

**IX. VOTO PARTICULAR QUE FORMULA
EL MINISTRO JUAN N. SILVA MEZA,
EN RELACIÓN CON EL AMPARO
EN REVISIÓN 120/2002,
PROMOVIDO POR *******

De forma respetuosa, disiento del criterio que la mayoría del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia ha adoptado para resolver el tema de la jerarquía de los tratados internacionales en el sistema constitucional mexicano.

En efecto, considero que la determinación mayoritaria partió de premisas que no eran idóneas para sentar las bases de solución del presente asunto.

Me parece que la primera interrogante que debió contestar el Pleno era ¿a qué se refiere el artículo 133, primera parte, de la Constitución General de la República, cuando establece que ésta, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados que estén de acuerdo con la misma, serán la Ley Suprema de toda la Unión?

En lo que sigue, fijaré mi posición sobre lo que debe entenderse por la expresión: "serán la Ley Suprema de toda la Unión", establecida en el artículo 133, primera parte, de la Constitución Política del Estado mexicano; señalaré la manera en la que considero que deben resolverse las antinomias que suceden entre los tratados internacionales y las leyes federales o leyes secundarias y haré algunas reflexiones sobre la posibilidad de diseñar un bloque de constitucionalidad que nos permitiera dirimir este tipo de conflictos normativos.

En sentido inverso a lo que determinó la mayoría, me parece que el artículo 133, primera parte, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que ésta, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados que estén de acuerdo con la misma, serán la Ley Suprema de toda la Unión, más que configurar un sistema de jerarquía normativa, prevé la existencia de una tipología de normas, que no necesariamente atiende a un principio de jerarquización, excepto por lo que hace a la Norma Fundamental que constituye la base de todo el sistema jurídico, en virtud de que en relación con sus postulados opera el principio de supremacía constitucional, en términos expresos del propio numeral en mención.

Lo que la Constitución Federal establece en su artículo 133, es que, de una parte, los tratados internacionales que son incorporados al sistema jurídico mexicano se convierten en derecho interno y, de otra, que las disposiciones de la Constitución tienen primacía respecto de la legislación estatal, al tenor de su párrafo segundo.

Sobre esta base, parece dudoso que pueda afirmarse que constitucionalmente exista una dependencia de todas las dis-

posiciones secundarias a los tratados internacionales y a las leyes reglamentarias, esto es, en la especie no opera un principio de jerarquía normativa, sino lo que prevé el artículo 133 de la Carta Magna, son las leyes que regulan el sistema jurídico mexicano, pero no consagra una jerarquización, habida cuenta que no hace depender la validez de todas las disposiciones secundarias a su conformidad con los tratados y las leyes reglamentarias, caso contrario a lo que sí sucede en relación con las disposiciones iusfundamentales y estos últimos.

Así es, estimo que tratándose de la interpretación del artículo 133 constitucional no puede hablarse de un sistema de jerarquización respecto de las disposiciones secundarias en relación con los tratados internacionales y las leyes reglamentarias, pues ese principio actúa, como más adelante abordaré con mayor detenimiento, en función de la dependencia que existe entre la norma inferior y la norma superior de la que aquélla dimana directamente, y a la cual, por ese motivo, debe su validez normativa.

Bajo ese orden de ideas, a mi juicio, el único supuesto de jerarquía normativa que se desprende del artículo 133, primera parte, de la Constitución General de la República, es que ésta es suprema frente a todo el sistema jurídico, pero por lo demás, en tanto que las leyes secundarias no emanan directamente de los tratados internacionales, ni de las leyes reglamentarias, porque la Constitución no lo dispone de esa manera, la validez normativa de ese entramado jurídico secundario no puede pender de su conformidad con disposiciones que técnicamente no son superiores; por ello, más que hablar de un sistema de jerarquización normativa, la mayoría debió retomar el principio que hemos fijado en relación con los cinco

órdenes diferenciados de ámbitos normativos competenciales y del que me ocuparé más adelante.

En mi concepto, al abordar el tema como un problema de jerarquía normativa, la mayoría ha sustentado el criterio de que el principio de supremacía constitucional no sólo opera en relación con las disposiciones constitucionales, sino también respecto de las leyes reglamentarias y los tratados internacionales, abriendo la posibilidad de que un conflicto suscitado por una antinomia entre éstas y disposiciones secundarias sea elevado a un conflicto de constitucionalidad por violación indirecta al artículo 133 constitucional, sin que exista apoyo constitucional para ello pues, reitero, la Norma Fundamental no dispone que la validez de las disposiciones secundarias (ámbito federal, estatal, municipal y del Distrito Federal) dependerá de que sean acordes con las leyes reglamentarias y los tratados internacionales; y, por ende, el criterio mayoritario ha desconocido la jurisprudencia P./J. 108/99, aprobada en el Tribunal Pleno por unanimidad de once votos, en la que se refleja con claridad que para analizar la constitucionalidad de una ley es indispensable que se efectúe un planteamiento de contraste de ésta con la Carta Fundamental (ese es el efecto jurídico del principio de supremacía constitucional), pero no así con otra ley secundaria.

La jurisprudencia a la que me refiero aparece publicada en la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo X, noviembre de 1999, página 29, cuya voz es:

LEY. PARA ANALIZAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBE PLANTEARSE SU OPOSICIÓN CON UN PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN.—... (SE TRANSCRIBE)

Desde mi óptica personal, la postura de la mayoría ha inclinado su posición sin considerar que la única Norma Suprema del sistema jurídico mexicano es la Constitución Federal. Ha pasado por alto que la finalidad de la primera parte del artículo 133 constitucional es fijar un sistema jurídico en donde coexisten diversos órdenes o subsistemas normativos que derivan de la propia Constitución, y que no están predeterminados por una jerarquía superior de los tratados y las leyes reglamentarias.

Como puede desprenderse de las consideraciones hasta aquí expuestas, el tema no debió ser abordado a partir del principio de jerarquía normativa, sino como una cuestión de conflicto entre normas.

Ciertamente, me parece que en los asuntos de esta naturaleza que se sometieron a nuestra consideración, el Tribunal Pleno se encontraba ante un problema en el que debía dar respuesta a la pregunta siguiente: ¿cuál es la vía jurídicamente idónea para resolver un conflicto de normas en el espacio; una de origen externo y otra de origen interno, cuando ambas prevén un contenido normativo contrario?

En mi concepto, en lugar de utilizarse el principio de jerarquía normativa para resolver el tema jurídico a debate, que tiene que ver con la validez de las normas, debió partirse del principio de primacía que alude a la aplicación preferente de disposiciones jurídicas.

El criterio de jerarquía normativa es útil para determinar la validez de una norma inferior, siempre que sea acorde con la norma superior que le da sustento jurídico; empero, no

es un criterio para establecer qué disposición jurídica resulta aplicable en un conflicto normativo.

A. Un acercamiento contemporáneo al añejo tema de la jerarquía de los tratados y las leyes federales reglamentarias.

Sin duda ésta era una trascendente oportunidad para que la Suprema Corte de Justicia hubiera dado un paso importante en la interpretación del artículo 133, primera parte, de la Constitución Federal.

A mi juicio, era indispensable que el Pleno de la Corte emprendiera una interpretación de concordancia práctica y efecto útil del artículo 133 constitucional, para dar paso a un criterio que en otros Tribunales Constitucionales, como el caso de Francia, España, Austria y Alemania, entre otros, utilizan desde 1966 (*Conseil Constitutionnel*, resolución del 8 de julio de 1866).¹

En las épocas más recientes, la Suprema Corte ha emitido 2 criterios que proyectan su posición sobre el contenido y alcance del artículo 133, primera parte, de la Norma Fundamental, a saber:

a) El primero, contenido en la tesis aislada P. C/92,² cuyo rubro y texto señalan:

LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.—... (SE TRANSCRIBE)

¹ *Recueil des Décisions du Conseil Constitutionnel*, p. 15.

