

VII. VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO JOSÉ DE JESÚS GUDIÑO PELAYO, EN LOS AMPAROS EN REVISIÓN EN QUE SE DETERMINÓ LA SUPERIORIDAD JERÁRQUICA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL*

Sumario:

I. El orden constitucional y los órdenes jurídicos parciales en el sistema jurídico mexicano. II. Las diferentes lecturas del artículo 133 constitucional. III. Las jerarquías normativas. IV. La incorporación del tratado internacional al sistema jurídico, la generación de antinomias y su solución. VI. La invalidez del acto y no de la norma.

Con el debido respeto a la mayoría, no comparto la decisión tomada y en el presente voto expreso las razones en que sustento mi disentimiento.

La superioridad jerárquica que la mayoría atribuye a los tratados internacionales sobre el derecho interno o doméstico se sustentó, en esencia, en que:

* Secretaria: María Amparo Hernández Chong Cuy.

(i) Conforme al artículo 133 constitucional, son "Ley Suprema de la Unión": "las leyes del Congreso de la Unión", expresión que fue interpretada como las leyes generales, reguladoras de materias concurrentes)¹, y los tratados internacionales; normas que tienen ascendencia jerárquica sobre las legislaciones federal, estatal y municipal, y en conjunto conforman un orden jurídico nacional.

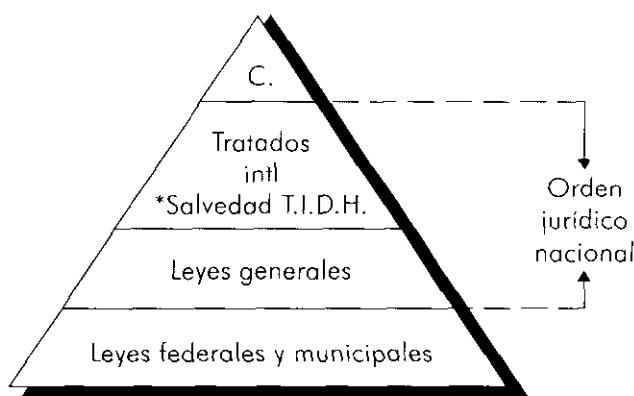
(ii) Interpretación que relacionan con una visión internacionalista de nuestra Constitución, pues contiene varios referencias que revelan una vocación para la convivencia pacífica con las naciones que integran la comunidad internacional.

Además de esta superioridad se sustentó, con base en razonamientos que apelaron al derecho internacional, básicamente a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que los tratados internacionales son superiores, incluso, a las llamadas leyes generales.

Luego de hacer una exposición comparatista, en la resolución se aduce una tendencia internacional hacia una mayor integración entre países y se dice que el estudio revela que en algunos países se ha dado a los tratados internacionales un rango supralegal y en algunos casos constitucional, lo que, a decir de la mayoría, corrobora la interpretación que hizo del artículo 133 constitucional.

¹ Textualmente la resolución dice: "... las leyes del Congreso de la Unión o las que se refiere el artículo 133 constitucional, no corresponden a las leyes federales, considerando como tales aquellas que se limitan a regular las atribuciones que en la Constitución se confieren a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de las leyes generales, esto es, aquellas que válidamente pueden incidir en los todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano ..."

Conforme a esta interpretación que hace la mayoría del artículo 133 y del derecho internacional, resulta que las relaciones de verticalidad del sistema jurídico mexicano pueden graficarse de la siguiente manera:



No es ésta mi forma de ver el artículo 133 constitucional, ni mi concepción del sistema jurídico mexicano y sus fuentes, de manera que tampoco puedo compartir la conclusión a la que han arribado en el sentido de que los tratados internacionales son superiores al derecho interno.

Para explicar mi voto, creo más conveniente iniciar por exponer mi concepción acerca de estas premisas, que haciendo una refutación pormenorizada de los argumentos de la mayoría. Esto último sólo me llevaría a decir por qué no las comparto, pero no me permitiría construir y explicar mi postura en este debate. Lo que admito y no de las consideraciones de la mayoría, finalmente, se irá derivando de la exposición.

I. El orden constitucional y los órdenes jurídicos parciales en el sistema jurídico mexicano.

Para mí, resulta indispensable tomar como punto de partida al estudiar esta problemática, el enfocarla bajo la más amplia perspectiva de las relaciones jurídicas; más específicamente, de cómo se interrelacionan las diversos órdenes y fuentes del sistema jurídico mexicano.

Creo que los problemas de jerarquías normativas son, en esencia, problemas de relaciones, en una de las diversas vertientes en que tal problemática puede presentarse: la vertiente vertical. Las relaciones en el entramado jurídico pueden ser verticales, sí; pero también pueden ser de orden horizontal u otro, como podría ser de interdependencia, de complementariedad, de exclusión, etcétera. Por eso, al analizar el problema de la jerarquía normativa de los tratados internacionales en nuestro sistema jurídico hay que tomar en consideración el resto de las relaciones que imperan entre los demás componentes del sistema normativo, para estar en aptitud pues de lograr una interpretación que tenga como base el conjunto.

En el caso específico de nuestro sistema jurídico, tenemos que a lo largo de la Constitución se prevén diversas fuentes jurídicas, se fundan órdenes jurídicos y se van entrelazando las relaciones que existen entre ellos. Así, tenemos que existen órdenes jurídicos, creados en la propia sede constitucional, con distintos ámbitos espaciales y/o materiales de vigencia, como son: (i) el orden federal, (ii) el estatal, (iii) el local del Distrito Federal, (iv) el orden municipal, recientemente reconocido por esta Suprema Corte, órdenes que generan, cada uno en su propio ámbito, normas jurídicas, que se incor-

poran al concierto en el sistema de fuentes, particularmente de índole legislativa.

