

V. VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ, EN RELACIÓN CON EL AMPARO EN REVISIÓN 120/2002, QUEJOSO *****

El presente voto desarrollará las razones por las cuales voté en contra de los argumentos y conclusiones a las que llegó la mayoría en relación con la determinación de la jerarquía de los tratados internacionales en nuestro orden jurídico interno. Estas razones son complejas y de varios niveles, por lo que intentaré ordenarlas metódicamente para facilitar su exposición y comprensión. En primer término, las razones en contra de la existencia de un "orden jurídico nacional" que comprende a la Constitución y a otras normas del orden jurídico mexicano como la expresión de la "Ley Suprema de la Unión"; en este caso existen razones, tanto jurídico-teóricas, de historia de la dogmática jurídica y de derecho positivo, que me llevan a no compartir la resolución de la mayoría y que me parece, además, que hacen inconsistente la posición de la mayoría en relación con el desarrollo jurisprudencial de este tribunal en la Novena Época respecto al concepto de órdenes jurídicos parciales y las relaciones de jerarquía y distribución

competencial. En segundo término, las razones en contra de la jerarquía de los tratados en relación con las demás normas dentro de este supuesto "orden jurídico nacional", la supremacía de los tratados frente a las "leyes generales". Estas razones utilizadas para fijar la jerarquía de normas de derecho interno se refieren básicamente al hecho de que nos encontramos en un "mundo globalizado" y a la existencia de ciertos principios en el derecho internacional. Dentro de esta misma línea de justificación nos muestran una lista descriptiva de derecho comparado que no es exhaustiva, ni explicita los parámetros para la selección de ordenamientos jurídicos a comparar, pero que, aun haciéndolo, no nos permitiría en sentido alguno llegar a las conclusiones que se pretenden, como lo veremos más adelante.

I. Sobre el concepto de "orden jurídico nacional" y las características de las normas que lo integran.

La posición de la mayoría en la resolución considera que de la mera lectura del artículo 133 de la Constitución Federal se advierte: "con claridad que fue intención del Constituyente establecer un conjunto de disposiciones de observancia general que, en la medida en que se encuentran apegadas a lo previsto en la Constitución General de la República, constituyen la Ley Suprema de la Unión". La mayoría considera, entonces, que lo que hay que determinar para resolver el problema de la jerarquía de normas en el derecho mexicano es aquello que significa esta "Ley Suprema" y cuáles son las normas que la integran, en particular, en lo que se refiere a las leyes del Congreso de la Unión que emanen de la Constitución Federal. De este modo, las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el artículo 133 analizado, establece la mayoría, no

pueden ser las leyes federales, ya que las mismas se encuentran sujetas a la distribución competencial establecida entre la Federación y los Estados por el artículo 124 de la Constitución, y estas normas que integran la supuesta "Ley Suprema de la Unión" deben incidir no solamente en el ámbito federal, sino que "válidamente pueden incidir en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano". Estas normas las denominan "leyes generales", y existen, afirma la mayoría, desde el texto original de la Constitución de 1917, aun cuando es ahora cuando se utilizan con mayor intensidad. En estos casos, el Constituyente o el órgano de reforma de la Constitución, según sea el caso, renunciaron expresamente a su potestad distribuidora de las competencias estatales, estableciéndose esta renuncia como una excepción al artículo 124 constitucional. Esta categoría de leyes tiene, entonces, dos notas materiales necesarias para su identificación: a) no respetan la división competencial establecida en la Constitución entre ámbitos federal y local, y b) se ha renunciado a la facultad constitucional de distribución de competencias para que la ejerza el legislador ordinario; el ejemplo elegido por la mayoría deriva de algunas de las tesis emitidas en una controversia constitucional, la 29/2000 en materia de educación, en particular a los parámetros que debe de sujetarse el Distrito Federal y los Estados en la materia.¹

A) Sobre esta posición de la mayoría tengo una primera objeción de carácter teórico, que se refiere a la posibilidad de existencia de un "orden jurídico nacional" derivado "con claridad" de la interpretación del artículo 133 de la Constitu-