² Octava Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, tomo 60, diciembre de 1992, página 27.

b) El segundo, aparece contenido en la tesis P. LXXVII/99,³ por la que fue abandonada la postura sustentada en la tesis precisada en primer lugar, en el cual se hizo el siguiente pronunciamiento:

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.—... (SE TRANSCRIBE)

En la discusión del presente asunto se planteó la posibilidad de decidir si el Tribunal Pleno confirmaría el criterio inmediatamente transcrito o si, por el contrario, adoptaría uno nuevo que sentara la base de una metodología distinta para resolver este tipo de antinomias.

La mayoría determinó conservar la tesis adoptada en mil novecientos noventa y nueve, al tenor de diversos argumentos, de los que me haré cargo en lo subsecuente.

En primer lugar, como cuestión introductoria, debo decir que si bien el criterio adoptado en noviembre de mil novecientos noventa y nueve, y que la mayoría ha estimado debe subsistir, es útil para dejar claro que la Constitución es la única ley suprema de la República; sin embargo, me parece que con su emisión no se efectúa una interpretación constitucionalmente adecuada del sentido y alcance del artículo 133 constitucional, en relación con la jerarquía de los tratados internacionales y las leyes federales, aún más, pienso que la tesis es confusa y no aborda las diferencias entre jerarquía

³ Novena Época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo X, noviembre de 1999, página 46.

y primacía normativa dentro del sistema jurídico mexicano, y que esas impresiones han quedado patentes en la decisión que ahora adoptó la mayoría.

A mi entender, la solución que debió adoptar el Pleno pasaba por distinguir, como cuestión previa y de enorme trascendencia, que en un conflicto de antinomias la primacía que opera para que una disposición prevalezca en el caso concreto por encima de otra, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debido a diferentes razones.

De esta forma, primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados; aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infraordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en aquélla, dentro del proceso evolutivo graduado de creación normativa.⁴

Considero que el acercamiento a este tema no era a través del principio de jerarquía, que básicamente consiste en que la validez de una norma inferior pende de su concordancia con otra superior que le da vida jurídica, sino a partir del prin-

⁴ En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español, en la DTC 1/2004, del 13 de diciembre de 2004, Fundamento Jurídico 4o.

cipio de primacía que señala los lineamientos para dirimir los conflictos por la aplicación de leyes que regulando una misma materia resultan contradictorias.

En efecto, el tema a debate consistía en establecer cuál es la forma más adecuada para resolver un conflicto de normas vigentes en el territorio nacional, una de origen extranjero y otra de origen interno, cuando las dos regulan el mismo aspecto bajo espectros contradictorios; esto es, cuál de las dos resulta aplicable al caso concreto; mas la discusión no versó sobre si una norma que deriva inmediatamente de una superior debe ser inválida bajo el criterio de jerarquía normativa, cuando la primera contravenga a la segunda.

Lo anterior lo estimo de esa manera, dado que como ya hice referencia, el artículo 133 de la Constitución Federal, genera una posibilidad constitucional de coexistencia de una tipología de distintas normas que responden a los ámbitos de competencia que ella misma prescribe y respecto de las cuales no necesariamente existe una línea de dependencia jerárquica, precisamente, porque al pertenecer a ámbitos competenciales diferenciados, tanto las autoridades que intervienen en su creación como el proceso mismo que las origina se desenvuelven en categorías distintas.

Entonces, como las leyes federales o secundarias no encuentran su fundamento en un tratado internacional o en las leyes reglamentarias, el conflicto que pueda surgir entre ellos, técnicamente, no debe ser abordado y resuelto mediante la categoría de jerarquía normativa, pues no se trata de resolver un asunto en el que se invoque la invalidez de las normas, sino en cuál debe ser aplicada por efecto de primacía.

Sin embargo, como este aspecto no quedó debidamente diferenciado en la postura de la mayoría, respetuosamente, me parece que la decisión que ésta adoptó está basada en una traspolación de categorías normativas, que a la postre produjo una decisión que técnicamente veo un tanto dudosa.

Ahora bien, el análisis de la ejecutoria que dio origen a la tesis relativa permite establecer que las razones por las que la Corte arribó a la conclusión de la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes federales, y que han sido confirmadas en esta oportunidad son, principalmente 2, a saber:

a. Los tratados internacionales constituyen un compromiso del Estado mexicano y de todas sus autoridades frente a la comunidad internacional, por ello es que se entiende que el Constituyente de 1917 haya facultado al presidente de la República a suscribirlos en su calidad de jefe de Estado, y a la ratificación que el Senado debe llevar a cabo como Cámara que representa la voluntad de los Estados de la Federación.

b. Los tratados internacionales no toman en cuenta la competencia de la Federación o la de las entidades federativas, por lo que al no existir limitación competencial entre aquélla y éstas, en razón de un documento de esta naturaleza, el Estado mexicano puede obligarse en cualquier materia.

Hay que destacar que el criterio aludido concluyó con la consideración de que las leyes federales y las locales se encuentran en un tercer nivel jerárquico, por debajo de los tratados internacionales y de las leyes reglamentarias.

A mi entender, el primer argumento está basado en un elemento jurídico (el principio de *pacta sunt servanda*) obligacional, que nace con la suscripción y ratificación de los tratados, pero que técnicamente no puede ser referente para determinar la jerarquía de esos instrumentos jurídicos.

El razonamiento de la mayoría en cuanto a este aspecto se apoya en el artículo 2o. de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, empero, ni de ese numeral, ni del diverso 27 de la propia convención, me parece posible sustentar la jerarquía de los tratados bajo el argumento de que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

Considero que son problemas distintos la jerarquía normativa y responsabilidad internacional. La interpretación que la mayoría ha dado al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, conduce al extremo de concluir que en todo momento los tratados tendrán prevalencia sobre cualquier disposición del derecho nacional, incluyendo la Constitución, lo que a mi juicio distorsiona el sentido del derecho internacional.

Considero importante poner de relieve que no se puede sostener la superioridad de una norma frente a otra, por razones de incurrir en una probable situación de responsabilidad internacional, sino atendiendo al sistema de organización interna del entramado normativo mexicano; asimismo, estimo que el origen interno o externo de una norma no es un criterio apropiado para realizar una clasificación jerárquica entre las normas.

En esa guisa, es oportuno señalar que invocar al *ius cogens* como un elemento para determinar la jerarquía al interior de los órdenes jurídicos nacionales es muy complicado, ya que esta figura, hasta donde yo entiendo, lo que determina son ciertos elementos materiales respecto de la obligatoriedad de las normas internacionales, pero no es un referente jurídico para resolver un problema de antinomias.

En efecto, contrario a lo que sostuvo la mayoría, me parece muy riesgoso sostener que son las relaciones internacionales las que determinan la jerarquía de un sistema jurídico nacional, porque conforme a la Teoría General de la Constitución, el sistema jerárquico de un país es una decisión interna que está determinada por la Norma Fundamental y, por ende, que no puede construirse a partir del derecho internacional; esto es, la jerarquización normativa es una decisión de cada Estado.

La circunstancia de que desde la perspectiva del derecho internacional, el Estado mexicano esté efectivamente vinculado al cumplimiento de sus compromisos internacionales, no es un criterio jurídico que indique si en México existe un sistema de jerarquía normativa y, de ser así, cuál es y cómo se estructura ese sistema.

La jerarquía normativa es un aspecto que solamente puede ser desarrollado de forma interna por el orden jurídico respectivo, a través de un sistema de fuentes que es producto de un proceso evolutivo graduado de creación normativa.

Efectivamente, la jerarquización normativa obedece a una función primordial del Estado, que es la función de ordenación

jurídica que requiere de un automovimiento específico del derecho, con el objeto de que exista un ámbito dinámico que adapte el sistema jurídico a las realidades sociales, económicas, políticas y jurídicas de cada país; y que debe partir de un ordenamiento que aglutine todos los principios fundamentales de la comunidad, al cual se denomina Constitución; concebido como el máximo cuerpo jurídico.⁵

La función de ordenación jurídica del Estado se desarrolla en forma de proceso evolutivo graduado de creación normativa, a partir de un principio de lógica jurídica que reside en el establecimiento de la Constitución de la cual van a emanar todas las disposiciones del Estado.