Al lado del orden jurídico federal está el orden jurídico estatal, cuya materia se encuentra determinada preponderantemente por la regla de *residualidad* o *exclusión* vertida en el artículo 124 constitucional, conforme a la cual, aquello que no es competencia de la Federación es competencia de los Estados; amén de que en otros artículos constitucionales, como son los numerales 115 y 116, también se encuentren otras cuestiones. En otro rubro, está el orden local del Distrito Federal, en el que la propia Constitución, en su artículo 122, admite como órganos creadores de normas tanto al Congreso de la Unión como al órgano legislativo local. La Corte ha dicho:

CONTROVERSIAS CONSTITUCIONAL. LOS DIVERSOS
ÓRDENES JURÍDICOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL TIENEN AUTONOMÍA FUNCIONAL Y ASIGNACIONES COMPETENCIALES PROPIAS.—.... (SE TRANSCRIBE)²

Por otra parte, el orden municipal, de reciente cuño y reconocimiento por parte de este tribunal, integrado por las normas que específicamente autoriza el artículo 115 a los Municipios a crear, con vigencia exclusiva en su territorio, como se sostuvo por el Pleno de la Corte al señalar:

² Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo X, septiembre de 1999, tesis P/J. 95/99, página 709. Controversia constitucional 31/97. Ayuntamiento de Temixco, Morelos. 9 de agosto de 1999. Mayoría de ocho votos.

ESTADO MEXICANO, ÓRDENES JURÍDICOS QUE LO INTEGRAN.—... (SE TRANSCRIBE)³

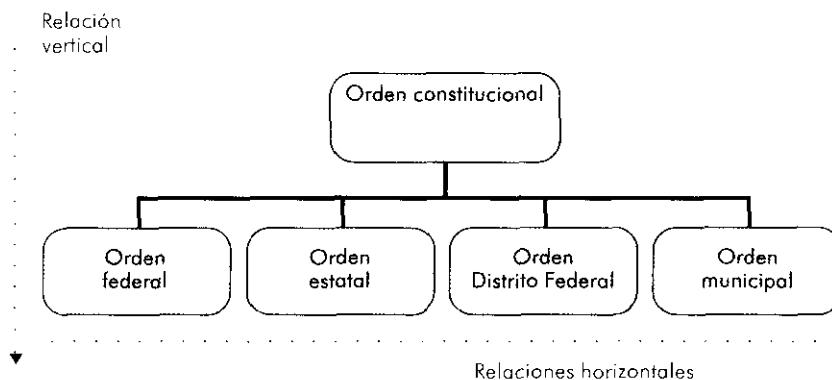
MUNICIPIOS. EL ARTÍCULO 115, FRACCIONES I Y II, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL RECONOCE LA EXISTENCIA DE UN ORDEN JURÍDICO PROPIO.—... (SE TRANSCRIBE)⁴

En la descripción anterior, es fácil advertir cuál es la norma que funda la existencia de las demás que integran cada uno de los órdenes jurídicos parciales a que se ha hecho referencia: es la Constitución misma.

En efecto, todos estos órdenes confluyen y fundan su existencia en la propia Constitución —no entre sí—, dando cuerpo así a un sistema jurídico que, como tal, es una unidad que requiere cohesión y exige armoniosa operación de sus partes. Dadas las cuestiones antes apuntadas, no podría considerarse que entre los órdenes que se fundan en el orden constitucional existe una relación de verticalidad, ni siquiera entre las normas originadas en el orden municipal con respecto al estatal, luego de las reformas al artículo 115 de 1999 y la interpretación que de la misma hizo la Corte (antes citada). Lo anterior, se podría representar gráficamente así:

³ Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXII, octubre de 2005, tesis P.J. 136/2005, página 2062. Controversia constitucional 14/2001. Municipio de Pachuca de Soto, Estado de Hidalgo. 7 de julio de 2005. Unanimidad de diez votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarias: Mariana Mureddu Gilabert y Carmina Cortés Rodríguez.

⁴ Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXII, octubre de 2005, tesis P.J. 134/2005, página 2070. Controversia constitucional 14/2001. Municipio de Pachuca de Soto, Estado de Hidalgo. 7 de julio de 2005. Unanimidad de diez votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarias: Mariana Mureddu Gilabert y Carmina Cortés Rodríguez.



Es la Constitución la que funda, impone, reconoce y admite cuáles son los componentes del propio sistema jurídico, el documento mismo en el que se funda la existencia del Estado. En esta virtud, la Constitución se erige como el cuerpo cúspide al que las demás fuentes deben ajustarse en orden a conservar su validez jurídica como normas, tal como disponen expresamente diversas de las normas de su propio texto.⁵

II. Las diferentes lecturas del artículo 133 constitucional.

Si ésta es la conformación estructural del sistema jurídico mexicano, ¿qué sucede cuando se celebra un tratado internacional y se recepciona su contenido normativo por nuestro sistema jurídico?, ¿qué relación surge entre esta norma de origen internacional con las diversas normas de origen interno?, ¿se da lugar, acaso, a la creación de un nuevo orden jurídico?

Para responder a lo anterior, es preciso ver el texto del artículo 133 para buscar en él criterios que orienten su res-

⁵ Como son: el propio artículo 133 y los artículos en que se establecen los medios de control constitucional y los efectos a que ha lugar cuando la norma en ellos impugnada resulta ser contraria a la Constitución misma.

puesta, pues es en él que se establecen los tratados internacionales como fuente normativa. Dice:

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.

La literalidad del propio precepto es clara en cuanto a que los tratados son fuente normativa de nuestro sistema jurídico, pero tan clara en este aspecto como oscura y equívoca en cuanto al lugar que corresponde a esas normas en nuestro sistema. Veamos la redacción cuando dice: "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**".