¹ Existen otras notas materiales además de la indicada que son parte de este concepto de "normas generales", pero éstas son características secundarias y serán tratadas posteriormente.

ción Federal. Hay que aclarar que la teoría de los órdenes jurídicos parciales que se encuentran en los Estados federales no es novedosa, y la podemos encontrar en la teoría del derecho más autorizada desde principios del siglo XX. Esta teoría nos lleva a entender que existen al menos dos órdenes jurídicos parciales que no se encuentran en una relación de jerarquía entre ellos, sino en una distribución de competencias establecida por otra norma. Estos órdenes no se encuentran en una relación de jerarquía, ya que uno de ellos no contiene las normas que establecen los criterios de validez o existencia de las normas que pertenecen al otro, esto es, en ninguno de ellos se establecen los procedimientos de creación de las normas del otro orden jurídico parcial.

En la mayoría de los casos esta distribución se encuentra en un orden distinto, en el orden constitucional. Sin embargo, que la distribución de competencias se encuentre en un ordenamiento distinto no hace a este ordenamiento de manera directa un ordenamiento de jerarquía superior; lo que determina la jerarquía, insisto, es el establecimiento del procedimiento de creación de normas en cada uno de los órdenes jurídicos parciales. El orden constitucional es jerárquicamente superior al federal, ya que en el mismo se establecen los procedimientos, órganos y contenidos para la creación de normas federales, no porque se establezca el principio de distribución competencial del artículo 124. En este sentido, la Constitución puede perfectamente realizar una delegación a una norma de grado inferior para la determinación de las competencias entre el orden jurídico federal y los locales, y esto en ningún momento crea un 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.

Esto puede resultar más claro si comparamos otros ordenamientos jurídicos de carácter federal como el estadounidense, en donde la relación entre orden jurídico federal y estatal no es una relación de división competencial estricta, como en el caso del sistema mexicano, sino que desde su establecimiento se previó una prevalencia (*preemption*) de las normas federales frente a los órdenes jurídicos locales; esta es, además, la razón por la cual nuestro artículo 133 tiene la redacción que ahora analizamos, no es porque el régimen federal originario del que tomamos la disposición haya establecido "con claridad" un orden parcial superior a los órdenes local y estatales, sino que se hacía énfasis en que las normas emitidas por el legislador federal eran normas de aplicación general sobre todo el territorio, independientemente de lo establecido por las normas estatales, estableciendo así la prevalencia de la legislación federal en el sistema estadounidense. La genealogía de la expresión *supreme law of the land* no obedece al establecimiento de un orden jurídico parcial con normas jerárquicamente superiores, sino una norma que recogía el concepto de Estado de derecho y que establecía las medidas para el mantenimiento del Pacto Federal originario de los Estados que conformaron la Unión Americana.²

² Sobre la naturaleza general de la legislación federal y su prevalencia véase Gibbon v. Orden 22 U.S. (9 Wheat) 1 (1824); sobre los tipos generales de prevalencia véase English v. General Electric Co., 496 U.S. 72,79 (1990). Mediante la aplicación de la misma cláusula constitucional (*supremacy clause*), los tratados internacionales, al igual que las normas federales, prevalecerán generalmente sobre las normas locales, véase Ware v. Hylton, 3 U.S. (3 Dall.)

B) En segundo lugar, en lo que se refiere a la historia de la dogmática jurídica nacional, si bien es cierto, como se afirma en la resolución, que en algunos textos constitucionales históricos existe mención de la existencia de "leyes generales", en ningún momento queda claro que sean solamente estas leyes las jerárquicamente superiores frente al resto de la legislación federal y de la legislación local. Para los tratadistas del siglo XIX, que escriben bajo la vigencia de la Constitución de 1957, es claro que tanto las normas federales como los tratados son inferiores a la Constitución, pero en ningún momento manejan o establecen un doble concepto de leyes generales, por un lado, y leyes federales, por el otro.³ Ya en el siglo XX, los tratadistas dominantes abandonan de manera expresa y por completo la posibilidad de adopción de una relación prevalente de la legislación federal frente a la legislación local, para entender que ambas se encuentran en un mismo nivel jerárquico teniendo cada una su materia propia, transformando la mencionada relación de prevalencia en un problema de aplicación directa de la Constitución.⁴

