

*Juan Manuel Saldaña Pérez\**

---

## **Tratados en México y Agreements en los Estados Unidos**

**SUMARIO:** I. Introducción. II. La naturaleza jurídica de los Tratados y su asimilación en el sistema jurídico de los Estados Unidos. III. Criterio mexicano respecto a la supremacía de Leyes y Tratados. IV. Conclusiones. V. Bibliografía

### **I. Introducción**

Hoy por hoy, la mayoría de las disposiciones que regulan el comercio exterior de México con el resto del mundo, están previstas en Tratados, en algunos casos, estas disposiciones se han incorporado a las leyes nacionales mediante la figura de la “codificación”, ya sea en razón de que: en el propio Tratado se establece la obligación de reformar las leyes internas; se considera conveniente incorporar en una ley las disposiciones de mayor relevancia de un Tratado, con el propósito de facilitar su conocimiento y aplicación; o bien, para dar cumplimiento a resoluciones o laudos de paneles o tribunales arbitrales, al resolver conflictos sobre reformas legislativas, esto es, como resultado del denominado “arbitraje legislativo”.

Es importante señalar que la materia de comercio exterior es muy amplia, no solo incluye el comercio de bienes, ya que comprende áreas de importancia fundamental para la economía nacional, como el comercio de servicios, la propiedad industrial y la inversión extranjera, entre otras.

A quince años de vigencia del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), más del ochenta por ciento del intercambio comercial externo de México se lleva a cabo con Estados Unidos, razón por la que se han realizado infinidad de estudios sobre las ventajas y desventajas del mismo, desde el ámbi-

\* Director del Seminario de Estudios sobre el Comercio Exterior de la Facultad de Derecho de la UNAM.

to cultural, hasta la solución de diferencias y la ciencia económica, principalmente. Sin embargo, son muy escasos los trabajos que analizan con profundidad el TLCAN desde el ámbito estrictamente legal, particularmente su naturaleza jurídica y consecuencias legales de su implementación, tanto en el derecho mexicano como en el derecho norteamericano. Desde mi personal punto de vista, es indispensable analizar la naturaleza jurídica de los instrumentos legales utilizados por ambos países para adquirir compromisos a nivel internacional, el método utilizado (directo o indirecto) para la incorporación de la norma de derecho internacional al derecho interno, y su jerarquía en el sistema normativo.

## **II. La naturaleza jurídica de los Tratados y su asimilación en el sistema jurídico de los Estados Unidos**

A nivel internacional, México se obliga mediante el Tratado, sin embargo los Estados Unidos, en la mayoría de las ocasiones se obligan a través de los denominados Acuerdos (*Agreements*), la diferencia entre ambos instrumentos es de carácter sustantivo y no solo en cuanto a su denominación, razón por la cual en este trabajo analizaremos ambas figuras, tanto en el aspecto del derecho internacional como del derecho interno mexicano y estadounidense. Se estudiará la relación entre el derecho interno y el derecho internacional, conforme a las principales teorías, y se precisará la ubicación de los Tratados en el contexto de las fuentes del derecho internacional y los principios que los rigen, previstos en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (Convención o Convención de Viena). Igualmente, analizaremos la jerarquía de los tratados conforme al artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución), y haremos un estudio comparativo entre los Tratados en México y los *Agreements* en los Estados Unidos, a efecto de evidenciar el desequilibrio existente en cuanto al nivel de compromiso asumido entre ambos países, situación que coloca a México en un plano de desventaja, y expondremos algunos problemas legales que a nuestro juicio se presentan en la implementación o aplicación de los Tratados en México.

Las Teorías Monistas y Dualistas estudian la relación existente entre el derecho internacional e interno. Las teorías dualistas también conocidas como pluralistas sostienen que las normas del derecho internacional e interno existen separadamente y no generan efectos las unas sobre las otras, ni se contraponen entre si.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Shaw, Malcolm N., *International Law*, 3a. Ed. England, Grotius Publications LTD, 1991, p.102.