¿Significa esto que estas tres fuentes de derecho (Constitución, leyes del Congreso de la Unión y tratados), son en conjunto la máxima norma en el sistema, jerárquicamente superiores a todas las demás?

Una apreciación aislada, literal o gramatical del precepto, conduciría a responder que sí. Si a lo anterior agregamos que, agravando la situación todavía más, el artículo continúa diciendo que: "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", más todavía, pareciera que "Constitución, leyes del Congreso de la Unión y tratados internacionales" son un todo, un bloque, al que el resto de los cuerpos normativos debe ajustarse.

Pero no es así. La Constitución, evidentemente, ni ha sido redactada por expertos en el uso del lenguaje, ni puede una de sus normas ser interpretada sin tomar en cuenta que son parte de un todo que en conjunto deben armonizarse y permitir que conecten y puedan interactuar los diferentes componentes. Considerar que la "Constitución, tratados y leyes del Congreso de la Unión", son un bloque superior, al que todo lo demás debe ajustarse, es una conclusión que el sistema jurídico por sí mismo rechaza. Es cierto que la Constitución es el documento que dota de existencia al sistema mismo y el que admite la existencia de determinadas fuentes normativas, y en esa medida sí es un orden superior al que los demás deben ajustarse, so pena de su invalidez, pero no sucede lo mismo tratándose de los tratados y las leyes del Congreso de la Unión. En relación con estas dos fuentes jurídicas debemos tener presente lo siguiente:

a) Por lo que hace a las *leyes del Congreso de la Unión*, es la propia Constitución la que dispone cuál es el procedimiento para su creación y validez, la que limita y especifica las materias en que tal órgano legislativo puede actuar, y es la propia Constitución la que dispone de medios de control para remediar su contrariedad a ella misma, principalmente a través del juicio de amparo, las controversias constitucionales y la acción de inconstitucionalidad.

b) Por otra parte, en lo que atañe a los **tratados**, tenemos una situación muy semejante. Al igual que en el caso de las leyes del Congreso, es la propia Constitución la que establece el procedimiento para su creación y validez, y también dispone de medios para remediar su contrariedad. Ciertamente, no se prevé, a diferencia de lo que sucede con las leyes del Congreso de la Unión, una especificación sobre las materias que pueden ser objeto del tratado, pero tal circunstancia no incide en la determinación de cómo se relaciona esta fuente de derecho con la propia norma constitucional.

Las circunstancias antes apuntadas son aptas y suficientes para reconocer que no pueden las leyes del Congreso de la Unión y los tratados tener el mismo rango que la Constitución, a pesar de que la deficiente redacción del artículo 133, por un momento pareciera equipararlas a modo de "bloque". De manera que resulta necesario concluir, más bien reiterar, que la Constitución es, en efecto, la Ley Suprema de la Unión, y que al par de ella **no** están las leyes del Congreso ni los tratados *internacionales*. Queda pues, descartada la idea del bloque tripartito que sugiere la redacción.

¿Es entonces la lectura que debe darse a este artículo la de que la prelación jerárquica en el sistema es: primero la Constitución, luego las leyes del Congreso de la Unión que de ella emanen, y luego los tratados internacionales, y luego la legislación estatal?

Otra vez, la redacción del precepto pudiera prestarse para entenderlo así. Pero esta lectura tampoco encuentra sustento constitucional. Esta lectura se apoya básicamente a reducir la jerarquías normativas a una cuestión de comas (,) en la escri-

tura, y soslaya otros factores determinantes en la fijación de superioridades, como es la relación de fundación que pueda existir entre las diversas normas y el sistema de órdenes jurídicos parciales del que se compone nuestro sistema jurídico. Incluso, más alejado todavía de nuestra realidad constitucional sería el sostener, como sugiere la segunda parte del artículo en comentario, que la legislación estatal es inferior a la federal, pues cada uno tiene un ámbito distinto que excluye uno al otro, de manera que la verticalidad aludida no es dable. Como quedó explicado, la relación entre lo federal y lo estatal es de tipo horizontal, por lo que la verticalidad sugerida por la redacción del precepto en comentario no tiene cabida. Cuando exista oposición entre normas federales y estatales, el Juez local deberá, en todo caso, aplicar la federal, pero éste es un problema de primacía, no de jerarquía.

¿Qué decir de la interpretación que hace la mayoría cuando entiende que el artículo 133, al mencionar las "leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella" se está refiriendo a las llamadas leyes generales,⁶ y que, además, estas leyes son superiores a las demás producidas por los órdenes jurídicos parciales; y que, junto con los tratados internacionales conforman un orden jurídico nacional?

Esa manera de leer el artículo 133 constitucional puede reducirse a una mera sustitución de "leyes del Congreso de la

⁶ En la resolución de la mayoría se llaman leyes generales a las que tienen como objeto de regulación facultades concurrentes, y se expresan éstas como "... aquellas que válidamente pueden incidir en los todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano ... cuya validez no se circunscribe al ámbito federal, sino que permean los ámbitos locales, del Distrito Federal y municipales ... respecto a las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional."

Unión que emanen de ella" por "leyes generales", que, a partir de ello, deriva una serie de conclusiones que, evidentemente, no comparto. Y es que no me parece adecuada esa sustitución conceptual para interpretar el precepto. Creo que en su origen, ese precepto expresamente se refería a las leyes del Congreso de la Unión, entendidas éstas como la legislación de orden federal, y no a este novedoso concepto de concurrencia en el que ahora existen leyes generales.

Históricamente, como sucede con muchos preceptos que aún rigen del texto primitivo de nuestra Constitución, creo que podemos rastrear el origen de esta normatividad en la Constitución estadounidense, en su célebre supremacy clause, consignada en el artículo VI, sección 2a.⁷ En esta cláusula, se establecía, efectivamente, una supremacía del derecho federal sobre el estatal, supremacía que, de ser contradicha por la legislación federal, viciaba la norma estatal y ameritaba su invalidez decretable judicialmente.