Ya en el siglo XX algunos autores pretenden establecer un concepto dual de las normas emitidas por el Poder Legislativo, sin embargo, esta dualidad proviene de una matriz teórica diversa y tiene consecuencias que en nada se asemejan

¹⁹⁹ (1796) y *Hauenstein v. Lynham*, 100 U.S. 483 (1880); sin embargo a nivel federal los tratados internacionales se relacionan en un mismo plano jerárquico con las demás leyes federales, aplicándose el principio de *lex posterior derogat priori* en caso de conflicto de normas, véase *Chae Chang Ping v. United States*, 130 U.S. 581 (1889) y *Whitney v. Robertson*, 124 U.S. 190, 194 (1888). En ningún momento la cláusula de supremacía en el derecho norteamericano ha generado una dualidad de normas federales ni nada parecido.

³ En este tema es ilustrativa la reseña de los tratadistas del s. XIX que hace Mario de la Cueva en su *Teoría de la Constitución*, Editorial Porrúa, México, 1982, págs. 104-107.

⁴ En el mismo caso se encuentran Felipe Tena Ramírez, *Derecho Constitucional Mexicano*, Editorial Porrúa, México, págs. 502 y ss; Gobino Fraga, *Derecho Administrativo*, Editorial Porrúa, México, págs. 45 y ss; y Eduardo García Maynez, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa México, págs. 80 y ss.

a lo que la mayoría ha determinado en la resolución que ahora analizamos. Estos autores se fundamentan en el término que "emanen" de la Constitución contenido en el artículo 133, generando una dualidad entre las leyes materialmente "emanadas" de la Constitución y un concepto de ley que sólo formalmente emana, pero que no constituye el "cuerpo y alma de la Ley Fundamental", esto es, que si bien formalmente siguen el mismo procedimiento formal de creación, materialmente "son normas que hacen explícito el sentido pleno de los textos constitucionales, son, por decirlo así, la Constitución misma, fuerza viva que se desarrolla siguiendo sus leyes internas para explicar a los hombres todo lo que es, pero sin salirse nunca ni de su cuerpo ni de su alma, sin transformarse en lo que no es". Para estos autores estas normas, sobra decirlo, son derecho constitucional de manera directa.⁵ Finalmente, está el grupo de autores que han sostenido la existencia de un tercer orden distinto a los órdenes federal y locales, éstos han entendido que ese tercer orden competencial se refiere solamente a la Constitución o, de un modo mucho más refinado teóricamente, que solamente contiene ciertas funciones que se refieren a la Constitución misma, pero en ningún caso estos autores consideran la existencia de un orden intermedio entre el orden constitucional y los órdenes federal y locales.⁶

La línea de desarrollo jurisprudencial que ha adoptado la Suprema Corte de Justicia en la Novena Época en relación

⁵ Las citas son de Mario de la Cueva, *Teoría de la Constitución*, Editorial Porrúa, México, 1982, págs., 113 y ss; véase también Jorge Carpizo, *La Interpretación del Artículo 133 constitucional*, en *Estudios Constitucionales*, UNAM-Porrúa, México, 1980, págs. 19 y ss.