La fuente del derecho interno es la voluntad del Estado exclusivamente, en tanto que la del derecho internacional es la voluntad común de varios Estados. El derecho interno es el producto unilateral del proceso legislativo del Estado, mientras que el derecho internacional público genera su norma por la voluntad común de los Estados.

Las teorías monistas se clasifican en: internacionalistas e internistas. Las primeras aluden a la supremacía del derecho internacional con base en los postulados de Kelsen, conforme a los cuales la norma originaria es la base de todo el derecho que afirma la unidad del mismo. El derecho interno y el internacional no son dos sistemas jurídicos diferentes, sino más bien dos partes de un sistema general único, en donde el derecho interno se encuentra subordinado al derecho internacional. En tanto que las segundas sostienen que la voluntad del Estado es suficiente para crear el derecho internacional, el cual se concibe como una especie de derecho estatal exterior, por ende subordinado al derecho interno.

Conforme a lo establecido en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, los Tratados son una de las principales fuentes del derecho internacional, que contienen las reglas que rigen las relaciones entre Estados a nivel mundial y están regulados en la Convención de Viena, la cual en su artículo 2 establece:

Se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos, cualquiera que sea su denominación particular.

Los Tratados tienen diferentes denominaciones que son utilizadas como sinónimos, tales como: Convención, Acuerdo internacional, Pacto, Declaración, Convenio y Conferencia, entre otros, términos que refieren a una transacción similar, concerniente a un acuerdo de voluntades por escrito, celebrado entre estados, conforme al derecho internacional.

Los Tratados se dividen en “tratados creadores de leyes”, que son de aplicación universal o general, y los “tratados contratos” que se aplican únicamente entre dos estados o un número reducido de estados. Los primeros prescriben reglas de conducta obligatorias o normas de costumbre internacional de obligatoriedad general y requieren de la participación de gran número de estados, tal es el caso de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 o parcialmente la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, entre otros.<sup>2</sup> Cuando un Tratado contiene normas consuetudinarias, su obligatoriedad no radi-

<sup>2</sup> *Ibidem.*, pp. 81 y 561.

ca en el Tratado sino en la costumbre internacional, por lo que la validez de estas normas continua aun cuando se de por terminado el Tratado.<sup>3</sup>

El principio fundamental del derecho de los tratados y el más antiguo del derecho internacional es el *pacta sunt servanda*, reafirmado en el artículo 26 de la Convención de Viena, que a la letra dice: “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

En la Convención de Viena también se establece la “supremacía del derecho internacional respecto al derecho interno”, ya que por regla general cuando existe contradicción entre un Tratado y una norma de derecho interno, debe prevalecer el Tratado. En éste orden de ideas, el artículo 27 de la propia Convención reconoce la teoría monista internacionalista, al señalar: “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”.

La Convención de Viena “ha adoptado una posición ecléctica, toma como punto de partida la escuela internacionalista, es decir la hipótesis inicial es la validez internacional del tratado aun cuando se hayan infringido disposiciones constitucionales”.<sup>4</sup> En efecto, la Convención establece que los Tratados internacionales tienen una mayor jerarquía que el derecho interno, incluso que las normas de carácter constitucional.

La Convención de Viena solamente establece un supuesto de excepción en el que prevalece la Constitución sobre el Tratado, pudiéndose invocar violación a una norma interna de “importancia fundamental” como causal de nulidad de un Tratado y, en consecuencia, una justificación para su no cumplimiento, conforme a lo previsto en su artículo 46, que a la letra dice:

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación a una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos

<sup>3</sup> Un Estado tiene el deber de cumplir sus obligaciones conforme al derecho internacional, independientemente de la existencia de un tratado. Véase, artículo 43 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969.