La historia constitucional estadounidense arroja muchos ejemplos en los que así sucedió. Para entenderlo, hay que tener presente que la conformación del sistema federal en ese país distó mucho de asemejarse a la manera en que el nuestro fue acogido, pues aquí primero se adoptó, luego se abandonó y eventualmente se retomó. Así mismo, hay que recordar que en ese país, sobre todo en las primeras décadas postconstitucionales, se vivieron tensadas luchas entre federalistas, que

⁷ Establece: "Esta Constitución y las leyes de la Federación que se hagan de acuerdo con la misma y los tratados hechos o que se hagan con la autoridad de la Federación serán la suprema ley del país, y los Jueces de cada Estado se someterán a ella, a pesar de lo que en contrario haya en las Constituciones o leyes de los Estados." (Óscar Rabasa). *El derecho angloamericano*. Páginas 611 y 612.

pugnaban por un gobierno nacional fuerte, y localistas, que luchaban por incrementar el poder de los Estados frente al Gobierno Federal, propiciadas en parte por un contexto jurídico constitucional en el que no resultaba del todo claro qué competía al poder federal y qué al estatal, aunque, en cambio, era claro que la norma federal era superior a la estatal.

Sin embargo, esta misma *supremacy clause*, fue tomando un camino muy distinto en cada uno de estos sistemas jurídicos, me refiero al estadounidense y al mexicano. Por una lado, en el esquema estadounidense llevó en sus primeros años a consolidar una supremacía de lo federal sobre lo estatal y a dar pauta a la creación de un sistema de control constitucional difuso, el *judicial review*; mientras que, entre nosotros, este mismo artículo no ha sido fundamento para admitir una superioridad jerárquica de lo federal sobre lo estatal, sólo la preferencia de la norma federal en caso de que se contraponga con la estatal, ni ha sido apto para dar lugar a un control difuso, porque a diferencia del sistema norteamericano el Constituyente mexicano previó un sistema de control constitucional.

En un ensayo previo que publiqué intitulado, *Lo confuso del control difuso*,⁸ abordo la interpretación que se ha hecho de este mismo precepto constitucional (el artículo 133), pero no en la parte relativa a las jerarquías que pretendidamente establece, sino en lo que atañe al pretendido control difuso. En esa ocasión expliqué por qué consideró que un mismo artículo da lugar a interpretaciones muy distintas según el país en el que rige, y creo que ello es igual de aplicable para este otro

⁸ Publicado en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución*; número 3, enero-junio de 2005, Méjico, Porrúa.

aspecto del 133. Y es que todo dependerá de la tradición jurídica a través de la que se lea el precepto; del contexto jurídico, cultural, social e ideológico que rija; y de los paradigmas específicos que del tema rijan en cada tradición jurídica en determinado momento.

Nuestro sistema federal y de división competencial ha dado lugar a que no se tenga al derecho federal por sobre el local, lo que podría haber sido la lectura originaria de tal precepto. Incluso, las citas que en la resolución de la mayoría se hacen a disposiciones históricas, creo que tiene mucho que ver con esta superada visión de las leyes del Congreso de la Unión por sobre las leyes provenientes de las Legislaturas de los Estados. Pero ese derrotero fue superado hace mucho, desde que se asumió, como ahora considero resulta paradigmático, que entre el derecho federal y el derecho estatal no hay una relación de verticalidad, sino de horizontalidad, y, en su caso, de primacía.

Más todavía, el concepto de leyes generales, en el sentido que lo usa la mayoría (en que la nota preponderante o eje es la concurrencia normativa), es de más reciente cuño; de manera que si bien la legislación antigua se llegó a utilizar como expresión no puede considerarse que haya sido en este sentido, pues el concepto de concurrencia normativa no había sido establecido.

Comparto con ellos el que, en tratándose de materias en que la Constitución establece concurrencia entre varios órdenes, cada uno de ellos pueda actuar y generar normas dentro del ámbito que la propia ley general —no la Constitución— le dispone, y que violentar tales espacios vicie de invalidez

de las normas creadas. Sin embargo, *no es la ley general la que dota de competencia a los órdenes jurídicos parciales para incidir en una materia determinada como concurrente, pues la competencia viene de antemano dada por la Constitución*. La ley general, ciertamente, detalla el espacio de cada uno, pero no lo dota *per se*. Hay una especie de delegación que hace la Constitución en el legislador ordinario, para que sea éste quien detalle, pero nada más.

Cuando la mayoría dice que estas leyes generales pueden "*válidamente incidir en todos los órdenes jurídicos parciales*", me parece que da a ésta posibilidad de incidir una connotación de hecho revelador de su superioridad. Al razonarse así, estimo, se soslaya que una cosa es dotar de competencia misma a los órdenes para incidir normativamente en una determinada materia (que es algo que la Constitución misma hace) y otra distinta y de menor significación (que no por ello no importante) es precisar el alcance de la competencia misma (que es lo que se concreta a hacer la ley general).

Pareciera confundirse el que una ley tenga eficacia en todo el territorio nacional, como sucede con este tipo de leyes, a que sea superior a las que tienen un ámbito territorial menos amplio, siendo que espectro territorial y superioridad normativa no son vasos comunicantes. O quizás se consideró que la ley general es superior porque puede obligar a todas las autoridades del país y que el Congreso de la Unión actúa en plano de legislador *nacional* (por aquello de considerar que son parte de un *orden jurídico nacional*) y no como legislador federal al dictarlas. Pero si fuera así, anticipo que tampoco lo compartiría, pues creo que en estos supuestos el Congreso no actúa bajo algún concepto de legislador *nacional*, sino que

se concreta a desarrollar un mandato de distribución que le impone la Constitución y actúa como ejecutor del mismo, de manera que su potestad sólo alcanza para realizar tal distribución, sin que a pretexto de actuar como legislador nacional pueda de otra manera incidir en los órdenes jurídicos parciales mismos.

