinada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, por encargo de la LV legislatura de la H. Cámara de Diputados, editada por Miguel Ángel Porrúa. Libro-Editor. México, D. F., Tomo XII, comentario correspondiente al artículo 133 constitucional, pág. 1175.

² A partir de la incorporación de México a la OMC, el concepto de comercio exterior —o comercio internacional— incluye al comercio internacional de servicios (financieros, profesionales, de construcción, etc.); las regulaciones en materia de inversión extranjera; los derechos de propiedad intelectual que afectan el comercio; la legislación aduanera, la medidas de salvaguardia; las cuotas compensatorias; los obstáculos técnicos; las medidas sanitarias y fitosanitarias; las normas de origen; las reglas sobre acuerdos de integración, etc.

En otras palabras, mientras que la Constitución Mexicana le encomienda de manera exclusiva al Congreso de la Unión, la elaboración de las normas jurídicas de competencia federal, por ejemplo, las que regulan el comercio exterior y el establecimiento de los impuestos a dicha actividad económica, el Presidente de la República, apoyándose en la aprobación únicamente de la Cámara de Senadores, se ha convertido en un importante legislador en esta materia, a través de la suscripción de acuerdos internacionales, que desde luego no cuentan con la aprobación del Congreso de la Unión.

El artículo 133 constitucional ordena que los tratados que celebre el Estado mexicano, deben estar conformes con la Constitución, es decir, deben guardar congruencia con el texto íntegro de la Norma Fundamental. Este mandato, sin embargo, no es observado cuando, por ejemplo, el Ejecutivo Federal suscribe tratados de naturaleza comercial, conviniendo con sus contrapartes la aplicación de impuestos en tasas inferiores a las que previamente estableció el Congreso de la Unión mediante la Ley de los Impuestos Generales de Importación y Exportación³. Para el cumplimiento de este compromiso internacional en materia de impuestos de importación, sería necesaria la aprobación por parte del Congreso de la Unión, pues es a este órgano legislativo y no al Ejecutivo, ni mucho menos al Senado, a quien la Constitución encomienda el establecimiento de toda clase de impuestos, inclusive los que se aplican a las mercancías extranjeras que se importan a nuestro país, tal como lo dispone el artículo 31, fracción IV del Pacto Federal.

Parece evidente que ni el Ejecutivo Federal, ni el Senado, ni ambos actuando coordinadamente, tienen competencia para legislar en materia de impuestos, porque dicha competencia está reservada por la Constitución a favor del Congreso de la Unión.

Es por ello que sostenemos que el binomio integrado por el Presidente de la República y el Senado, se ha convertido en el mayor legislador en nuestro país y que dicha actividad entra en conflicto con el mandato de la propia Norma Fundamental.

El problema se agrava cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación declara, mediante una tesis de jurisprudencia, que los tratados celebrados por el Estado mexicano con la aprobación del Senado, tienen mayor jerarquía jurídica frente a las leyes expedidas por el Congreso de la Unión, tesis que provoca una importante disminución en las facultades que la Constitución le encomienda de

³ La última versión de la Ley de los Impuestos Generales de Importación y Exportación expedida por el Congreso de la Unión, se publicó en el Diario Oficial de la Federación de fecha 18 de junio de 2007.

Como puede observarse, el artículo 133 constitucional describe una trilogía de normas de diferente rango y origen (la constitución, las leyes del congreso y los tratados) que en conjunto integran lo que el constituyente original calificó como *Ley suprema de toda la Unión*.

Evidentemente, conforme a la figura triangular que se presenta, siempre la Constitución se ubica en la arista superior y consecuentemente se considera como la Norma Fundamental, ya que por mandato del propio dispositivo constitucional, tanto las leyes como los tratados deben guardar congruencia y armonía con la Constitución y por lo tanto no deben entrar en contradicción con la misma.