En esa Constitución se establecen disposiciones y procedimientos de creación normativa, que se proyectan a través de métodos que determinan la forma en la que el Estado va a crear todas las disposiciones jurídicas que den facultades y atribuciones a las autoridades estatales, para poder llevar a cabo su función.

Bajo esa óptica, si se parte de la idea fundamental de que la Constitución establece un proceso normativo de creación que encuentra en aquélla su punto de partida y referencia, es dable concluir que, precisamente, es la Norma Fundamental la que jerarquiza el movimiento inicial a partir de otro tipo de normas que cada vez van concretando a otras en una cadena que culmina con las normas de individualización; es decir, el efecto opera desde una concreción que

⁵ El profesor H. Kelsen denomina a la Constitución en sentido jurídico-positivo, "como un proceso evolutivo y graduado de la creación normativa". Kelsen, H. *Teoría General del Estado*, Ediciones Coyoacán, México, 2004, p. 299 y ss.

se va reduciendo y cuya condición de validez depende de que las norma inferiores sean acordes con las inmediatamente superiores que les dan vida jurídica.

En esencia, desde un punto de vista teórico, pienso que a eso se refiere la jerarquización de la norma; esto es, cuando la norma inferior va dependiendo de la norma superior; y si estamos en un proceso de jerarquización de esta naturaleza, evidentemente la norma inferior jamás podrá desviarse de lo que prevenga la norma superior, porque es la que le da origen.

Sin embargo, me parece que para establecer cuál es el sentido y alcance del principio de jerarquía normativa de los tratados internacionales y de las leyes reglamentarias, en todo caso, debe acudirse a una interpretación directa del sistema de fuentes que deriva del artículo 133 constitucional, pero jurídicamente no es útil analizar el principio de *pacta sunt servanda*, dado que no constituye un elemento hermenéutico para desentrañar el sistema de jerarquías en el Estado mexicano.⁶

La tesis señala que los tratados son superiores a las normas federales y locales, porque es el jefe del Estado y el Senado los órganos que intervienen en su suscripción y ratificación.

⁶ Los tratados se han regido históricamente por el derecho internacional consuetudinario cuya cláusula principal es la regla *pacta sunt servanda*, o fuerza obligatoria de los tratados entre las partes contratantes, la cuales deben cumplirlo de buena fe. La regla *pacta sunt servanda*, considerada como la norma fundamental del derecho de los tratados, fue axioma del derecho internacional clásico, en especial cuando las potencias imponían los tratados a los Estados débiles o a los vencidos. El actual derecho internacional no acepta esa regla como un axioma, sino que su interpretación y aplicación están sujetas a la condición de que el tratado haya sido celebrado en pie de igualdad por las partes y no contenga ningún vicio de nulidad. Basave Fernández del Valle, A. *Filosofía del Derecho Internacional*. 2a. ed. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001, p. 97 y ss.

Esta afirmación la encuentro sumamente dudosa, en atención a que el hecho de que el jefe del Estado suscriba un tratado, no indica nada sobre la jerarquía de éste al interior del sistema jurídico, lo que esa participación evidencia, desde mi óptica, es la existencia de un sistema por el que la Constitución Federal otorga ciertas facultades al titular del Poder Ejecutivo para la celebración de tratados.

Por otra parte, estimo que es poco eficaz el argumento relativo a que el Senado representa a las entidades federativas, por la razón de que desde hace varias décadas las Legislaturas Locales perdieron la facultad de nombrar a los senadores.

Efectivamente, actualmente los senadores son electos a través de los principios de votación mayoritaria, primera minoría y representación proporcional, por lo que es evidente que ya no son representantes de las entidades federativas, sino de los ciudadanos que habitan en cada una de ellas, aunque las competencias que la Cámara de Senadores ejerce en términos del artículo 76 constitucional impliquen ámbitos de acción de la Federación.

Por cuanto hace al argumento de que los tratados son superiores a las leyes federales, toda vez que aquéllos no toman en cuenta la competencia de la Federación o la de las entidades federativas, tengo la convicción de que no es sustentable.

Desde mi punto de vista, este argumento que ahora ha sido reiterado por la mayoría omite realizar una interpretación sistemática que ya ha efectuado este Tribunal Pleno de

la Suprema Corte,⁷ de los artículos 1o., 40, 41, primer párrafo, 43, 44, 49, 105, fracción I, 115, fracciones I y II, 116, primer y segundo párrafos, 122, primer y segundo párrafos, 124 y 133, *ab initio*, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de los que descuella que en el Estado Federal Mexicano hay 5 órdenes normativos competenciales (mas no jerárquicos) de aplicación de la ley, a saber:

1. Federal.
2. Local o estatal.
3. Municipal.
4. Del Distrito Federal; y,
5. Constitucional.

Como lo determinó el Tribunal Pleno al resolver la controversia constitucional 14/2001, promovida por el Municipio de Pachuca de Soto, Estado de Hidalgo, el siete de julio de dos mil cinco, que dio como resultado la emisión de la jurisprudencia contenida a pie de página, la Constitución mexicana consagra un sistema de competencias de aplicación

⁷ Así lo estableció el Tribunal Pleno mediante la jurisprudencia P/J. 136/2005, perteneciente a la Novena Época del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXII, octubre de 2005, página 2062, cuya voz es: "ESTADO MEXICANO. ÓRDENES JURÍDICOS QUE LO INTEGRAN.—De las disposiciones contenidas en los artículos 1o., 40, 41, primer párrafo, 43, 44, 49, 105, fracción I, 115, fracciones I y II, 116, primer y segundo párrafos, 122, primer y segundo párrafos, 124 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte la existencia de cinco órdenes jurídicos en el Estado mexicano, a saber: el federal, el local o estatal, el municipal, el del Distrito Federal y el constitucional. Este último establece, en su aspecto orgánico, el sistema de competencias al que deberán ceñirse la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal, y corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Tribunal Constitucional, definir la esfera competencial de tales órdenes jurídicos y, en su caso, salvaguardarla."

normativa que proyecta las atribuciones de los Poderes Federales y Estatales (artículo 41), los cuales deben actuar dentro de esa competencia, puesto que en el sistema constitucional mexicano el principio de autoridad competente que alberga el artículo 16 de la Constitución Federal, las autoridades solamente pueden realizar lo que les está expresamente permitido constitucional y legalmente.

Asimismo, hay que tomar en cuenta que el artículo 124 constitucional dispone que las facultades que no están expresamente concedidas a la Federación se entienden reservadas a los Estados; esto es, la delimitación de competencias en el Estado Federal mexicano es de carácter rígido y preciso.

Bajo estos parámetros, en un ámbito competencial normativo, cuando surge una aparente contradicción entre los diversos campos dispositivos (ámbitos normativos), el problema no es de jerarquía, sino de competencia, con lo cual, la contradicción relativa debe dirimirse estableciendo cuál es la norma aplicable por el principio de preferencia competencial.

El principio de jerarquía normativa que encuentra especial sustento en la supremacía de la Constitución, en virtud de que ésta es la que funda todo el sistema jurídico y, por ende, la validez de éste depende de que todas las normas secundarias sean acordes con los principios iusfundamentales, es eficiente en un idéntico ámbito de aplicación normativa, respecto de normas inferiores que encuentran la base de su validez en la no contravención a diversas normas superiores, esto es, la validez de las normas se puede ponderar a partir de su conformidad con la norma jerárquica superior inmediata, siempre que ambas pertenezcan al mismo campo de operatividad normativa.