⁶ En el primer caso se encuentra Fernando Alejandro Vázquez Panda, *Notas sobre el Sistema Jurídico Mexicano, a la Luz de la Constitución*, en *Jurídica*, Anuario no. 7, Universidad Iberoamericana 1985; en el segundo, Ulises Schmill Ordóñez, *El Sistema de la Constitución Mexicana*, Manuel Porrúa, México, 1971.

con los órdenes jurídicos parciales, pareciera seguir elementos semejantes a las últimas teorías mencionadas; esta línea jurisprudencial, sin embargo, se ha hecho más compleja en el transcurso del tiempo y con relación a problemas concretos que se han presentado en las distintas vías de control constitucional competencia de este tribunal.⁷ Esta línea interpretativa desarrolla de forma progresiva los distintos órdenes jurídicos que componen el Estado mexicano y ha consolidado las reformas constitucionales relativas a la formación de nuevos órdenes jurídicos parciales. En este sentido, resulta curioso que si un orden jurídico de la magnitud del supuesto "orden nacional" se encontraba establecido "con claridad" por el Constituyente y encontraba sus orígenes desde antes de la Constitución de 1857, no existiera mención alguna del pretendido "orden nacional" en ninguna de las tesis relevantes de esta línea de desarrollo interpretativo. Lo que nos parece es que la Suprema Corte ha establecido una línea de interpretación que sistematiza y se adecua a los elementos positivos y constitucionales del orden jurídico mexicano, y que en ningún momento contempla la existencia de este "orden nacional". La incorporación de este orden es, además, completamente inadecuada y equívoca con relación no a las teorías, sino a consideraciones de derecho positivo, como enseguida mostraré. Lo más grave

⁷ De este modo es ilustrativa la evolución observable desde el criterio contenido en la tesis P.J. 95/99, derivada de la CC. 31/97 del Ayuntamiento de Temixco, Morelos, septiembre de 1999, de rubro: "CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. LOS DIVERSOS ÓRDENES JURÍDICOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL TIENEN AUTONOMÍA FUNCIONAL Y ASIGNACIONES COMPETENCIALES PROPIAS."; en esta controversia solamente se identifican cuatro órdenes jurídicos: el constitucional, el federal, el local y el del Distrito Federal, considerándose aun a los Municipios como parte del orden jurídico estatal por la dependencia a las leyes en materia municipal expedidas por las Legislaturas de los Estados. Esta situación cambia con el criterio contenido en la tesis P.J. 136/2005, derivada de la CC. 14/2001 del Municipio de Pachuca de Soto, Hidalgo, julio de 2005, de rubro: "ESTADO MEXICANO. ÓRDENES JURÍDICOS QUE LO INTEGRAN.", en donde ya se reconoce la existencia de un quinto orden jurídico con asignaciones competenciales propias, el orden jurídico municipal; esta tesis termina de consolidar e integra en el esquema de los órdenes jurídicos del Estado mexicano, la reforma constitucional al artículo 115 de diciembre de 1999.

es que parece que este "orden nacional" surge hasta el momento en 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.

C) Finalmente, para terminar con la primera parte de este voto, me referiré al concepto que maneja la resolución de leyes generales como leyes que no respetan la división competencial entre Federación y Estados. En este sentido, el concepto elaborado por la mayoría es totalmente novedoso, las normas generales a las que se refieren en el texto de la resolución que existen desde el siglo XIX, o que encontramos en el texto original de la Constitución de 1917, en ningún momento corresponde con el significado que se le pretende asignar. En el ordenamiento jurídico mexicano encontramos una gran cantidad de "leyes generales" que no se ajustan a las notas materiales de identificación establecidas en la resolución, sino que son materias eminentemente federales, como ejemplo podemos mencionar: la Ley General de Deuda Pública, la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, la Ley General de las Personas con Discapacidad, Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, la Ley General de Sociedades Mercantiles, Ley General de Medios de Impugnación en Materia Electoral, Ley General de Sociedades Cooperativas, Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, entre otras.