2. Una ley o un tratado que entre en conflicto con la Constitución, estará condenado a su inobservancia en el régimen jurídico nacional y, eventualmente, a su inaplicabilidad respecto de todas aquellas personas que, por ejemplo, hubiesen obtenido el amparo y protección de la justicia federal contra actos derivados de la aplicación de dicha norma. Evidentemente, el problema de la jerarquía de normas en el derecho nacional, no afecta a la Norma Fundamental.
3. El problema se actualiza cuando se plantea cuál de ambas normas jurídicas, las leyes o los tratados, debe tener preferencia o prioridad en cuanto a su aplicación. Se argumenta que por tratarse de compromisos internacionales aceptados por el Estado mexicano, el cumplimiento y observancia de los tratados resulta incuestionable, so pena, en caso de incumplimiento, de enfrentar al Estado mexicano a la responsabilidad internacional que se derive del incumplimiento de sus obligaciones. *Pacta sunt Servanda*. Y a partir de este argumento, se concluye que los tratados tienen mayor jerarquía y prioridad en cuanto a su aplicación frente a las leyes expedidas por el Congreso.

En efecto, resulta incuestionable que los tratados o compromisos asumidos por un estado cualquiera, deben ser cumplidos. No cabe, en principio, pretexto o razón en contrario, para pretender justificar su incumplimiento. En este sentido, conviene recordar el mandato derivado de los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que expresamente disponen:

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

27. *El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incum-*

*plimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.*⁵

Es probablemente por esta razón, que las señoras y señores ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, han llegado a la conclusión de aceptar que los tratados suscritos por el estado mexicano, tienen una mayor jerarquía frente a las leyes del Congreso y deben aplicarse preferentemente cuando se detecta alguna contradicción entre ambas normas jurídicas. Opinamos, sin embargo, que la conclusión a la que llegaron los ministros de la Suprema Corte, entra en conflicto con la propia Norma Fundamental, puesto que la eventual contradicción o inconsistencia que pudiera producirse entre los compromisos derivados de un tratado y la legislación nacional, debe resolverse mediante la reforma o modificación a la norma de derecho interno, a través del proceso legislativo previsto en el artículo 72 de la Constitución, y no mediante una declaración de jerarquía preferente a favor de los tratados. La congruencia y armonía del sistema jurídico es responsabilidad del Congreso de la Unión, por lo que cualquier eventual contradicción entre una ley expedida por el Congreso y un tratado suscrito por el Ejecutivo con aprobación del Senado, únicamente debe resolverse mediante la reforma legislativa correspondiente.

4. Reconocer mayor jerarquía jurídica a los tratados frente a las leyes, nos llevaría a considerar que los tratados tienen efectos derogatorios respecto de las leyes con las que entren en conflicto, consideración que desde luego resulta contraria y violatoria del mandato derivado del artículo 72, inciso F de la Constitución Mexicana.⁶

Se considera, sin embargo, que el problema sólo se ha analizado parcialmente y no en toda su dimensión, razón por la que ahora deseamos compartir el producto de las investigaciones que hemos llevado a cabo sobre el sentido teleológico del texto del artículo 133 constitucional. El producto de nuestra investigación es el siguiente:

⁵ El texto del artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados es el siguiente: Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados. 1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto 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.

⁶ El artículo 72, inciso F, de la Constitución Mexicana, dispone: *En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación.*

III. EVOLUCIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL

Como se sabe, una buena parte del contenido de la Constitución mexicana de 1857, tiene su antecedente en el pacto de Filadelfia que da origen a la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787. En dicho Pacto Federal se incluye el artículo sexto, párrafo 2, que textualmente ordena:

Texto del artículo VI de la Constitución de los EUA

2. Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.

Como en el caso de otros temas que resultan esenciales para la creación de la constitución federal, el constituyente mexicano tomó prestado el párrafo 2 del artículo sexto de la Constitución americana y lo reprodujo, casi textualmente, en el artículo 126 de la Constitución de 1857⁷. Veamos el texto de este precepto:

Texto del artículo 126 de la Constitución mexicana de 1857

126. Esta Constitución, las leyes del congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos ó que se hicieren por el presidente de la República, con aprobación del congreso; serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, á pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones ó leyes de los Estados. (subrayado añadido)