Asimismo, no comparto el razonamiento relativo a que al suscribirse los tratados internacionales no se toman en cuenta la competencia de la Federación o la de las entidades federativas, por lo que el Estado mexicano puede obligarse en cualquier materia, ya que estimo dudoso que ese elemento sea un instrumento interpretativo para determinar el alcance del artículo 133 constitucional, pero aún más, paradójicamente, dicho argumento reconoce que en el Estado mexicano coexisten (al menos 2) ámbitos de esfera competencial, pero que la República puede comprometerse, sin objeción alguna, en un tratado internacional sobre cualquier materia, aun cuando ello implique una invasión en el ámbito de la esfera competencial de las entidades federativas, lo cual también en estricto sentido constitucional es cuestionable.

Sostener lo contrario conduce al extremo de afirmar que es constitucionalmente válida la celebración de un tratado respecto de una competencia que de conformidad con las disposiciones de la Carta Magna no correspondan a la Federación, sino a cualquier otro ámbito, aun cuando ello pudiera generar una invasión de esferas, situación que técnicamente veo insostenible.

En cuanto a la conclusión relativa a que las leyes federales y las locales se encuentran en un tercer nivel jerárquico, por debajo de los tratados internacionales y de las leyes reglamentarias, cabe decir que su implementación es dudosa, porque conduce a determinar que en México la ley federal priva sobre la local, con lo cual se rompe la estructura del Estado Federal mexicano, pues la aplicación de la ley en los distintos órdenes debe ser guiada por el principio competencial, no por el de jerarquía, ya que no es por el hecho de que una ley sea

federal por lo que debe preferirse sobre otra local, sino lo que debe determinarse es a qué campo de competencia corresponde la norma que pretende aplicarse y, en consecuencia, determinar cuál primará.

Como abono a las consideraciones de mérito, hay que destacar que la conclusión anterior es muy arriesgada, habida cuenta que la jerarquía de los tratados no determina, a su vez, la de las leyes, porque entre ellas no existe una dependencia de validez normativa.

Con apoyo en los argumentos que acabo de exponer, pienso que el criterio que debió sustentar el Tribunal Pleno es el relativo a que los conflictos que se presentan entre tratados internacionales y leyes federales, o disposiciones secundarias diversas, no sea entendido como un problema de validez a partir de la categoría jurídica de jerarquía normativa, sino como una cuestión de preferencia de aplicación normativa mediante la implementación de la categoría de primacía, es decir, estimo que no debe examinarse qué ordenamiento debe prevalecer por cuestión de invalidez jurídica, sino cuál debe desplazar al otro en cada caso concreto por un efecto de aplicación normativa preferente por especialidad.

Por lo que hace a este tema, como cuestión final, considero indispensable poner de relieve que resulta sumamente peligroso que la mayoría construyera un orden jurídico al cual denominó "*orden jurídico nacional*" (con lo que ese término quiera decir), pues de ningún artículo de la Constitución se desprende dicho orden.

Sobre este tema, me genera mucha inquietud la construcción de un "*orden jurídico nacional*" que la mayoría emprendió

para elucidar el tema jurídico de la jerarquía de los tratados, porque a mi juicio el concepto nación es uno de los de mayor complejidad a nivel analítico constitucional, por lo que su uso no debió ser visto como una cuestión menor.⁸

En efecto, en la Constitución Federal de 1917, el término "nación", aparece invocado en los artículos 2o., 20, 25, 26, 27, 28, 37, 51, 73 y 123, pero en cada uno de ellos se le confiere un cúmulo de acepciones totalmente diversas que deben ser analizadas en cada caso concreto para desentrañar su sentido y alcance.

Mi desacuerdo con la mayoría en este sentido deriva de que la generación de un nuevo orden jurídico de jerarquía superior a la Federación, a los Estados, al Distrito Federal y a los Municipios, no encuentra apoyo constitucional en ningún precepto de la Carta Magna, incluyendo lo dispuesto en el artículo 133, pues de su contenido no se desprende que exista en el sistema jurídico mexicano otro orden que regule la voluntad política del pueblo, entendida ésta bajo el esquema de teoría de la Constitución como la "nación mexicana", que no sea el orden que dimana directamente de la Constitución Federal como producto de la voluntad política del Poder Constituyente de la nación.

⁸ Tanto el abate Sieyès como el profesor C. Schmidt han explicado que con frecuencia han sido confundidos e incluso manejados con similitud los términos de "pueblo" y "nación"; sin embargo, ambos coinciden en señalar que con el desenvolvimiento de la revolución francesa, el concepto "nación" es más expresivo e induce a menos error, pues designa al pueblo como una unidad política con capacidad de obrar y con plena conciencia de su singularidad política y la voluntad de existencia política, mientras que el pueblo que no existe como nación es una asociación de hombres unidos en alguna manera de coincidencia étnica o cultural, pero no necesariamente política. Vid. sobre este tópico, es oportuno consultar: Sieyès, E. J., *¿Qué es el tercer Estado?* Ed. Orbis, Barcelona, 1985 y Schmitt, C., *Teoría de la Constitución*, Ed. Alianza, 1982, p. 96.

Luego, la interpretación del artículo 133 constitucional que llevó a cabo la mayoría, y de la cual desprendió la existencia de lo que denominó "*orden jurídico nacional*" ha generado un sistema de jerarquía que no está previsto en dicho numeral ni expresa ni tácitamente, por virtud del cual la validez normativa de las leyes federales, locales, del Distrito Federal y municipales, van a depender de que satisfagan los contenidos de las disposiciones del orden jurídico nacional conformado por las leyes reglamentarias y los tratados internacionales, aun cuando no emanen directamente de ellas, lo cual estimo jurídicamente insostenible.

B. La interpretación de la jerarquía normativa conforme a la evolución de la teoría de la Constitución. Hacia un constitucionalismo globalizado.

En los Estados democráticos contemporáneos opera una estructura jurídica que está definida por la Constitución en su carácter de norma suprema.

La Constitución previene el marco en el que han de desenvolverse las actividades del Estado y la de sus agentes, a través de un sistema formal y sustantivo de derecho que postula los principios de soberanía del pueblo, división de competencias, derechos fundamentales, protección del orden constitucional y renovación constitucional, entre otros.

En virtud de las disposiciones que la Constitución consagra en materia de soberanía, el Estado es un ente supremo encima del cual no puede colocarse ninguna figura ya sea interna o externa.

De esta forma, el Estado soberano tiene el monopolio de la legislación y la reglamentación, del ejercicio de la fuerza pública para su defensa contra los peligros exteriores o interiores, de la ejecución de las leyes y sentencias, la seguridad de sus ciudadanos, el cobro de contribuciones, la organización de la *administración pública*, la prestación de los servicios públicos y sociales que los ciudadanos demandan y la acuñación de moneda, entre otros tantos.

Estas atribuciones son ejercidas por el Estado, con el propósito de hacer realidad los anhelos que el pueblo ha proyectado en la Constitución por conducto del Poder Constituyente, y que se reflejan por medio de las *funciones constitucionales* y las finalidades que persiguen.

No obstante las bases sólidas del esquema estatal que ha formulado la *teoría del Estado* y que han quedado patentes en los textos constitucionales, las vertiginosas transformaciones de la sociedad, tanto en el ámbito nacional como en el internacional, han desquebrajado la triada clásica del Estado: *territorio, pueblo y poder político o gobierno*.⁹

El acercamiento con otros entes supranacionales y la necesidad de llevar a cabo *tareas comunes* que permitan estar vigente en un sistema internacional inmerso en la globalización, producen nuevas estructuras jurídicas de organización y relación, cuyas exigencias modifican el paradigma estatal.

⁹ Vid. entre otros, las importantes obras sobre *teoría del Estado* de Heller, H., *Teoría del Estado*, 3a. Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1955; Jellinek, G., *Teoría General del Estado*, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 2000; Bodin, J., *Los seis libros de la República*, Ed. Orbis, Barcelona, 1989; y Kriele, M., *Introducción a la Teoría del Estado*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980.

En este nuevo contexto, el Estado permanece por efecto directo de la Constitución, pero el marco jurídico supranacional en el que precisa participar para formar parte de organizaciones internacionales, provoca un natural vaciamiento de parte importante del espectro formal de su estructura y del contenido material de sus habilitaciones competenciales.