Esto podría ser simplemente un error en la nomenclatura de las leyes, y no negamos la existencia de leyes emitidas por el legislador que sí establecen la concurrencia entre Federación, Estados y Municipios. Sin embargo, si analizamos con

más cuidado el concepto de leyes que establecen la concurrencia entre la Federación, Estados y Municipios, encontraremos que este tipo de leyes claramente no existe desde el texto original de la Constitución de 1917, mucho menos desde la Constitución de 1857. La primera ley que se emite mediante competencia delegada en la Constitución para la determinación de esta concurrencia, es la Ley de Educación que, mediante reforma de diciembre de 1934, establece la distribución de la función social educativa entre Federación, Estados y Municipios.⁸ La segunda delegación a la Federación de la competencia para establecer la concurrencia entre Federación, Estados y Municipios fue en materia de asentamientos humanos; para esto, sin embargo, pasan casi 40 años desde la competencia en materia de educación, adicionándose la fracción XXIX-C al artículo 73, mediante reforma publicada el 6 de febrero de 1976. Posteriormente, encontraremos las delegaciones en materia de salud; en materia de equilibrio ecológico y de la protección al ambiente y en materia de acuacultura.⁹ Finalmente, no desconozco la existencia de otras leyes generales que se refieren a facultades concurrentes entre Federación, Estados y Municipios, como la Ley General de Protección Civil o la Ley General de Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública; sin embargo,

⁸ Vale hacer notar que la ley, aun cuando distribuía la función educativa entre Federación, Estados y Municipios desde 1934, no se llamaba "ley general", sino que se llamó "Ley Orgánica de Educación, Reglamentaria de los Artículos 3, 27, fracción III, 31, fracción I, 73 fracciones X y XXV, y 123, fracción XII Constitucionales" hasta su reforma publicada el 29 de noviembre de 1973, en donde cambió su nombre a "Ley Federal de Educación"; no obtiene el nombre de "ley general" sino hasta la reforma publicada en el Diario Oficial el 13 de julio de 1993. Esto significa que aun cuando la ley realizaba las funciones que la identificaban como una "ley general" no se identificaba como tal, por lo que existen "leyes generales" que no establecen ningún tipo de concurrencia y existen leyes que no son "generales" que si lo hacen. Por tanto, la justificación de la mayoría en el sentido de que las leyes generales existen desde antes de la Constitución de 1857, carece de sentido.

⁹ Las reformas se publicaron el 3 de febrero de 1983, el 10 de agosto de 1987 y el 27 de septiembre de 2004, respectivamente.

estas leyes no distribuyen la facultad entre los distintos órdenes jurídicos parciales, sino solamente establecen sistemas de coordinación sobre las facultades constitucionalmente concurrentes de los distintos órdenes que componen el sistema constitucional mexicano. Estas leyes tampoco se ajustan a la definición utilizada en la resolución a la que se refiere el presente voto.

II. Sobre la relación jerárquica entre las "leyes generales" y los tratados internacionales.

En la segunda parte de la resolución se expresan las razones por las cuales se considera que los tratados internacionales son superiores no solamente a todas aquellas normas que no constituyen esta "Ley Suprema de la Unión", sino también a las mismas leyes generales con las que comparten el supuesto "orden nacional" que hemos analizado en la primera parte. En resumen, la mayoría utiliza argumentos de tres tipos A) de interpretación sistemática de los "principios o guías" contenidos en la Constitución que permiten al Estado mexicano "insertarse" en el contexto internacional; B) de ciertos principios de derecho internacional, desde los cuales se pretende establecer la jerarquía de derecho interno, utilizando básicamente la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y C) de derecho comparado, elaborando una lista descriptiva de la situación que guardan los tratados internacionales en otros sistemas jurídicos en donde se pretende encontrar una "tendencia contemporánea" hacia una "mayor integración internacional". Todo lo anterior, la mayoría lo encamina a corroborar la interpretación del artículo 133 constitucional a la que nos referimos en la primera parte de este texto, poniendo de manifiesto, se afirma en la resolución, "la con-

gruencia existente entre la intención originaria del Constituyente de incluir como Ley Suprema de la Unión a los tratados internacionales y la interpretación del texto constitucional atendiendo a las condiciones económicas, políticas y sociales que priman hoy por hoy en el mundo globalizado y que, a su vez, resultan determinantes para la inserción del México contemporáneo en éste".