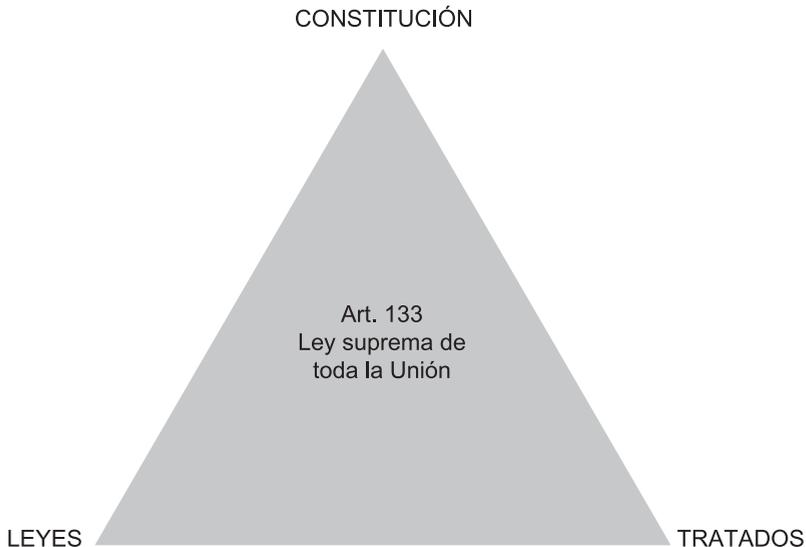
Posteriormente, el constituyente de 1916 se plantea el texto de una nueva Constitución mexicana presentándola como reformas a la Constitución promulgada el 5 de febrero de 1857, publicando el nuevo Pacto Federal el 5 de febrero de 1917. Del texto original de este pacto fundamental, conviene recordar el mandato contenido en el artículo 133, expresado en los siguientes términos:

⁷ Desde la Constitución mexicana de 1824 se estableció, que es facultad del Congreso General (integrado por las cámaras de diputados y de senadores), aprobar los tratados de paz, de amistad, de federación, de neutralidad armada y cualesquiera otro que apruebe el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos con potencias extranjeras.

Art. 133.- Esta Constitución, las Leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y todos los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, Leyes y Tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados.(subrayado añadido)

JERARQUÍA DE LOS TRATADOS DERIVADA DE LA INTERPRETACIÓN TELEOLÓGICA DEL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

Volvamos nuevamente a nuestro triángulo



Como puede observarse, reiteradamente, en los diversos textos constitucionales que han estado vigentes en México desde 1824, después en 1857 y finalmente en 1917, el constituyente original le ha encomendado al Congreso Federal y no únicamente al Senado, la aprobación de los tratados suscritos por el estado mexicano. Esta encomienda competencial se justifica plenamente entre otras razones, por las siguientes:

1. Todos los tratados suscritos por el estado mexicano, se incorporan al derecho nacional, con la mayor jerarquía que les reconoce el propio texto

constitucional; son, junto con la Constitución y las leyes del Congreso, "*Ley Suprema de toda la Unión*."

2. Por mandato constitucional, la función legislativa le corresponde al Congreso de la Unión y no de manera exclusiva a la Cámara de Senadores. En consecuencia, los tratados no pueden gozar de una mayor jerarquía respecto de las leyes expedidas por el Congreso, independientemente de la obligación que adquiere el Estado mexicano de cumplir con los compromisos adquiridos en el ámbito internacional.
3. Al otorgarse al Congreso de la Unión la facultad de aprobar los tratados, tal como lo estableció el constituyente original, se garantiza la armonía y congruencia del sistema nacional de normas jurídicas, ya que corresponde al Congreso de la Unión la facultad para crear, modificar y derogar normas jurídicas en general que, conforme al propio texto constitucional, también comparten la calificación de ser: "*Ley suprema de toda la Unión*".
4. Ante una eventual contradicción que pudiera presentarse entre lo establecido por un tratado y el contenido de una ley, y siempre que dicha contradicción no pudiera resolverse mediante la aplicación de los principios de interpretación jurídica, que establecen la aplicación preferente de la norma posterior respecto de la anterior o de la norma especial respecto de la general, el Congreso de la Unión deberá realizar las modificaciones legislativas que resulten pertinentes, para resolver la eventual contradicción y asegurar que el Estado mexicano cumpla con el compromiso internacional.

IV. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO VI DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS EUA

Hemos recordado que el texto del artículo 133 de la Constitución Mexicana, tiene su antecedente más remoto en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos de América, ya que ambos textos prácticamente son idénticos, tal como ha quedado demostrado.