La realidad político-constitucional parece sugerir que no puede ser de otra manera, la democracia y el camino de su pleno desarrollo exigen, al menos en el ámbito externo, que el principio de autodeterminación sea reinterpretado no sólo en el sentido de que los pueblos deben dejar de estar sometidos a entidades superiores a ellos, sino también en la lógica de que la legitimación de la autoridad y de la soberanía política puede encontrar fundamentos sociales y políticos en los niveles supranacionales diferentes del Estado-Nación tradicional.¹⁰

Ciertamente, la expansión e interacción de las organizaciones internacionales desarticulan el papel omnipresente del actor estatal, haciendo las fronteras cada vez más irrelevantes y la interdependencia política y económica cada vez más estructurante.

Estos sucesos han generado sistemas jurídicos supranacionales contruidos más allá del paradigma clásico de las relaciones horizontales entre Estados, sino en un nuevo paradigma centrado en las relaciones Estado-pueblo, que suponen diversas relaciones sociales y políticas como el desarrollo de los derechos fundamentales y sociales.

¹⁰ Gomes Canotilho, J. J., *Teoría de la Constitución*, Ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 45.

En efecto, actualmente se ha iniciado el desarrollo del constitucionalismo global (así denominado por algunos autores como Gomes Canotilho¹¹ y Peter Häberle¹²), con el objeto de que neutralice el constitucionalismo nacional.

C. El principio interpretativo de apertura al derecho internacional y a las leyes reglamentarias, a partir de la implementación del bloque de la constitucionalidad o bloque constitucional.

En mi concepto, el presente asunto era una oportunidad invaluable para que la Suprema Corte diera un paso definitivo en la adopción de técnicas contemporáneas de interpretación constitucional sobre la jerarquía normativa.

El sentido de la interpretación constitucional se encuentra determinado por la función que cumple la Norma Fundamental en el sistema jurídico, en cuanto que ésta contiene los elementos configuradores del parámetro de legitimidad de las normas y los actos jurídicos, elementos que han de ser reconstruidos desde la labor hermenéutica constitucional.¹³

¹¹ *Ibidem*, p. 46 y ss.

¹² El profesor alemán explica que en los Estados constitucionales contemporáneos las sociedades ya no están cerradas a la interpretación de la Constitución, por lo que en los procesos de hermenéutica constitucional están incluidos potencialmente todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, todos los ciudadanos y los grupos, con lo cual no hay "numerus clausus" de intérpretes de la Norma Fundamental. Esto supone la democratización de la interpretación constitucional, que obedece a que todos los sectores del Estado viven la aplicación cotidiana de la Norma Suprema, por lo cual se erigen como fuerzas productivas de las disposiciones constitucionales. Esta evolución ha llegado al punto de que Tribunales Constitucionales como el alemán y el español adopten un elemento novedoso de interpretación constitucional, que parte de la comparación jurídica (principalmente tratándose de derechos fundamentales) entre las disposiciones del derecho nacional con el de otros sistemas jurídicos. Häberle, P. *El Estado Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2001. p. 149 y ss.

¹³ Balaguer Callejón, L. *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Ed. Tecnos, Madrid, 1997, p. 24.

La interpretación constitucional es indispensable para dar respuesta a cuestiones que la Constitución no permite discernir unívocamente, con lo cual, interpretar la Norma Fundamental equivale a actualizarla, desentrañando respuestas constitucionalmente acertadas mediante la aplicación de un procedimiento racional y objetivo.

Por la manera en la que está formulada la Constitución, esto es, mediante el establecimiento de normas y principios abiertos que no suponen la formulación de criterios inequívocos, la tarea para descubrir una voluntad auténtica es ardua, porque justamente no existe una voluntad única, sino una diversidad de opciones respecto de la que puede elegirse una para encontrar la voluntad que el intérprete estima supuesta.¹⁴

En ese sentido, la interpretación constitucional cumple una función concretizadora de las disposiciones constitucionales,¹⁵ habida cuenta que debe desarrollar aquello que en la Norma Fundamental no aparece con toda precisión; y dicha concretización implica una labor creativa del Tribunal Constitucional, en tanto que una disposición constitucional interpretada irradia todo su sentido cuando es objeto de esa interpretación.¹⁶

Desde una óptica viable, la función más importante que cumple la interpretación constitucional —aunque desde luego

¹⁴ Hesse, K. *Escritos de Derecho Constitucional*, 2a. ed., Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, p. 37.

¹⁵ En ese sentido, el profesor Gomes Canotilho afirma que las normas constitucionales se muestran planificadamente indeterminadas de modo que dejan a los órganos responsables de su concreción el espacio de libertad decisoria necesario para la adecuación de una norma que opera en una realidad multiforme y cambiante. Gomes Canotilho, J. J. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Ed. Coimbra, Coimbra, 1982, p. 123 y ss.

¹⁶ Hesse, K. *Escritos de Derecho Constitucional*, op. cit., p. 40.

no es la única—,¹⁷ es lograr que la Norma Fundamental cobre dentro del sistema jurídico un máximo grado de expansión, con el propósito de que sus disposiciones explícitas e implícitas constituyan el sistema constitucional que abarque la entera actividad del Estado y de los ciudadanos.¹⁸

Los modelos gramatical, histórico, lógico, sistemático, causal y teleológico de interpretación de la ley son útiles para interpretar, en ciertos casos, las disposiciones constitucionales; empero, pienso que el Tribunal Constitucional en su ejercicio de operador de la hermenéutica, no puede conformarse con ceñirse a tales instrumentos interpretativos, pues con ese proceder cierra las posibilidades para comprender el texto de la Carta Magna en su entera dimensión, limitando así su actividad en gran medida y afectando su labor jurisdiccional.

Si al desplegar sus funciones de control y salvaguarda del sistema constitucional, un Tribunal Constitucional tiende a interpretar las disposiciones *iustfundamentales*, únicamente, acudiendo a los métodos clásicos de interpretación de la ley, construye conceptos parciales e incompletos del derecho constitucional, lo cual supone una acción contraria a su labor interpretativa, que consiste en la apertura, concretización y actualización de los fines políticos y jurídicos que persigue la Constitución.

Ante tales consideraciones, me parece que era conveniente que al discutir este asunto, el Pleno de esta Suprema

¹⁷ Vid. sobre las funciones de la interpretación constitucional: J. Wróblewski, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Ed. Civitas, Madrid, 1985, p. 93 y ss.

¹⁸ Canosa Usera, R. *Interpretación constitucional y fórmula política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 75.

Corte de Justicia desarrollara su actividad interpretativa de manera amplia y no restrictiva, haciendo uso, al efecto, de todos los métodos de interpretación que la doctrina y la jurisprudencia constitucional ofrecen, pues esa forma de proceder hubiera permitido construir soluciones más abiertas y completas a los complejos conflictos constitucionales.

El principio de interpretación mediante la apertura al derecho internacional, es producto del innegable desarrollo de lo que la doctrina¹⁹ contemporánea ha denominado el constitucionalismo global, que supone el asentamiento del sistema jurídico-político internacional en las relaciones entre el Estado y el pueblo —ya no únicamente en el clásico esquema de relaciones horizontales entre Estados—; el surgimiento de un *ius cogens* derivado de declaraciones internacionales que consagran principios, valores y reglas universales y, finalmente, la protección de la dignidad humana como presupuesto intangible de cualquier constitucionalismo democrático.

Por otra parte, la interpretación constitucional a partir de las leyes reglamentarias de la Constitución, parte del supuesto de las normas constitucionales de eficacia diferida que contienen las disposiciones de organización constitucional que requiere una disciplina normativa posterior a la establecida por la Constitución.²⁰

Ahora bien, para la implementación de este principio interpretativo de apertura, pienso que es necesario acudir a la figura del bloque de constitucionalidad o bloque de la cons-

¹⁹ Gomes Canotilho, J. J. *Teoría de la Constitución*, op. cit., p. 46 y ss.