A) En la primera línea de argumentación, se afirma que la Constitución mexicana contiene en su texto una "visión internacionalista", haciendo referencia a diversos principios de los que se advierte una "vocación para la convivencia pacífica con las naciones que integran la comunidad internacional" y que si bien no establecen de manera expresa la jerarquía de los tratados, expresan "el reconocimiento del Constituyente a la necesidad de establecer principios o guías que permitan al Estado mexicano insertarse en el contexto internacional". Estos "principios o guías" los encontraremos, se afirma en la resolución, en el artículo 30. que, aun cuando se refiere a la educación que deba impartirse en el país, "refleja un espíritu de cooperación internacional, que solamente puede construirse mediante la participación de aquellos individuos que han aprendido a desarrollar armónicamente sus capacidades intelectuales, interiorizando los principios de dignidad de la persona, democracia, nacionalismo y solidaridad internacional". Asimismo, encontré las limitaciones del artículo 15 y los principios de política exterior del artículo 89. También encontramos, en un sentido más formal, la fijación de la extensión y límites del mar territorial y el espacio aéreo con relación al derecho internacional, lo que de acuerdo con la mayoría afirma un reconocimiento expreso a la aplicabilidad de la normas de derecho internacional dentro del territorio nacional determi-

nando la extensión del territorio "por encima de cualquier norma interna"; estos principios adquieren, además, una mayor relevancia en "el mundo globalizado contemporáneo" ... "en los albores del siglo XXI" donde debemos interpretar el texto "con las condiciones sociales, económicas y políticas" a partir de las que se suscita el problema.

No se entiende cómo estas razones puedan justificar la jerarquía de los tratados en relación con las demás normas del sistema jurídico mexicano, menos aún en relación con la categoría de normas generales establecida en la misma resolución. El hecho que se imparta la educación dentro del sistema educativo nacional "fomentando" la "solidaridad internacional", que encontremos artículos en la Constitución relativos a la política exterior o nos encontremos en un "Estado globalizado", en ningún momento se convierten en razones jurídicas para sostener la jerarquía de las normas en el orden jurídico interno. La jerarquía depende de relaciones normativas expresas que se dan mediante los procedimientos de creación normativa, no por una pretendida "vocación internacionalista" del Estado mexicano.¹⁰ El único argumento jurídico que encuentro en esta primera línea argumental es el que se refiere a la jerarquía constitucional del derecho internacional establecida en las fracciones V y VI del artículo 42

¹⁰ Además, que una verdadera "vocación internacionalista" se traduciría en normas de derecho positivo que establecieran la posibilidad de delegación de competencias en órganos transnacionales o regionales, como en el caso de Argentina o Brasil (arts. 24 y 4, respectivamente); o la obligación de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de las declaraciones de derechos internacionales, como en el caso de España (art. 10). Recordemos que en nuestro sistema no existe aún el reconocimiento o remisión constitucional directa de ningún instrumento de derechos humanos o de las sentencias de los órganos encargados de su aplicación, que solamente se encuentran contemplados a nivel legal en la Ley de Responsabilidad Patrimonial del Estado. Asimismo, la incorporación de la jurisdicción de la Corte Penal Internacional no fue sino hasta junio del año 2005. En estos términos, la solidaridad internacional en la educación parece un poco endeble para justificar por sí misma esta "vocación".

de la Constitución (que, por lo demás, están relacionados con los párrafos cuarto, quinto y octavo del artículo 27). Sin embargo, es claro que en estos casos hay una remisión constitucional directa al derecho internacional, mediante la cual la Constitución incorpora las normas relativas a la extensión y límites del mar territorial y al espacio aéreo (además de la determinación de la zona económica exclusiva, conforme al párrafo 8o. del artículo 27). En este caso, las normas de derecho internacional se convierten en normas de rango y jerarquía constitucional por determinación expresa de la propia Constitución, estableciendo los ámbitos de validez espacial del sistema jurídico mexicano; lo que no se alcanza a entender es por qué esta incorporación constitucional expresa de ciertas normas relativas a una materia específica, justificaría la posición jerárquica de las demás normas de derecho internacional dentro del ordenamiento.