Conociendo este antecedente, resulta conveniente indagar: ¿cómo resuelven los juristas estadounidenses el problema de la aprobación de los tratados y de la incorporación de los mismos a su sistema jurídico? La respuesta es muy simple: Respetando la distribución de competencias que la propia Constitución americana establece entre los tres poderes de gobierno de su sistema federal.

En los Estados Unidos de América, el titular del Poder Ejecutivo Federal tiene la facultad de representar a la Unión en toda clase de negociaciones internacionales, pero antes de iniciar una negociación y a efecto de asegurar que tiene

posibilidades de lograr acuerdos convenientes para los Estados Unidos, debe acercarse al Congreso de la Unión y solicitar autorización para llevar a cabo la negociación que tiene en puerta o que planea realizar. El Congreso analiza la solicitud del Presidente y normalmente lo autoriza para llevar a cabo las negociaciones en proyecto, marcándole límites y tiempo máximo para presentar ante el Congreso el resultado de las mismas.

Concluidas las negociaciones, el Ejecutivo presenta al Congreso el resultado obtenido y le solicita su aprobación. El Congreso somete a votación, en ambas cámaras, el resultado de las negociaciones presentadas por el Ejecutivo y, como en todo proceso legislativo, puede aprobar o rechazar la solicitud del Ejecutivo. De resultar favorable la votación, el Ejecutivo queda autorizado para ratificar la firma del tratado o convenio y, posteriormente, deberá presentar al Congreso una iniciativa de ley sobre la aplicación del tratado recientemente aprobado. El Congreso expide lo que se conoce como *Implementation Act* y será esta ley y no el tratado la que regirá la conducta tanto de las autoridades estadounidenses, como la de los particulares o gobernados.

La razón jurídica en que se sostiene este procedimiento para la aprobación de los tratados y su incorporación a la legislación de los Estados Unidos, deriva del entendimiento de que los particulares o gobernados nos regimos por las leyes que expidan nuestros representantes, es decir, los legisladores y no por las normas contenidas en un tratado que solo pueden obligar a sus suscriptores, es decir, a los estados que los firman y ratifican o a otras personas jurídicas que tiene personalidad reconocida por el derecho internacional.

Otra razón, no menos importante, por la que se justifica que sea el Congreso quien apruebe los tratados suscritos por el Ejecutivo estadounidense, deriva del respeto a la distribución de competencias establecida por la propia Constitución. Si, como por ejemplo, es al Congreso a quien la Constitución le encomienda legislar en materia de comercio exterior, no puede aceptarse que sea el Ejecutivo el que defina las reglas a que se sujetan las operaciones de comercio exterior, con la sola aprobación del Senado, que no es el Congreso, pues de aceptarse dicha incongruencia, se estaría cancelando, *de facto*, la facultad que la Constitución le confiere al Congreso para legislar en esta materia.

V. LA INEXPLICABLE REFORMA A LA CONSTITUCIÓN MEXICANA REALIZADA EN 1934

Resulta que en el año de 1933 (octubre), el Ejecutivo Federal mexicano envió al Congreso de la Unión, a través de la Cámara de Senadores, una iniciativa

para que se expidiera la ley de Nacionalidad y Naturalización. Como parte del proceso legislativo, las Comisiones Unidas, Primera de Relaciones y Segunda de Puntos Constitucionales, presentaron a la asamblea un proyecto de reformas constitucionales, argumentando que dichas reformas eran necesarias para dar paso a la iniciativa de ley enviada por el Ejecutivo. Las reformas constitucionales propuestas incluían a los artículos 30, 37, 73, fracción XVI y 133.

Conforme a lo previsto por la propia Constitución, se llevó a cabo el proceso legislativo relativo a las reformas constitucionales propuestas y el 18 de enero de 1934, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Decreto por el que se reformaron los preceptos constitucionales mencionados. De dichas reformas, resultan especialmente importantes para el tema en comento, las que se introdujeron al artículo 133, que básicamente fueron tres; a saber: la primera que consiste en sustituir las palabras *hechos y que se hicieren por celebrados y que se celebren*, aduciendo que los tratados no se *hacen*, se *celebran*; la segunda consistió en incorporar el mandato de que *estén de acuerdo con la misma*, refiriéndose a los tratados o acuerdos internacionales, para dejar claro y sin ninguna duda, el que los tratados que celebre el Estado mexicano deben estar conformes con la Constitución mexicana y, la tercera, por la que se autoriza al Senado y no al Congreso de la Unión, la aprobación de los tratados suscritos por el estado mexicano, rompiéndose así, sin ninguna explicación o motivación, con el mandato constitucional fundamental de la distribución de competencias, ya que es al Congreso de la Unión y no al Senado, a quien le corresponde elaborar las normas jurídicas que rigen la vida de los mexicanos.