²⁰ Zagrebelsky, G. *El derecho dúctil*, Editorial Trotto, Madrid, 1995, p. 79.

titucionalidad,²¹ que encuentra su origen en el propio Texto Constitucional, o más exactamente en la apertura política en la que incurren las Constituciones, cuando establecen expresamente los principios estructurales que identifican a su ordenamiento jurídico respectivo, esto es, no regula expresamente cuáles son los aspectos fundamentales que dan forma, organización y funcionamiento, o bien, en los casos en los que hacen remisión expresa para que un ordenamiento jurídico diverso a la Norma Fundamental desarrolle principios constitucionales de eficacia diferida que puedan integrarse como parámetro constitucional de control.

El bloque de la constitucionalidad no constituye una mera *abstracción jurídica* en el seno de la Constitución, sino una remisión constitucional que, al alcanzar a aspectos vitales de la estructura del sistema normativo, requiere o permite ser completada por otras disposiciones a las que la Norma Fundamental habilita para realizar esa función jurídica de cierre político.²²

El punto de partida del bloque constitucional siempre se encuentra en la Constitución,²³ siendo su punto de llegada las disposiciones a las que mediante un reenvío constitucional, determinan la estructura del sistema o definen el contenido de una estructura ya fijada en la norma suprema.²⁴ Luego, tratándose del bloque constitucional resulta irrelevante la ubicación

²¹ Mientras que en Francia a esta figura se le denomina bloque de la constitucionalidad, en España recibe el tratamiento de bloque constitucional.

²² Requejo Rodríguez, P., *Bloque constitucional y Bloque de la constitucionalidad*, Universidad de Oviedo, Oviedo, 1997, p. 37.

²³ Luchaire, F., El Conejo Constitucional Francés, en ID. *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, p. 70 y ss.

²⁴ F. Rubio Llorente, El Bloque de constitucionalidad, en ID. *La forma del poder, (Estudios sobre la Constitución)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993., p. 99.

jerárquica de las normas destinatarias de la remisión; bien puede ser constitucional, o infra constitucional.

El bloque constitucional puede operar en el sistema jurídico en vía *ad intra* o en vía *ad extra*, según la naturaleza jurídica de la disposición destinataria de la remisión constitucional, como instrumento para resolver los conflictos en los que el Tribunal Constitucional conoce de asuntos de control normativo, pues su integración lo convierte en parámetro de regularidad constitucional; por ende, en el ámbito jurisdiccional, el bloque constitucional le permite al tribunal que se enfrenta ante un supuesto de inconstitucionalidad indirecta o mediata, en el que las cualidades procesales propias de nivel constitucional extienden a otras normas jurídicas de rango inferior llamadas por la Constitución para, llegado el caso, completarla, determinado cuál es la estructura que se va a adoptar.

En la vía *ad intra*, el bloque constitucional se concreta mediante las normas que pertenecen al sistema jurídico nacional.²⁵ En cambio, en la vía *ad extra*, el bloque constitucional se concreta mediante los ordenamientos de naturaleza internacional, ya sean tratados o acuerdos internacionales, en los casos en los que la Constitución hace una remisión expresa

²⁵ En Francia el bloque de la constitucionalidad *ad intra* está conformado por la Constitución de la V República de 1958, el Preámbulo de la Constitución de 1946, los postulados de derechos fundamentales contenidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y por los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República. F. Luchaire, *El Conejo Constitucional Francés*, op. cit., p. 76 y ss. En España, ni la Constitución española de 1978, ni la jurisprudencia del Tribunal Constitucional definen con precisión cuáles son las normas del sistema jurídico español que componen el bloque constitucional *ad intra*, sin embargo, la doctrina se ha inclinado por señalar que los Estatutos de las Comunidades Autónomas, las leyes orgánicas a que se refiere el artículo 150.1 y 2 y las leyes de armonización señaladas en el numeral 150.3 pueden ser los ordenamientos conformadores de ese parámetro de constitucionalidad. Requejo Rodríguez, P. *Bloque constitucional ...* op. cit., p. 57 y ss.

a su favor, o bien, por su conducto se desarrollan o concretizan principios constitucionales.

3. El bloque de constitucionalidad en otros países. (Los casos de Francia, España, Colombia y Argentina).

a. El bloque constitucional en Francia.

En la doctrina constitucional francesa, la expresión **bloc de constitutionnalité** se utiliza para designar el conjunto de normas que el **Conseil Constitutionnel** utiliza como parámetro de constitucionalidad al emprender el control previo de constitucionalidad de las leyes y de los reglamentos parlamentarios.

Este bloque está integrado por la Constitución de la Quinta República de 1958 y, por remisión del preámbulo de ésta, la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y el Preámbulo de la Constitución de 1946, que es en esencia una declaración de derechos, sobre todo de segunda generación o también denominados derechos sociales o prestacionales.²⁶

En Francia, el **bloc de constitutionnalité** opera también mediante la invocación de los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República, a que hace referencia el preámbulo de la Constitución de 1946 uso de las disposiciones.

²⁶ Alexy R., Derechos sociales fundamentales, en ID. *Derechos sociales y derechos de las minorías*, Miguel Carbonell, Juan Cruz Parceró y Rodolfo Vázquez compiladores, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, p. 67 y ss.

Con relación al bloque constitucional respecto de los tratados, existe una opinión casi unánime de que en la República francesa no es de recibo la incorporación de los acuerdos internacionales al bloque, por lo que este modelo sólo opera en la vía *ad intra*.

b. El bloque de constitucionalidad en España.

En España, junto a las normas constitucionales primarias y secundarias el bloque de constitucionalidad lo componen también una serie considerable de normas de rango subconstitucional.

Algunas ya están previstas en la Constitución como normas de delimitación competencial o de regulación en el ejercicio de competencias estatutarias concretas; otras, son integradoras en virtud de una habilitación al legislador y, finalmente, otras normas son parte del bloque por remisión de algunos estatutos de autonomía, con fórmulas variadas.

Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución Española, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los tratados y acuerdos internacionales sobre esa materia y ratificados por el Estado español conforman el bloque de constitucionalidad *ad extra* que sirve como parámetro para interpretar las disposiciones relativas a los derechos fundamentales, con el objeto de resolver los conflictos que en la materia se presenten.²¹

²¹ Artículo 10.

*1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

C. El bloque constitucional en Colombia.

Desde los primeros años de labores de la Corte Constitucional, el conocido **bloque de constitucionalidad** ha guardado una estrecha relación con el derecho internacional público.²⁸

La Corte Constitucional colombiana acudió a esta técnica jurídica debido a la necesidad de armonizar el contenido del principio de supremacía constitucional (artículo 4.1 de la Constitución) con el de primacía del derecho internacional (artículo 93.1 de la Constitución).

A partir de ese momento, gran parte de los desarrollos que ha conocido esta figura en Colombia se deben a la incorporación en su seno de numerosos principios y reglas internacionales, con el afán de establecer relaciones entre el sistema de fuentes formales de la legalidad internacional, tal y como aparece descrito en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia de La Haya, con los recientes desarrollos jurisprudenciales del mencionado bloque de constitucionalidad.

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte Constitucional ha intentado establecer con claridad cuáles son las condiciones o requisitos que debe cumplir una norma

²⁸ 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

²⁸ Véase al respecto, la sentencia de la Corte Constitucional, del 18 de mayo de 1995, C-225/95, *control de constitucionalidad previa del Protocolo Adicional II a los cuatro Convenios de Ginebra de 1949.*

internacional para ser considerada como integrante del bloque de constitucionalidad.

En primer lugar, en lo concerniente a las normas convencionales, el Juez constitucional ha sido enfático²⁹ en exigir que éstas deben reconocer derechos fundamentales, con lo cual, *prima facie*, la Corte ha considerado una gama amplia de tratados internacionales (por ejemplo, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Convención contra la Tortura de 1984, etcétera) y regional (Pacto de San José de Costa Rica, Protocolo de San Salvador, etcétera).