<sup>4</sup> “Esta posición se basa en que el Derecho Internacional deja al Derecho Interno el determinar los órganos por los cuales se forma y expresa la voluntad del Estado de obligarse por un tratado. El Derecho Internacional debe tomar en cuenta solamente la manifestación externa de esa voluntad, ya que todos los Estados que participan en la negociación de un tratado deben presumir que cada uno de ellos ha cumplido o cumplirá con sus constituciones”. García Moreno, Víctor Carlos, *Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969)*, México, 1995, s/p., p. 60.

que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.

Por regla general un Tratado tiene mayor jerarquía que una norma de derecho interno, incluso que una norma constitucional, excepto en el supuesto en que se cumplan las siguientes condiciones:

- Que se alegue violación a una norma de importancia fundamental, esto es, de carácter constitucional.
- Que la violación implique un vicio en el consentimiento de un Estado en obligarse por un Tratado
- Que el vicio en el consentimiento se refiera a la falta de competencia de la persona para celebrar Tratado
- Que el vicio en el consentimiento sea obvio, manifiesto; lo que significa que un individuo común y corriente, sin ser perito en derecho, se podrá dar cuenta que el Tratado viola a una norma de “importancia fundamental”, esto es, de carácter constitucional.

La violación de una disposición de derecho interno “concerniente a la competencia para celebrar tratados” abarca la competencia tanto formal como material. Al respecto Waldock señala que “Las restricciones constitucionales a la competencia del Ejecutivo para celebrar tratados, no se limita a las disposiciones procesales relativas a la capacidad de concluirlos, sino que pueden también resultar de disposiciones de fondo incorporadas en la Constitución. No obstante, aun cuando exista una violación constitucional manifiesta, un Estado puede perder el derecho de invocar esta cláusula, cuando haya convenido expresamente que el Tratado es válido o se ha comportado de tal manera que debe considerarse que ha dado su aquiescencia a la validez del Tratado.”<sup>5</sup>

El artículo 133 de la Constitución contiene el principio de supremacía constitucional y la jerarquía normativa. Para su estudio es necesario analizar sus antecedentes en las diferentes constituciones. El artículo 132 (actualmente 133) de la Constitución de 1917 tiene su origen en el artículo 126 de la Constitución de 1857, el cual a su vez se adoptó de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 que a la letra dice:

<sup>5</sup> *Ibidem* p.62.

Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado.<sup>6</sup>

Al igual que en la constitución estadounidense, el artículo 126 de la Constitución de 1857 establecía el principio de supremacía constitucional, en los siguientes términos:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el presidente de la República, con la aprobación del Congreso, serán la ley suprema de toda la Unión, los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las disposiciones o leyes de los Estados.<sup>7</sup>

El texto original del artículo 133 de la Constitución de 1917 señalaba lo siguiente:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, todos los tratados hechos y que se hicieren por el presidente de la República, con la aprobación del Congreso, serán 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 Estado.

El artículo 133 ha sido reformado en una ocasión, en el año de 1934, cuando se realizaron tres cambios al texto, dos de forma y uno de fondo, para quedar como se encuentra actualmente:

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.

<sup>6</sup> Article VI, Section 2, *The Constitution of The United States of America*, 1787.

<sup>7</sup> Patiño Manffer, Ruperto, *Comentarios al Artículo 133, Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, Porrúa, México, 2000, p.1176.

Los cambios de forma mejoran el estilo del texto al sustituir los vocablos “hechos y que se hicieren” por “celebrados y que se celebren” y precisar que los Tratados deben “estar de acuerdo con” la Constitución,<sup>8</sup> y la reforma de fondo es de gran trascendencia, pues concedió al Senado la función de aprobar los Tratados, en sustitución del Congreso, lo cual implica una serie de problemas que más adelante se plantearan, por lo que resulta necesario conocer los antecedentes y, en su caso, las razones que lo justifican.