Llama la atención el hecho de que, como puede constatarse de la lectura del Diario de los Debates del mes de octubre de 1933, en el que consta la versión stenográfica de las intervenciones de los legisladores que discutieron las reformas constitucionales a que nos hemos referido, que al tratarse el tema relacionado con las reformas al artículo 133, sólo se argumenta acerca de la sustitución de *hechos y que se hicieren*, por *celebrados y que se celebren*, alegando que los tratados se *celebran* y no se *hacen*; también se argumenta que es necesario dejar claro de una vez y para siempre, que los tratados deben estar conformes con la Constitución, que es la Norma Fundamental, pero no se expresa ningún argumento, ni se da ninguna justificación en relación a la importante reforma que significó el haber sustituido al Congreso de la Unión por el Senado, en la grave responsabilidad de aprobar los tratados o compromisos internacionales asumidos por el Estado mexicano.

Personalmente he llegado a concluir que esta reforma fue el resultado de un error, por parte de la mecanógrafa que elaboró la minuta correspondiente y que

nadie detectó, porque es posible que a la mecanógrafa que escribió el documento en la máquina de escribir, seguramente de marca *Remington*, le pareciera que el Senado y el Congreso eran lo mismo. Se que esta conclusión resulta descabellada y sin fundamento, pero no he encontrado ninguna otra razón por la que se pudiera explicar un cambio tan importante y tan desafortunado en el texto del artículo 133 constitucional. En mi personal opinión, el constituyente de 1917 no se equivocó al encomendarle al Congreso de la Unión la aprobación de los tratados, ni puede ser razón el argüir que en la Constitución de 1857 se encomendó al Congreso la aprobación de los tratados, porque no existía el Senado y que al restablecerse el Senado, se le debió restituir esta facultad. ¿De dónde derivan, quienes así opinan, este argumento, si nunca en la historia constitucional mexicana, se le había otorgado al Senado dicha facultad? ⁸

Desde entonces, el texto del artículo 133 de la Constitución mexicana, quedó redactado en los siguientes términos:

Texto reformado del artículo 133 de la Constitución mexicana de 1917

Artículo 133. *Esta 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. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.* (subrayado añadido)

VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA REFORMA

Los tratados que únicamente son aprobados por la Cámara de Senadores, no pueden tener efectos derogatorios sobre las leyes expedidas por el Congreso, ya que para la modificación o derogación de una ley expedida por el Congreso, debe seguirse el mismo procedimiento que se siguió para su creación, tal como lo ordena el artículo 72, inciso F, de la Constitución.

Artículo 72. Todo proyecto de ley o decreto, cuya resolución no sea exclusiva de alguna de las Cámaras, se discutirá sucesivamente en ambas, observándose el

⁸ Recuérdese que tanto en la Constitución de 1824, como en la de 1857, se encomendó al Congreso y no al Senado, la aprobación de los tratados. La Constitución de 1824, contemplaba la existencia de un Congreso compuesto por dos cámaras, la de diputados y la de senadores.

Reglamento de Debates sobre la forma, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones.

F. En la interpretación, reforma o derogación de las leyes o decretos, se observarán los mismos trámites establecidos para su formación.

VII. CRITERIOS ADOPTADOS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN RELACIÓN CON LA JERARQUÍA DE LOS TRATADOS

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido dos criterios diferentes en relación con la jerarquía de los tratados en el orden jurídico nacional. El primero, sostenido por los Ministros que integraban la Suprema Corte de Justicia de la Nación, durante la octava época, en el que se considera que los tratados y las leyes tienen la misma jerarquía y que ambos ocupan un rango inmediatamente inferior a la Constitución. El segundo, sostenido por los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la actual novena época, que abandonando el criterio anterior, afirma que los tratados se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y local.