Más allá de esta condición, la Corte Constitucional ha considerado que la incorporación de una norma convencional en el bloque de constitucionalidad debe tener fundamento expreso en la Carta Fundamental, al tenor de lo preceptuado en los artículos 93 y 214.2 constitucionales.

d. Bloque constitucional en Argentina.

En la República de Argentina, a partir de la reforma constitucional de 1994, la incorporación de los tratados internacionales de los derechos humanos (artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), hizo que éstos pasen a integrar el bloque de constitucionalidad por la vía *ad extra*.

El bloque de constitucionalidad en Argentina es definido como el conjunto normativo que contiene disposiciones y prin-

²⁹ Véanse las sentencias C-295/93 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), C-179/94 (M.P. Carlos Gaviria Díaz), C-225/95 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), C-578/95 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-327/97 (M.P. Fabio Morón Díaz); C-191/98 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

cipios materialmente constitucionales fuera del texto de la Constitución documental.³⁰

La Constitución Nacional Argentina previene un sistema basado en el modelo por el que los tratados internacionales son superiores a las leyes y tiene el mismo rango que la Norma Fundamental (este modelo opera también en Austria, Colombia y Guatemala).³¹

En mi óptica, las razones de justificación de adopción del bloque constitucional en el sistema constitucional mexicano son las siguientes.

a. Desde la perspectiva de su función normadora del sistema de fuentes, la Constitución total es el complejo normativo, esto es, el conjunto de disposiciones positivas de rango supremo que distribuye territorialmente el poder entre unas instancias federales (en el caso de México) cuya competencia, objetiva y materialmente limitada, se extiende, no obstante, a la totalidad del territorio, y a otras instancias territoriales, cuya competencia es limitada tanto material como espacialmente.³²

³⁰ Bidart Campos, G., *El Derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Editorial Ediar, Buenos Aires, 1995, p. 264.

³¹ En términos generales, son 5 los modelos que se han adoptado en distintos países respecto de la jerarquía normativa de los tratados internacionales, a saber: 1. Países en los que los tratados internacionales son supraconstitucionales, por ejemplo, el Caso de Holanda y Bélgica; 2. Países en los que los tratados internacionales son equiparables a la Constitución, sobre todo tratándose de *derechos fundamentales o humanos*, por ejemplo Austria, Colombia, Argentina y Guatemala; 3. Países en los que los tratados internacionales son infraconstitucionales, pero supralegales, este es el caso de Honduras, El Salvador, Paraguay y la República de Francia; 4. Países en los que los tratados internacionales se ubican en el mismo rango de las leyes nacionales, cuyos problemas de antinomias se dirimen con base en el criterio de especialidad, ejemplo de estos Estados son Finlandia, Dinamarca, Alemania y Suiza; y, 5. Países en los que los tratados se ubican en un plano de igualdad jerárquica en relación con las leyes nacionales, este es el caso de países como Italia y Reino Unido. En este último caso, los conflictos entre tales normas se resuelven mediante la aplicación del principio de *lex posterior derogat priori*.

³² Kelsen, H., *Teoría General del Estado*, 15a., ed., Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2002, p. 262.

Tratándose del control constitucional, un sector de la doctrina ha postulado porque sean integradas a la Constitución total (bloque constitucional) aquellas normas que imponen límites al legislador federal, sobre todo las normas que consagran, desarrollan o concretizan derechos fundamentales o principios constitucionales.³³

Así, el núcleo esencial de cualquier sistema de división territorial del poder está integrado, justamente, por las normas de delimitación competencial.

b. Al sostener el criterio contenido en la tesis P. LXXVII/99 (que es la tesis vigente sobre la jerarquía de los tratados), y que la mayoría ha decidido ratificar, no establece la expresión que se contiene en el artículo 133 constitucional sobre que los tratados y las leyes federales reglamentarias serán Ley Suprema de la Nación, constituye o no el bloque constitucional del orden jurídico mexicano, sino que simplemente alude a que todas las normas del sistema jurídico son válidas, siempre que no contravengan a la Carta Magna, es decir, el razonamiento que se sostuvo parte de la contrastación de validez normativa de los tratados internacionales y de las leyes reglamentarias con la Constitución, mas no del análisis de lo que parece ser un señalamiento explícito de existencia del bloque constitucional y su relación con el resto de las normas jurídicas del Estado mexicano.

c. Creo que era necesario que la Suprema Corte definiera si el artículo 133, primera parte, de la Constitución mexicana

³³ Rubio Llorente, F., El Bloque de constitucionalidad, en ID. *La forma del poder*, (Estudios sobre la Constitución), *op cit.*, p. 77.

es o no fundamento del bloque constitucional, pero lo que me parece que no era conveniente, es precisamente que se esquivara este tema, pues con ello hemos dejado sin resolver el problema planteado, que precisamente consiste en determinar si en el sistema constitucional mexicano existe o no un bloque constitucional, dado que esa es una forma constitucionalmente adecuada para resolver el problema de la jerarquía de los tratados internacionales.

Si se hubiera adoptado la interpretación de apertura a los tratados internacionales y a las leyes reglamentarias mediante el bloque constitucional, hubiera sido factible lograr estos fines:

- a. La orientación interpretativa para determinar la primacía de las *normas* que deben aplicarse en los diversos ámbitos de competencia del Estado.
- b. La adaptación histórica de la sustantividad constitucional formal a la constitucionalidad *real* o fuerza normativa de lo fáctico.
- c. Dinamizar y enriquecer el sentido del derecho interno.
- d. Obtener un referente normativo procedente tanto de la vía *ad extra* como de la *ad intra*.

D. La compatibilidad entre la implementación del bloque de constitucionalidad y el sistema de jerarquía normativa consagrado en el artículo 133 constitucional.

En primer término, hay que decir que la implementación del bloque de constitucionalidad, *prima facie*, no vulneraría

el principio de supremacía de la Constitución, atento a que el artículo 133 constitucional dispone la jerarquía máxima de ésta, aunado a que esta Suprema Corte de Justicia ha determinado en diversos criterios que esto es así, incluso respecto de los tratados internacionales y de las leyes federales, con el argumento de que para estimar su validez jurídica, ambos tipos de disposiciones deben ser creadas conforme con la Norma Fundamental (las leyes reglamentarias deben ser conforme a la Constitución, en tanto emanan directamente de ella; y los tratados internacionales son válidos, siempre que estén de acuerdo con la propia Norma Suprema).

En efecto, si bien en la Constitución de 1917 no existe disposición expresa que prevenga la apertura al derecho internacional mediante la aplicación del bloque de constitucionalidad, no hay que perder de vista que de la interpretación sistemática de los artículos 15, 42, fracciones V y VI, 76, fracción I, 89, fracción X, y 133, *ab initio*, de la Carta Magna se puede arribar a la convicción de que en el sistema constitucional mexicano es viable adoptar una metodología interpretativa de apertura a las disposiciones supranacionales.

Bajo esa óptica, considero que la supremacía de la Constitución que establece el artículo 133, primera parte, de la Norma Fundamental, sí es compatible con un sistema de bloque de constitucionalidad que opera mediante ámbitos diferenciados de preferencia aplicativa de normas.

E. Instrumentación técnico-constitucional del bloque de constitucionalidad en el sistema mexicano.

La instrumentación del principio interpretativo de apertura mediante el bloque de constitucionalidad generaría que el

conflicto de dos normas con distinto origen de producción no sea tratado como un problema de validez, sino de aplicación, esto es, no debería examinarse qué ordenamiento debe prevalecer, sino cuál debe desplazar al otro por un principio de preferente aplicación normativa por especialidad.

En este sentido, la inaplicación o desplazamiento de la norma de un tratado no denota un juicio de validez, sino un estudio sobre su eficacia y aplicabilidad para regular determinados supuestos, debido a su pertenencia a distintos sistemas jurídicos.