Este concepto de *orden jurídico nacional*, la mayoría integra tanto por estas leyes generales como por los tratados internacionales, aunque no me resulta del todo claro el porqué. No veo que lo explique la resolución, de ahí que, al igual que recién hice en el párrafo anterior, me concreté a formular posibles suposiciones: y es que parecería que tal aserto lo sustentan en que tanto los tratados como las leyes generales tienen un ámbito de vigencia territorial que abarca a todo el país y a que obligan a todas las autoridades; entendiendo que el Ejecutivo Federal y el Senado, al celebrar y ratificar tratados internacionales actúan como *órganos nacionales*; y que igual hay un legislador nacional de leyes generales.

Insisto, no veo la necesidad de crear concepciones jurídicas en las que se actúa como "órgano nacional" cuando, por un lado, las leyes generales pueden ser entendidas, como creo que deben serlo, como una simple delegación de la facultad distribuidora competencial del Constituyente al legislador ordinario, y, por otro lado, que el Congreso de la Unión, como legislador federal, alcanza a crear normas con eficacia en todo el territorio; y, desde otro aspecto, en el caso de los tratados internacionales, su alcance absoluto (en cuanto a territorio y autoridades que vincula) puede ser explicado, en la no oposición hacia terceros de la divisiones geopolíticas del poder interno, amén de la ausencia de normas que dispongan de

manera distinta. Cuestiones éstas que tampoco tienen que ver con superioridades normativas.

Ahora bien, si el artículo 133 es dispensable para admitir la supremacía de la Constitución, si tampoco es apto para establecer un bloque de superioridad constitucional, si tampoco funda la superioridad del derecho federal sobre el local, ni de las leyes generales sobre los demás órdenes, ¿cómo debe leerse dentro de nuestro contexto?, ¿cuál es la función que cumple en el sistema jurídico?

Creo que aquí hay una gran diferencia entre la manera en que la mayoría lo ha leído y la manera en que yo lo hago. Me refiero con esto a que tal artículo ha sido apreciado, y así interpretado, como un artículo cuyo objeto es dibujar líneas verticales entre los ordenamientos que menciona en su literalidad. Esa es una constante de todos los criterios de la Suprema Corte antes referidos, incluyendo el recién sentado. La discusión en torno a su interpretación se ha centrado en si son primero los tratados o las leyes federales, en si son primero las leyes federales que las estatales, y ahora, en el debate efectuado semanas atrás en este tribunal, se adicionó a la polémica el cuestionamiento de si son superiores las llamadas leyes generales, de si entre las leyes generales y los tratados internacionales se conforma el llamado *orden jurídico nacional* y de si entre estos mismos hay jerarquías.

Sin embargo, creo que si las lecturas del artículo 133, como una norma que explica expresamente las relaciones verticales entre distintos órdenes o cuerpos normativos, resultan tan atropelladas e inconsistentes con nuestro contexto, y bajo nues-

etros paradigmas, como he tratado de explicar, es porque a fuerzas queremos ver en él un artículo de jerarquías. Creo que debemos ver en el artículo 133 una norma que explicita **fuentes** del sistema normativo. De una *norma de reconocimiento*, en términos de Hart,⁹ indicativa en este caso de cuáles son las fuentes, al menos algunas de ellas, que el sistema jurídico mexicano reconoce y admite como normas eficaces. Y que entonces, la ubicación de los tratados y el fundamento para dibujar las líneas verticales entre los componentes del sistema jurídico debemos buscarlos en otros lares constitucionales que permitan dibujarlos de manera funcional y armónica.

Considerar, como tradicionalmente se ha hecho, que la primera parte del artículo 133 se concreta a establecer jerarquías ha reducido la problemática y la solución de dónde están las relaciones verticales entre esas diversas fuentes a una mera cuestión literal, que en esencia —aunque abrevando de otros factores— gire en torno a cómo está confeccionada la redacción de la norma. Pero tal estrechez no puede admitirse al interpretar una norma de orden constitucional, menos aún cuando se trata de resolver uno de los temas neurálgicos del sistema jurídico.

¿Por qué verlo como una norma que explicita fuentes y no jerarquías? Porque todas las demás lecturas que sugiere su redacción giran en torno a jerarquías y, como traté de expli-

⁹ La utilización de la terminología hartiana (Hart, H.L.A., *El concepto del derecho*) no supone la adopción absoluta de su teoría del derecho; tal apoyo lingüístico se hace en consideración a que el concepto resulta ilustrativo para los efectos aquí establecidos. Cabe precisar que tampoco se desconoce que, siguiendo esa misma terminología, una norma destinada a establecer relaciones jerárquicas entre normas, también sería de las llamadas de "reconocimiento", pero aquí la acepción se utiliza en el sentido menos genérico, consistente en ser una norma que reconoce fuentes del sistema.

car en los párrafos precedentes, tales lecturas no guardan consistencia con el resto del contexto constitucional; pero sobre todo, y esta es la razón fundamental, porque las jerarquías no vienen dadas nada más por la redacción, equívoca en este caso, de una norma.