Básicamente, las señoras y señores ministros que integran el pleno de la actual Suprema Corte de Justicia de la Nación, sustentan su nuevo criterio, en los siguientes argumentos:

1. Sólo la Constitución es la Ley Suprema y no las leyes federales ni los tratados, ya que ambos deben guardar congruencia y armonía con la Norma Fundamental.
2. Los tratados contienen compromisos internacionales que son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas las autoridades frente a la comunidad internacional.
3. El Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades.
4. No existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas.

Todas las razones expresadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la última de las tesis transcritas, resultarían impecables si los tratados suscritos *ad referéndum* por el Ejecutivo Federal, fueran sometidos a la

aprobación del Congreso de la Unión y no únicamente al Senado, que por cierto, ya no representa a las entidades federativas, como sucedía en sus orígenes.

TEXTO DE LAS DOS TESIS JURISPRUDENCIALES SOSTENIDAS POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

OCTAVA ÉPOCA

*LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES.
TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA⁹*

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.

NOVENA ÉPOCA

*TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE
POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO
RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL¹⁰*

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión «... serán la Ley Suprema de toda la Unión ...» parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de

⁹ DATOS DE LOCALIZACIÓN. Octava época. Instancia: Pleno, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 60, Diciembre de 1992, Página: 27, Tesis: P. C/92, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional. Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares y Lara.,

¹⁰ DATOS DE LOCALIZACIÓN: Novena época No. Registro: 192,867, Tesis aislada, Materia(s): Constitucional, Novena Época, Instancia: Pleno, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta X, Noviembre de 1999, Tesis: P. LXXVII/99, Página: 46

que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de «leyes constitucionales», y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que «Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.». No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: «LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.»; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

VIII. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DERIVADAS DE LA INTERPRETACIÓN PROPUESTA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El binomio Ejecutivo-Senado, se convierte en el más importante legislador del Estado mexicano, por encima del Congreso de la Unión, en contravención al mandato constitucional sobre división de poderes y distribución de competencias.

Al otorgarle a los tratados una mayor jerarquía jurídica sobre las leyes expedidas por el Congreso, se genera el problema de la aplicación preferente y del efecto derogatorio, *de facto*, de las leyes expedidas por el Congreso, cuando entran en conflicto con los tratados. No es posible reconocer efectos derogatorios de los tratados sobre las leyes, porque se violaría el mandato derivado del artículo 72-F de la Constitución.

IX. LOS TRIBUNALES ARBITRALES INTERNACIONALES Y LOS MECANISMOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS ENTRE PARTICULARES Y GOBIERNOS.

Otro tema íntimamente vinculado con lo que hasta el momento hemos comentado, es el relacionado con la existencia y actuación de los tribunales arbitrales internacionales y los mecanismos para la solución de controversias que se susciten entre particulares y gobiernos, previstos en el Tratado de Libre Comercio para América del Norte o TLCAN. El problema se plantea en los siguientes términos:

En el Tratado de Libre Comercio para América del Norte, se establece la existencia de tribunales arbitrales que tienen competencia para resolver los conflictos que se presenten entre inversionistas de un país signatario y el gobierno de otro país signatario, que sea diferente al país de donde es originario el inversionista. También se establece un mecanismo para la solución de las controversias que se presenten entre particulares y el gobierno de cualquiera de los tres países signatarios del TLCAN, derivado de la aplicación de medidas compensatorias; dicho mecanismo consiste en la creación de órganos colegiados conocidos como *Paneles Binacionales*.

En opinión de algunos estudiosos del tema, tanto la existencia de los tribunales arbitrales previstos en el capítulo XI como los *Paneles Binacionales* establecidos en el artículo 1904 del TLCAN, carecen de sustento constitucional y entran en conflicto en relación con el mandato derivado del artículo 104, fracciones I y II de la Constitución Mexicana, que textualmente disponen:

Artículo 104. Corresponde a los tribunales de la Federación conocer:

I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los Estados y del Distrito Federal. Las sentencias de primera instancia podrán ser apelables para ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado.