La Constitución de 1824 estableció un Poder legislativo bicameral que sigue el modelo americano, conforme al cual el Congreso se integra por una Cámara de diputados y otra de senadores, y otorgó al Senado la facultad de aprobar los Tratados celebrados por el Presidente.<sup>9</sup> La Constitución de 1857 instaura en su modelo original un sistema unicameral que desaparece al Senado y concede al Congreso la facultad de aprobar los Tratados. Después, en 1874 se restablece el sistema bicameral y aún cuando se reinstala el Senado, el Congreso continúa teniendo la facultad de aprobar los Tratados.<sup>10</sup> En la Constitución de 1917 se confirma la facultad del Congreso para aprobar Tratados, sin embargo en el año de 1934, sin existir algún razonamiento ni justificación, se modificó el texto del artículo 117 para conferir al Senado la facultad de aprobar los Tratados firmados por el Presidente de la República.

Todas las constituciones mexicanas han consignado el “principio de supremacía constitucional, conforme al cual “la Constitución es la ley suprema, es la norma cúspide de todo el orden jurídico, es el alma y la savia que nutre y vivifica el derecho, es la base de todas las instituciones y el ideario de un pueblo”.<sup>11</sup> Tanto la Constitución como las leyes del Congreso y los Tratados que emanen de ella y estén de acuerdo con la misma, tienen el carácter de ley suprema. Sobre el particular, en la práctica se han presentado, entre otros los siguientes cues-

<sup>8</sup> En la sección 2 del artículo 6 de la Constitución norteamericana “se asentó este principio por la circunstancia histórica de que los estados integrantes de la federación habían vivido libres y era necesario lograr la unión y la unidad indispensable en un orden jurídico.” Carpizo Mc Gregor, Jorge, *Estudios Constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 1996, p. 5

<sup>9</sup> Article II, Section 2, *The Constitution of The United States of America*.

<sup>10</sup> El Senado se restablece bajo la presidencia de Lerdo de Tejada quien formula la siguiente consideración: “en una República Federal sirvan las dos Cámaras para combinar en el Poder Legislativo, el elemento popular y el elemento federativo (ya que)... la experiencia y la práctica de negocios de los miembros de una Cámara ... (sirve) ... (para que) ... modere convenientemente en casos graves algún impulso excesivo de acción en la otra”. Véase Pereznieta Castro, Leonel, “Relaciones Internacionales”, *Los Tratados Internacionales en el sistema jurídico: elementos para su discusión*, Coordinación de Relaciones Internacionales – Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, No. 61, enero-marzo, 1994, p. 87.

<sup>11</sup> Carpizo Mc. Gregor, Jorge, *op. cit.*, p. 1.

tionamientos: en caso de contradicción entre una Ley Federal y un Tratado, ¿cual prevalece?; y si la forma de incorporación o recepción de la norma de un Tratado al orden jurídico mexicano, ¿es directa o indirecta?

En relación al nivel jerárquico de un Tratado respecto a una Ley Federal, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Suprema Corte) se ha pronunciado en dos sentidos: el primero alude a que un Tratado no tiene mayor jerarquía que una Ley Federal ni viceversa, pues ambos tienen el mismo rango después de la Constitución, en tanto que el segundo se pronuncia en sentido de que el Tratado tiene un rango superior a la Ley Federal, al tenor de las siguientes consideraciones:

LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUIA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional.<sup>12</sup>

TRATADOS INTERNACIONALES. EL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL, ÚLTIMA PARTE, NO ESTABLECE SU OBSERVANCIA PREFERENTE SOBRE LAS LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La última parte del artículo 133 constitucional establece el principio de la supremacía de la Constitución Federal de las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y de los tratados celebrados y que se celebren por el Presidente de la República con aprobación del Senado, respecto de las constituciones y leyes de los Estados que forman la unión, y no la aplicación preferente de las disposiciones contenidas en los tratados, respecto de lo dispuesto por las leyes del Congreso de la Unión que emanen de la Constitución Federal. Es pues, una regla de conflicto a que deben sujetarse las autoridades mexicanas, pero conforme a la misma no puede establecerse que los tratados sean de mayor obligación legal que las leyes del Congreso.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 60, Diciembre de 1992, Tesis P.C/92, p. 27.

<sup>13</sup> Séptima Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 151-156, Sexta Parte, p. 195.

TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN EMANADAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUÍA. El artículo 133 constitucional no establece preferencia alguna entre las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, puesto que el apuntado dispositivo legal no propugna la tesis de la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno, sino que adopta la regla de que el derecho internacional es parte del nacional, ya que si bien reconoce la fuerza obligatoria de los tratados, no da a éstos un rango superior a las leyes del Congreso de la Unión emanadas de esa Constitución, sino que el rango que les confiere a unos y otras es el mismo.<sup>14</sup>

La Suprema Corte, en las referidas tesis declaró la existencia de un plano de igualdad jerárquica entre Tratados y Leyes Federales, dejando al juzgador la facultad de decidir la jerarquía normativa, en cada caso. En 1999, la Suprema Corte emitió un nuevo criterio que difiere del anterior, al otorgar a los Tratados un rango superior a las Leyes Federales, el cual ha confirmado mediante diversas tesis.

TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de las normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión.." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada con el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión, y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, dentro de ellas destacan las siguientes: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana y con la existencia de "leyes constitucionales", y la de que será ley suprema la que sea cali-

<sup>14</sup> Séptima Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 151-156, Sexta Parte, p. 196.

ficada de constitucional. No obstante, esta diversidad de criterios, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas, el que por medio de su ratificación obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado sino que por mandato expreso del propio artículo 133, el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente que para otros efectos, esta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior la interpretación del artículo 133, lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados". No se pierde de vista que en la anterior conformación este máximo tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P.C/92 publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, en la página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA." sin embargo, este Tribunal en Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considerara la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.<sup>15</sup>

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

15 Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, X, Noviembre de 1999, Tesis: P.LXXVII/99, p. 4.

del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental del derecho internacional consuetudinario “*pacta sunt servanda*”, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional.<sup>16</sup>

Consideramos que el último criterio de la Suprema Corte es erróneo, por diversas razones. En la práctica un Tratado (celebrado por el ejecutivo y aprobado por el Senado) puede tener efectos derogatorios sobre una Ley Federal (aprobada por el Congreso) emitida con anterioridad. En otros casos, un Tratado puede privar de sus efectos o de su aplicación a una Ley Federal posterior al mismo, lo cual contraviene el principio de *Lex posterior derogat priori*, por lo que podría darse el caso en que la Ley Federal nazca “derogada o abrogada”, si contraviene un Tratado.

Además, esta postura coloca al Estado mexicano en un plano de desventaja respecto al alcance de las obligaciones contraídas con otros estados, como es el caso de los Estados Unidos, que adquiere la mayoría sus compromisos a nivel internacional, mediante los denominados “*Congressional Executive Agreements*” (CEA) y no a través de *Treaties*. La diferencia entre ambos instrumentos no es de simple denominación sino de carácter sustantivo, pues desde nuestra personal opinión los CEA no cumplen los principios fundamentales del derecho de los tratados contenidos en la Convención de Viena, tales como el de *pacta sunt servanda* y el de *supremacía de los tratados internacionales*, respecto al derecho interno.

<sup>16</sup> Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXV*, Abril de 2007, Tesis: P. IX/2007, p. 6.

### III. Criterio mexicano respecto a la supremacía de Leyes y Tratados

En México, actualmente no hay un criterio obligatorio respecto a la supremacía del Tratado respecto a la Ley Federal, ya que no existe jurisprudencia sobre el particular, aún cuando la práctica y los más recientes criterios de la Suprema Corte han sido en el sentido de cumplir los Tratados.

La interpretación que en el futuro haga la Suprema Corte del artículo 133 debe tener en cuenta la realidad internacional, a efecto alcanzar un mayor equilibrio en los compromisos adquiridos por México con los demás países, principalmente respecto a aquellos con los cuales se tiene mayor relación, como es el caso de los Estados Unidos.