III. Las jerarquías normativas.

Creo que para entender a una norma como superior de la otra es necesario que medie entre ellas una relación de norma que funda a norma fundada; de una norma 1 que justifica, posibilita u obliga la existencia de una norma 2, estableciendo, por ejemplo, el procedimiento para su creación, el órgano competente para crearla, las condiciones de su validez misma, como sucede precisamente con lo antes graficado respecto al orden constitucional con los demás órdenes parciales. Así, se genera entre éstas una cadena de sucesiones en la que una proviene y se explica en función de la otra, aunque no venga dictada por el mismo órgano, dando lugar a que, por conservar la lógica y unidad del sistema en su conjunto, en caso de que una sea contraria a la otra, la fundante prevalezca sobre la fundada, por el vicio de invalidez en que deviene la falta de conformidad con su superior. Por supuesto, sin que estas referencias se entiendan hechas a normas individualizadas, como podrían ser contratos o resoluciones judiciales. Un ejemplo fácil: la ley (superior, proveniente del Legislativo) y su reglamento (inferior, proveniente del Ejecutivo).

Creo que ésta es la forma natural en que se van dando las relaciones de superioridad entre normas, aunque creo también que ésta no es la única manera en que una norma puede ser reputada superior de otra. Creo que el Constituyente mismo

está en aptitud de expresarse directamente sobre el tema y de proveer de más normas de reconocimiento, siguiendo con la terminología Hartiana, en las que establezca prevalencias que, independientemente de la cadena de sucesiones aludida, disponga que una norma debe prevalecer sobre otra de ser contradictorias.

Incluso, estoy convencido de que ese era el espíritu original del texto del artículo 133 en su versión estadounidense (*supremacy clause*) como dije páginas atrás, pero fue una intención cuya operatividad se fue desdibujando conforme fue desarrollándose, legislativa y jurisprudencialmente, el sistema jurídico mexicano. De manera que, insisto, en el contexto actual ya no tiene cabida leerlo como un sustento apto para fijar jerarquías.

Esta disconformidad de la norma fundada respecto a su fundante puede tomar varios matices, pues el ordenamiento que da cuerpo a la norma fundante puede tener diversos contenidos: por ejemplo, en el caso de la Constitución hay normas de tutela de libertades, principios, reglas, medios de control, reglas de distribución competencial, etcétera.

El caso específico de las normas que establecen una repartición y, por ende, delimitación entre otros ámbitos normativos, da lugar a particulares consecuencias: y es que esa forma de distribución de la competencia debe ser respetada recíprocamente entre los órdenes jurídicos parciales, a riesgo de derivar en un vicio de invalidez del producto normativo. En el caso de los órdenes jurídicos parciales creados en nuestra sede constitucional, esto se traduce en que el hecho de que uno invada lo que corresponde a otro, es motivo suficiente para declarar

su invalidez, de ejercerse un medio de control constitucional para tal efecto: el llamado control por de invalidez por "invasión de esferas".

En esta tesis, es claro que la superioridad de la Constitución impone como condicionamiento de la validez normativa el que sus contenidos sean respetados por las normas expedidas por los órdenes que de ella derivan; pero también que, en el caso de normas distribuidoras de competencia, de modo un tanto directo y otro tanto reflejo, el hecho de que entre los órdenes jurídicos no haya respeto a sus respectivos espacios, también resulta ser un motivo de invalidez normativa. En otras palabras, la invalidez de una norma de un orden jurídico parcial puede ser dada, por su contravención frontal a la norma que le es superior, y también por su invasión en perspectiva horizontal hacia otro espacio que también es de su mismo rango, amén de que la norma que fijó esa distribución sea otra.

Y retomando lo relativo a las leyes generales, en su concepción actual, creo que esto es lo que sucede precisamente con ellas. Si es la ley general la que establece la distribución competencial entre diversos órdenes jurídicos en una materia determinada, por delegación constitucional, el hecho de que uno de los órdenes produzca normatividad que exceda de ese ámbito o sea disconforme con la ley general misma, efectivamente, la vicia. Pero esto no se traduce, en mi entender en la generación de un orden jurídico diferente (el orden jurídico nacional), en el que hay operadores jurídicos nacionales y en el que los tratados internacionales comparten el espacio.

Admitiría, con especiales cuidados, que en la ley general, en la razón y medida en que por virtud de la delegación consti-

tucional que en ellas se materializa, se detallan los contornos de cada esfera (es decir, no toda la ley, sino sólo algunos de sus contenidos), al erigirse como referente de validez de otras normas podría ser superior a las estatales y otras que a ella se vinculen, e incluso, situaría junto con ellas otras normas —que no ordenamientos— integrantes de bloques constitucionales que este tribunal ha ido reconociendo, pero eso, para mí, no resulta conformador de un orden jurídico nacional, como dice la mayoría.

IV. La incorporación del tratado internacional al sistema jurídico, la generación de antinomias y su solución.

Con base en lo antes explicado, la pregunta de ¿qué tipo de relación hay entre las leyes internas y los tratados internacionales?, que es el quid precisamente de la problemática que aquí me ocupa, ha de resolverse, no con base en la redacción equívoca del artículo 133, sino con base en diversos elementos dispersos, pero anclados constitucionalmente.

En este sentido, empiezo por dejar sentado que tanto las normas internas como las internacionales están reconocidas ambas como fuentes por la Constitución; y ambas están sujetas a los medios de control constitucional ahí mismo establecidos. Se diferencian, entre otras cosas, en que (i) mientras las normas internas deben guardar el sistema de distribución competencial que fija la Constitución o, en su caso, las leyes generales; y su ámbito de validez territorial está delimitado por el ámbito territorial en el que actúan sus productores; (ii) los tratados puedan versar sobre *cualquier materia*, vinculando a su observancia a todas las autoridades que reconoce el sistema jurídico, por supuesto, a cada una dentro de su respectivo ámbito.