B) La segunda línea de justificación se refiere a la existencia de principios de derecho internacional establecidos en ciertos instrumentos firmados y ratificados por el Estado mexicano, en particular la Convención de Viena para el Derecho de los Tratados.¹¹ De este instrumento, la resolución extrae los principios del artículo 27: la no posibilidad de invocar las disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado; y del artículo 26: formulación del principio de *pacta sunt servanda*. La resolución concluye que la aplicación y cumplimiento de los tratados no puede quedar supeditado a las leyes ordinarias (generales o de otro tipo), pues ello implicaría el incumplimiento de las obligaciones que "libre y soberanamente" ha contraído con otro u otros Estados.

¹¹ Firmada el 23 de mayo de 1970 y aprobada el 29 de diciembre de 1972.

Todos estos argumentos de derecho internacional son argumentos correctos y pueden funcionar para justificar ciertas posiciones teóricas sobre la relación de derecho internacional y derecho interno.¹² Sin embargo, sostener que éste es el fundamento para la determinación de la jerarquía de derecho interno es circular y equívoco. Que la Convención de Viena sea un instrumento firmado "libre y soberanamente" por el Estado mexicano en ningún momento implica que la misma no pueda ser incumplida mediante normas de derecho interno, entiéndase que el hecho de que el Estado mexicano haya firmado la convención no le puede otorgar jerarquía interna a la convención misma, esto es claramente un razonamiento circular y autoreferente, no podemos establecer la jerarquía de las demás normas de derecho internacional frente al derecho interno mediante las normas o principios establecidos en una norma de derecho internacional firmada y ratificada y, por tanto, transformada en una norma de derecho interno. El único modo para determinar la jerarquía de normas de derecho interno es desde el derecho interno mismo y, en particular, desde la última norma positiva de ese derecho, desde la norma constitucional. Por otro lado, la posición contenida en la resolución es similar al afirmar que un individuo no puede incumplir un contrato, ya que voluntariamente lo firmó; en este sentido, el individuo como el Estado pueden incumplir el contrato o el tratado, lo cual traerá aparejadas consecuencias normativas específicas como en la responsabilidad civil o responsabilidad internacional, pero en ningún momento se puede extraer del sujeto o del Estado la posibilidad de incumplimiento, ya que nos encontraríamos frente a una norma que no puede

¹² Es particularmente útil para la justificación de posiciones monistas desde la perspectiva del derecho internacional, como en el caso de Kelsen, H., *La transformation du droit international en droit interne*, Editions A. Pedone, Paris, 1936.

ser incumplida, lo que es inaceptable desde el punto de vista jurídico, ya que, en ese momento, la misma dejaría de ser norma jurídica que regula relaciones normativas, para convertirse en una ley natural descriptiva de relaciones causales.

C) Finalmente, la resolución se apoya en una descripción de distintos sistemas jurídicos comparados de la cual parece extraer una tendencia internacional a una mayor integración internacional. Esta tendencia, afirma la resolución, permite corroborar la interpretación hecha en la primera parte al poner de manifiesto la "intención originaria del Constituyente de incluir como Ley Suprema de la Unión a los tratados internacionales, y la interpretación del Texto Constitucional atendiendo a las condiciones económicas, políticas y sociales que priman hoy por hoy en el mundo globalizado y que, a su vez, resultan determinantes para la inserción del México contemporáneo en éste".