Consecuentemente, la metodología que, a mi juicio, debió adoptar el Pleno para que este asunto fuera resuelto a través de la implementación y diseño del bloque de constitucionalidad en el Estado mexicano, encuentra sustento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, estimo que la definición de un sistema de bloque de la constitucionalidad supone que sean los Jueces quienes en cada caso concreto establecieran cuándo debe prevalecer un tratado sobre una norma nacional, según sus propios contenidos, pero sobre todo, considerando si el tratado (o ley reglamentaria si es en vía *ad intra*) desarrolla o completa un principio constitucional.

El análisis que el Juez tendría que hacer a partir de examinar con especial atención si la disposición del tratado desarrolla o complementa un principio constitucional, le permitiría con mayor criterio de convicción determinar qué norma debe primar, emprendiendo un análisis sobre si el desplazamiento o inaplicación respectiva pone en riesgo principios constitucionales y democráticos trascendentales para el orden estatal.

La implementación del bloque de constitucionalidad generaría que, para el caso de contradicciones entre diversas normas y los tratados internacionales (igualmente respecto de las leyes reglamentarias), no se acudiera al principio de jerarquía normativa, puesto que no es posible hablar de superioridad jerárquica (validez normativa) entre disposiciones jurídicas derivados de ámbitos competenciales distintos, los que, además, son prescritos como elemento para integrar el bloque de constitucionalidad.

Una de las mayores conveniencias para adoptar este criterio es que mediante el principio de jerarquía no cabe más que concluir la prevalecencia normativa y no su validez.

A diferencia de lo que sucede con el principio de primacía que vendría dado por el bloque de constitucionalidad; y que puede ser implementado en órdenes competenciales diversos o idénticos, el principio de jerarquía normativa para dirimir este tipo de conflictos solamente puede ser aplicado tratándose de un mismo ámbito de competencias.

Asimismo, implementando el bloque de constitucionalidad, los principios constitucionales desarrollados o concretizados por los tratados internacionales y las leyes reglamentarias pueden servir como parámetro de constitucionalidad, esto es, pueden ser elementos objetivos para medir la constitucionalidad de leyes impugnadas por ser contrarias a la Constitución, sin que esto implique que pueda declararse su inconstitucionalidad por una contravención a los cuerpos normativos que conforman el bloque, sino que sólo sirven como marco objetivo para normar el criterio y arribar a la conclusión correspondiente.

Este tratamiento es congruente con el criterio que ha sustentado la Suprema Corte de Justicia sobre la existencia de 5 ámbitos competenciales distintos de aplicación normativa, el cual atiende, primordialmente, a mantener un sistema unificado que reconoce la emanación de normas a partir de órdenes distintos e incluso, en el caso de los tratados internacionales, de sistemas jurídicos diversos.

F. Propuesta de delimitación del bloque constitucional dentro del sistema jurídico mexicano, en sus modalidades *ad intra* y *ad extra*.

a. En la vía *ad intra*, al tenor de lo dispuesto en el artículo 133 constitucional, el bloque de constitucionalidad podría ser constituido por las leyes federales reglamentarias de los diversos preceptos de la Carta Magna, porque al ser normas iusfundamentales de eficacia diferida, por su conducto pueden establecerse, desarrollarse o concretizarse derechos fundamentales o principios constitucionales que integran la Constitución total y, por ende, que pueden proyectarse como parámetro de constitucionalidad.

b. En la vía *ad extra*, solamente los tratados, convenios o convenciones internacionales que desarrollen o concreten derechos fundamentales o principios constitucionales pueden ser integrados como bloque de constitucionalidad.

La definición del bloque constitucional hubiera sido de gran ayuda para desarrollar el criterio de solución de antinomias que se perfiló en el Tribunal Pleno, pues hubiera permitido optar por establecer un principio de solución por primacía, es decir, un mecanismo en el que los conflictos que se pre-

sentan entre tratados internacionales o leyes federales de un lado, y disposiciones secundarias diversas, no sea entendido como un problema de validez a partir de una jerarquía jurídica, sino como una cuestión de aplicación normativa, es decir, la solución jurídica no parte de examinar qué ordenamiento debe prevalecer, sino cuál debe desplazar al otro por un principio de preferente aplicación normativa por especialidad, y voy a explicar por qué.

Bajo este criterio, me parece que tendríamos que utilizar, en primer término, el sistema de competencias que deriva de los artículos 1o., 40, 41, primer párrafo, 43, 44, 49, 105, fracción I, 115, fracciones I y II, 116, primer y segundo párrafos, 122, primer y segundo párrafos, 124 y 133, *ab initio*, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es el federal, el local o estatal, el Municipal, el del Distrito Federal y el constitucional.

Pero como yo entiendo el tema, este principio sería inacabado, y creo que no bastaba quedarse ahí, ¿por qué?, pues porque es necesario plantear la siguiente pregunta: ¿Qué pasará en aquellos asuntos en los que nos encontremos ante una antinomia de dos disposiciones que pertenecen al mismo ámbito de competencia? Quizás, podríamos pensar que cada Juez o tribunal tendrá que resolver este nuevo problema de conformidad con los principios de interpretación que corresponda, y pienso que sí puede ser esa una salida jurídica, sin embargo, hago el cuestionamiento siguiente: ¿qué no sería constitucionalmente conveniente que el Tribunal Pleno hubiera marcado las pautas para resolver incluso este otro tipo de problemas que se pueden presentar? ¿Qué no hubiera sido conveniente que hiciéramos un desarrollo de efecto útil de la Constitución sobre este tema? Me parece que sí.

Entonces, la propuesta hubiera sido de mayor desarrollo y alcance constitucional, si se hubiera dicho lo siguiente:

La primera regla para resolver este tipo de conflictos es la aplicación preferencial por especialidad competencial, sobre todo, tomando en cuenta que no en todos los asuntos de este tipo deben estar necesariamente involucradas cuestiones de constitucionalidad.

De esa forma, la solución a cada caso quedaría supeditada por variables propias del asunto y del contenido específico de cada una de las normas en hipótesis de antinomia, así como en los objetos propios de los cuerpos normativos a que éstas pertenecen, a partir, entre otros, de los siguientes criterios:

- a. La mayor especialidad normativa, ya sea por los sujetos destinatarios de la norma o por la materia de la propia norma.
- b. El origen temporal de la norma.
- c. El mayor beneficio para el destinatario de la norma.
- d. La mayor limitación a la intervención del Estado, en relación con la actividad de los particulares.
- e. Los principios específicos que rige la materia en la que se presenta el conflicto (fiscal, penal, civil, laboral, etcétera)
- f. La posible derogación parcial o relativa de una norma por virtud de la otra.

La segunda regla operaría adoptando la existencia de un bloque constitucional, de modo que cuando se encuentren

en conflicto normas que incluso pertenecen al mismo sistema competencial normativo, debe prevalecer sólo para el caso concreto aquella que desarrolle o concretice no sólo un derecho fundamental, sino cualquier principio de la norma constitucional, pues de esa manera se logra darle una irradiación superior a las disposiciones fundamentales con el objeto de propiciar una Constitución total que amplíe los parámetros de constitucionalidad.

Finalmente, no quiero dejar de lado que la decisión de la mayoría, en el sentido de declarar la superioridad jerárquica de los tratados, establece un modelo que, respetuosamente, me parece inaceptable desde la perspectiva de protección a los derechos fundamentales, ya que su aplicación va a implicar que ante un conflicto de normas, siempre se opte por la aplicación del tratado, aun cuando en leyes secundarias estén salvaguardados principios *pro homine*; esto es, con la aplicación del criterio sustentado por la mayoría, ante un conflicto normativo entre un tratado y otra disposición secundaria, las últimas son desplazadas de antemano, no obstante que en ellas se desarrolle o concretice un derecho fundamental, con lo cual se corre el riesgo de que en nuestro sistema jurídico subsistan por encima de tales derechos, principios económicos, comerciales o de cualquier otro tipo, lo cual genera un criterio que no puedo compartir.