II. ...;

III. De aquellas en que la Federación fuese parte;

En efecto, de la lectura del texto transcrito se deriva que es posible que estemos frente a un conflicto de carácter constitucional, puesto que no resulta evidente que los tribunales arbitrales del capítulo XI y los *Paneles Binacionales* del artículo 1904 del TLCAN, compartan la naturaleza jurídica de *tribunales de la federación*, tal como lo establece el artículo 104, fracciones I y III de la Constitución Mexicana, por lo que resulta pertinente preguntarnos si dichos tribunales y mecanismos para la solución de controversias, tienen sustento constitucional.

Con independencia de la respuesta que se proponga para esta interrogante, parece conveniente que en el texto de la Constitución se incorpore expresamente la existencia de tribunales arbitrales internacionales y mecanismos para la solución de controversias, cuando exista reciprocidad por parte de nuestras contrapartes comerciales a favor de los inversionistas y exportadores mexicanos.

X. CONCLUSIONES

El conflicto sobre la jerarquía de los tratados en el derecho mexicano, resulta con frecuencia aparente, ya que normalmente es posible resolver el problema aplicando el principio de preferencia de la ley especial sobre la general. Es decir, las normas jurídicas derivadas de un tratado, sólo se aplican en los supuestos hipotéticos descritos en el mismo, y para el resto de hipótesis fuera de los límites del tratado, su regulación corresponde a la ley.

Con la intervención del Congreso de la Unión en la aprobación de los tratados, se garantizaría la armonía y congruencia del sistema jurídico mexicano considerado como una unidad, tal como lo contempla el artículo 133 constitucional, pues correspondería al Congreso resolver las contradicciones que pudieran surgir entre las leyes del Congreso y los tratados. Al aprobarse un tratado con la intervención del Congreso, este cuerpo legislativo quedaría obligado a efectuar

las reformas que resultaran pertinentes para evitar contradicciones entre leyes y tratados y para garantizar que el Estado mexicano cumpla con los compromisos adquiridos en el ámbito internacional.

Para evitar que se generen contradicciones entre el contenido de un tratado y una ley, es necesario regresar al texto original del artículo 133, rescatando la facultad que el constituyente original le otorgó al Congreso de la Unión para aprobar los tratados. De darse esta reforma, correspondería al órgano legislativo garantizar la congruencia y armonía del sistema jurídico mexicano, ya que no podrían presentarse casos de contradicción entre leyes y tratados, puesto que en el remoto caso de que se llegara a presentar una contradicción, la misma se resolvería aplicando el principio básico de interpretación que establece la aplicación prioritaria la norma posterior sobre la anterior, o de la norma especial sobre la general.

XI. PROPUESTA PARA UN NUEVO TEXTO DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL

Con base en lo expuesto anteriormente, presentamos a continuación una propuesta de reformas al artículo 133 de la Constitución Mexicana, que podría redactarse en los siguientes términos:

Artículo 133. Esta 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 Congreso, serán la Ley Suprema de toda la Unión. No podrá ratificarse la suscripción de un tratado, si previamente el Congreso de la Unión no ha decretado su aprobación. En los tratados podrá acordarse la existencia de tribunales arbitrales y procedimientos alternativos para la solución de las diferencias, a los que podrán acudir los particulares que así lo deseen. Las resoluciones que se emitan como consecuencia de dichos procedimientos, tendrán carácter definitivo y no admitirán revisión judicial, siempre que exista reciprocidad por parte de los estados con los que se convengan dichos procedimientos.

Opinamos que la segunda parte del artículo 133 podría suprimirse, puesto que ha sido fuente de incertidumbres y conflictos y su eliminación no generaría ningún problema jurídico.

XII. FUENTES DE CONSULTA

- VALLARTA MARRÓN, José Luis, *Derecho Internacional Público*, México, Editorial Porrúa, 2007.
- HERDEGEN, Mathhias, *Derecho Internacional Público*, México, UNAM-Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2005, 439 pp.
- LÉZÉ, Florence e Islas Colín, Alfredo. «El gobierno de los jueces y la supremacía del derecho internacional» en *Temas de Derecho Electoral y Político*, México, Porrúa, 2004, pp. 282-291.
- PASTOR RIDRUEJO, José A., *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, 9ª edición, España, Tecnos, 2003, 813 pp.
- PATIÑO MANFFER, Ruperto, «Comentario al artículo 133», *Los Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus constituciones*, Porrúa, México, 2000, pp. 11751211.