A diferencia de otros países federados en los que la incorporación de un tratado exige un consentimiento previo o posterior de los componentes de la Federación para su eficacia, no hay tal situación en nuestro sistema. El silencio que guarda nuestra Constitución al respecto no puede sino interpretarse como una autorización amplísima para que el Ejecutivo Federal y luego el Senado a través de su ratificación, asuman compromisos en nombre del Estado mexicano en la materia que consideren y con una fuerza vinculante tal que alcanza a comprometer a toda autoridad mexicana.

Estas notas distintivas de los tratados internacionales, vistas precisamente bajo nuestro contexto federal, que implica una división geopolítica y material del poder, y vistas a través del tamiz en el que se erige el resto del entramado constitucional, tienen un impacto importante. Esto se traduce en que los tratados internacionales incorporan al sistema jurídico normas de cualquier materia y que, por ello mismo, vienen a sumarse precisamente al elenco que conforma el subsistema jurídico de cada una de esas materias, en función del contenido de la propia norma internacional, debiendo ser así aplicadas y observadas por los operadores en tales materias. Por ejemplo, si el tratado versa sobre la materia mercantil, se incorporan entonces a nuestro sistema normas de derecho mercantil; si el tratado versa sobre cuestiones penales, se incorporan entonces al sistema de derecho penal, luego entonces debiendo ser aplicadas por operadores del sistema penal. Nótese incluso que en las materias ejemplificadas, actúan autoridades federales como locales, pero cada uno en diversos ámbitos competenciales.

Precisamente en razón de ello, creo que debe hacerse una muy importante distinción, a la postre salvedad, y es la relativa

a los tratados sobre derechos humanos, ahora también referidos como "derechos fundamentales". Y es que, precisamente por su objeto, abordan una materia que escapa el ámbito del derecho ordinario y que merece especial tratamiento, al que por ahora no me referiré en tanto escapa la materia puesta a discusión en los amparos en que voté en contra. Me atrevería a afirmar, que muchos de los problemas y de la polémica que ha suscitado, sobre todo en los tiempos actuales, el tema de la jerarquía de los tratados se disolvería o cobraría otra dimensión si fuéramos categóricos al distinguir en el tratamiento entre tratados que versen sobre derechos humanos y los que no.

Así las cosas, y dado que no se dan los elementos necesarios para establecer una superioridad jerárquica entre una norma y otra, cuando se trata de tratados internacionales vis a vis leyes nacionales, al internarse la norma convencional internacional a nuestro sistema jurídico, incide pues en el subsistema al que corresponde su objeto, en un *plano de igualdad* respecto de las demás que en él rigen, de manera que la relación que se da entre las mismas puede configurarse en cada caso de una manera distinta.

Lo idóneo será que leyes internas y los tratados internacionales tengan un contenido, si bien referido al mismo objeto, de contenido diferenciado, de manera que una no se empalme con la otra, o entre en conflicto con ella. Sin embargo, aunque ese es el escenario ideal, debemos admitir que siempre habrá casos en que sí se presente, de modo aparente o real, una contradicción entre leyes internas y disposiciones previstas en tratados internacionales. Esta situación puede tener su origen en diversas causas, pero ante todo, debe tenerse presente

que es una problemática que el propio sistema jurídico admite, si no es que propicia, en tanto que no hay una circunscripción o diferenciación precisa acerca de qué y en qué alcance puede ser objeto de transacción en una convención internacional.

Se trata, pues, de casos en los que estamos ante un conflicto de norma aplicable, ante una antinomia normativa, igual a la que puede presentarse incluso entre dos normas del mismo origen, como podría ser entre dos normas de distintos cuerpos normativos federales, o entre dos normas previstas en distintos tratados internacionales. Cómo resolver la antinomia, es precisamente la cuestión.

Siendo que no es dable trazar líneas de jerarquía normativa entre las normas jurídicas de origen externo convencional que han sido recepcionadas por el sistema jurídico y las normas de origen interno, excluyo de entrada que —ante este conflicto de normas— una de las dos normas prevalezca, lisa y llanamente, por la sola razón de su origen interno o externo. Es decir, no podría sostenerse —aunque eso es lo que resolvió la mayoría— que una debe prevalecer sobre la otra, nada más porque una es internacional y la otra nacional o viceversa; su distinto origen, como he tratado de explicar, no le da a una un rango superior que la otra.

¿Cómo entonces decidir cuál debe prevalecer? En primer término, habrá que ver cómo se relacionan esas normas específicas, aparentemente contradictorias, entre sí, pues no necesariamente su contrariedad las hará excluyentes una de la otra. Podría ser una complementaria de la otra; podría ser una excepción de la otra; podría ser una de un ámbito de regulación más especial que la otra; podría ser una de un ámbito

personal de validez más específico, etcétera. Eso dependerá del contenido específico de cada una de ellas. Por ejemplo, si ambas normas establecen beneficios o cargas a favor de un mismo destinatario, habrá que determinar si tales beneficios o cargas se suman a favor o en cargo del mismo destinatario; o, por el contrario, podría darse un caso en el que una de ellas proscriba cierta conducta, y la otra la admita, circunstancias ante las cuales habría que determinar si se trata de una regla genérica y una excepción a la misma, o de un caso en el que abiertamente una excluye a la otra y habrá que elegir cuál de las dos es la que rige el caso.

La solución a cada antinomia estará supeditada a las variables propias de cada una, y habrá de ser procurada en función del contenido específico de cada una de las normas encontradas, en los objetos de los cuerpos normativos a que estas pertenecen, y en la manera en que éstas se contextualizan para hacer la solución consistente con el resto del sistema jurídico.