De nuevo no se entiende por qué una lista arbitraria de sistemas de derecho comparado constituye un argumento para la interpretación de la jerarquía de normas en el orden jurídico interno. Lo que es más, un análisis de los elementos distintivos de los sistemas reseñados nos debería llevar a una conclusión contraria a la que se afirma en la resolución. En los países de derecho anglosajón analizados, Estados Unidos de América y Reino Unido, los tratados internacionales tienen la misma jerarquía que sus normas de derecho interno, en el caso norteamericano, igual que las leyes federales, y en caso de conflicto en ambos casos se aplica el principio de *lex posterior derogat priori*. En el caso de los Estados europeos: España y Francia, existen disposiciones expresas en sus Constituciones sobre la jerarquía de los tratados internacionales; en el pri-

mero se establece, además, un sistema de control previo de tratados que no permite la ratificación de tratados que puedan ir contra disposiciones constitucionales. En el caso ruso estamos frente a una situación similar, dada la determinación expresa de la jerarquía interna de los instrumentos internacionales. En cuanto a los Estados latinoamericanos, Brasil establece jerarquía de tratados al mismo nivel que las leyes ordinarias, exceptuando de manera expresa a los tratados de derechos humanos;¹³ Argentina tiene disposición expresa con jerarquía especial a nivel constitucional establecida para ciertos instrumentos enumerados, en el caso de Costa Rica, también existe cláusula constitucional expresa de jerarquía superior a las leyes. En el caso de Senegal y Argelia también tienen cláusula constitucional expresa.

En estas condiciones, la lista de derecho comparado lo único que nos podría indicar, si realmente queremos extraer una conclusión general de una descripción genérica de varios sistemas de incorporación, es que en algunos países el Poder Constituyente ha establecido expresamente la jerarquía superior de los tratados internacionales frente a la legislación interna. Esto podría sugerir la tendencia para una posible futura reforma constitucional en materia de jerarquía de tratados internacionales: el establecimiento de la diferencia de los instrumentos de derechos humanos y el resto de los instrumentos internacionales, y el establecimiento expreso de la jerarquía de los tratados en relación con el orden jurídico interno. Lo anterior, entonces, nos indicaría la jerarquía que el derecho internacional debería tener si deseáramos seguir esta pretendida tendencia internacional que identifica la resolución. Sin

¹³ Materia que no se trata en la resolución y que de hecho se excluye de manera expresa.

embargo, esto en ningún momento indica, ni puede indicar, la jerarquía de los tratados internacionales en el ordenamiento constitucional positivo vigente en nuestro país. Este Alto Tribunal se encuentra encargado de la interpretación sistemática y armónica de la Constitución, no de la integración de tendencias internacionales o de abiertamente sustituirse en el órgano de reforma de la Constitución para la incorporación de estas tendencias. Finalmente, si nos referimos a la situación del derecho internacional en el derecho norteamericano, del cual extraemos varios de los elementos de nuestro propio sistema y no cuenta con cláusula constitucional expresa, nos damos cuenta de que los tratados tienen la misma jerarquía que las leyes ordinarias y que, mediante una ley ordinaria federal, se pueden derogar las disposiciones contenidas en un tratado internacional, como lo hemos tratado en la primera parte de este voto.

III. Conclusión

No existe ningún elemento constitucional, teórico o histórico que me permita coincidir con la afirmación de que los tratados internacionales tienen una jerarquía superior a las leyes. En general, me parece que desde el sistema constitucional hay que reconstruir un sistema de relaciones distinto entre los tratados y las normas de derecho interno que tendría que tomar como ejes fundamentales: la relación de distribución competencial estricta entre Federación y Estados, respetando la autonomía estatal y tomando en cuenta las diversas características de algunos tratados, como el hecho de que algunos son de aplicación directa y otros de adecuación legislativa; los elementos particulares de cada uno de los instrumentos internacionales a incorporarse en el derecho interno, sus ámbi-

tos de aplicabilidad, para establecer los elementos para identificar los casos en los cuales tenemos una genuina contradicción con normas de derecho interno y en qué casos ésta es sólo aparente y, finalmente, las líneas interpretativas desarrolladas consistentemente por el Tribunal Constitucional. Quiero subrayar, como se hace en la misma resolución, que las consideraciones expresadas en este voto podrían no aplicarse en casos de instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, los cuales tienen ciertas características materiales propias que podrían, en relación con elementos constitucionales diversos a los analizados, ser objeto de un tratamiento diverso al de los instrumentos internacionales en otras materias, en particular los tratados en materia comercial.