Para tal efecto, pueden considerarse los criterios de: (i) mayor especialidad normativa, ya sea por los sujetos destinatarios de la norma o por la materia de las normas mismas; (ii) el origen temporal de la norma; (iii) el mayor beneficio para el destinatario de la norma; (iv) la mayor limitación a la intervención del Estado en relación con la actividad de los particulares; (v) los principios específicos que rigen la materia en la que se presenta el conflicto (v.gr., fiscal, penal, civil, laboral, mercantil, etcétera); (vi) la posible derogación parcial o relativa de una norma por virtud de la otra; sin que la anterior enumeración pretenda ser limitativa o establezca una

prelatura. Habría que acudir en cada caso al soporte doctrinal, jurisprudencial o normativo que auxilie en la resolución de la contrariedad que se haya presentado.

Es fácil prever que en la mayoría de los casos, lo más frecuente será que ante situaciones normativas que se excluyan, prevalezca la aplicación del tratado, *en aras de la especialidad y/o mayor beneficio*. Pero tal solución será no porque el tratado sea superior a la norma interna, sino por razones atribuibles al caso mismo.

¿Qué sucede si en esta valoración resulta de aplicación preferente lo dispuesto por la norma interna?, ¿El solo hecho de que la otra norma sea internacional debe motivar que la interna se soslaye para eludir la responsabilidad internacional en que pueda incurrir el Estado mexicano? En mi opinión no.

Definitivamente, debe tenerse presente al momento de tal valoración que el Estado mexicano ha adquirido un compromiso con otros Estados al suscribir y recepcionar la norma externa, y que los compromisos se asumen para cumplirse; pero al mismo tiempo, debe tenerse presente que las normas internas también se dictan para cumplirse, aunque no exista un Estado tercero con el que así se haya pactado. Por eso la importancia de que durante los procesos de creación y recepción de normas internacionales, los órganos correspondientes sean cuidadosos y respetuosos de lo dispuesto por la Norma Suprema y las normas ordinarias, pero ante una situación de conflicto de normas ya dada, la responsabilidad internacional del Estado no debe ser un factor que imprima, por sí mismo, la aplicación de una norma por encima de otra igualmente

válida. Aunque, evidentemente, lo que pienso en este respecto dista mucho de lo que dijo la mayoría.

Lo que no dejo de considerar que debe procurarse, es solucionar el caso en la manera en que mejor conjugue lo dispuesto por la norma externa con la interna, con el menor daño posible. Pero éstas son cuestiones de la metodología de la interpretación y resolución del caso, no reglas de prevalencias.

Estrechamente relacionado con esto, está el criterio de la mayoría que establece, además de la superioridad de un orden jurídico nacional, que entre los dos componentes del orden nacional, hay a su vez una nueva jerarquía: y es que los tratados internacionales son superiores en jerarquía a las leyes generales. Y es que esta aseveración la sustenta la mayoría, en resumidas cuentas, en las reglas recogidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en sus artículos 26 y 27, que prevén, respectivamente, el *pacta sunt servanda* y la prohibición de un Estado de invocar su derecho interno para no cumplir con el tratado.

Sin que con esto pretenda aminorar la importancia de la normatividad internacional que ha sido recepcionada por nuestro sistema jurídico, ni la significación que tienen las relaciones internacionales entre los países, especialmente en el mundo contemporáneo caracterizado por la globalización, me parece importante dejar en claro que los compromisos convencionalmente asumidos con otros Estados no pueden llevarnos a distorsionar la manera en que interactúan los componen-

tes de nuestro sistema jurídico hacia el interior y el sistema de jerarquías.

Los pactos son para cumplirse (*pacta sunt servanda*),¹⁰ como dice la Convención de Viena, pero las normas internas también están para cumplirse. De ahí, reitero, la gran importancia y seriedad con que el Poder Ejecutivo y los órganos legislativos deben asumir sus respectivas funciones en la celebración y ratificación de tratados y en la adecuación de la normatividad interna a que dé lugar el tratado, en aras de evitar estas situaciones de contrariedad.

El incumplimiento de lo convenido con potencias extranjeras, como dice la referida Convención de Viena no puede ser excusado por la parte que incumple por razones de derecho interno; dice la convención: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado"¹¹, pero eso no significa que el derecho interno deba dejar de cobrar eficacia cuando resulta contrapuesto con la norma internacional. Esta disposición se refiere a la responsabilidad internacional que pudiera dar lugar al incumplimiento del Estado mexicano al tratado, para estatuir que, para efectos de ello, no sería justificación el que resultó contrario a su derecho interno; pero no establece una regla de superioridad del derecho internacional sobre el interno como aduce la mayoría.¹²

¹⁰ Véase también el artículo 26 de la Convención de Viena: "Artículo 26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe."

¹¹ "Artículo 27. El derecho interno ... y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46."

¹² Véase lo dicho en el recurso de apelación 1/2004-PS, resuelto por la Primera Sala. El tema se abordaría implícitamente al hacer referencia a que la reserva ahí interpretada, al estar formulada con base en derecho interno, salvaba al Estado de incurrir en una probable responsabilidad internacional.

VI. La invalidez del acto y no de la norma.

Siendo consecuente con lo aquí explicado, creo que el conflicto que se presenta cuando una norma interna es contraria a lo dispuesto en otra prevista en un tratado internacional —recuérdese, salvedad hecha de los tratados de derechos humanos— estamos ante un problema que sólo alcanza, en su caso, a afectar el acto de aplicación y no la validez de la norma interna misma. Esto es, la contravención no se traduciría en un vicio de validez de la norma misma, sino en un problema del acto.

De esta manera, para efectos del amparo, sería cuestión de analizar la antinomia en función del acto concreto en que se presenta y resolver, amparando o negando, en contra del acto específico y no a favor o en contra de la norma interna misma; dándole a la problemática un tratamiento de legalidad, y no de constitucionalidad, en virtud de que, aun cuando mediara una verdadera contradicción, ésta no sería a la Constitución, sino a una norma ordinaria.

Éstas son las razones en que sustento mi voto en contra.