Además, se debe considerar que todos los Tratados suscritos por México antes de 1999, se celebraron con base en el criterio sustentado en ese momento por la Suprema Corte, en el sentido que los Tratados no tienen mayor jerarquía que las leyes federales o tienen igual jerarquía.

En el momento en que México celebró la mayoría de los Tratados de importancia fundamental, sobre diferentes materias, entre las que destaca el comercio internacional (Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y el TLCAN) el criterio de la Suprema Corte no concedía mayor jerarquía a las Leyes Federales respecto a los Tratados, pues los consideraba de igual nivel, y bajo este criterio han convenido con México todas las partes de los Tratados suscritos antes de 1999, por lo que no existe razón para que de manera unilateral, México les otorgue mayores beneficios, estableciendo una mayor jerarquía a los Tratados respecto a las Leyes Federales.

El restituir al Congreso su facultad original de aprobar Tratados, tendría las siguientes ventajas: eliminar la existencia de Tratados aprobados por el Senado, relativos a materias reservadas al Congreso, y evitar que mediante un Tratado firmado por el Ejecutivo y aprobado por el Senado se derogue una ley aprobada por el Congreso. Hay quienes opinan que al tener el Congreso la facultad de crear Leyes y aprobar Tratados, le brindaría un conocimiento profundo de ambos ordenamientos y con esto el Congreso no aprobaría Tratados contradictorios o incompatibles con Leyes Federales, sin embargo, desde nuestra personal opinión, ésta postura es simplista e incorrecta, puesto que para ello se requiere que los legisladores sean peritos en derecho, tengan conocimiento del contenido de todas las leyes y, en consecuencia formulen leyes perfectas, lo cual en la realidad no sucede. Además, en el supuesto de que el Congreso realizará un trabajo perfecto al aprobar Tratados que no contravengan Leyes Federales, el problema de jerarquía normativa persistiría respecto a todos los Tratados suscritos con anterioridad.

Recientemente, otros proponen que la jerarquía normativa se determine en función de la materia que regula el Tratado, de tal suerte que un Tratado sobre Derechos Humanos debe tener mayor jerarquía que una Ley Federal e incluso que la propia Constitución. Consideramos que esta postura es equivocada ya que hasta la fecha no se ha determinado lo que comprenden “Derechos Humanos”; no existe un catálogo de estos, en consecuencia, un gobierno extranjero u organización internacional, podría valerse de cualquier pretexto con un trasfondo político para ejercer presión al gobierno mexicano, por lo que subordinar la Constitución a un Tratado, conlleva una gran pérdida de soberanía.

Es necesario aclarar si un Tratado firmado por el Presidente de la República, aprobado por el Senado, que está de acuerdo a la Constitución y publicado en el Diario Oficial de la Federación, es de cumplimiento obligatorio en el ámbito jurídico interno de México, o por el contrario la norma del Tratado debe incorporarse en una Ley que emita el Congreso para que sea de observancia general en territorio nacional. Sobre lo particular, algunos jueces consideran que en México los Tratados (Acuerdos multilaterales de la OMC) son de carácter “heteroaplicativo” y, en consecuencia una autoridad como la Secretaría de Economía no puede fundamentar en estos, una resolución. Además, argumentan que en los Tratados “heteroaplicativos” el Estado mexicano se obliga a adoptar las medidas necesarias para su cumplimiento, esto es, emitir las leyes y reglamentos que establezcan directamente derechos y obligaciones a los particulares y facultades y deberes a las autoridades, y estos Tratados sirven para interpretar las leyes y reglamentos.

Para opinar al respecto, es conveniente precisar cual es el método de recepción o incorporación de la norma internacional (tratados) en el derecho interno mexicano. Conforme a las teorías “dualistas” el derecho internacional y el derecho interno tienen fuentes distintas y regulan relaciones diversas. El derecho internacional (público) regula relaciones entre Estados (sujetos de derecho internacional), en tanto que el derecho interno rige relaciones entre individuos o entre éstos y el Estado. En consecuencia, para los dualistas las normas internacionales son irrelevantes en el derecho nacional,<sup>17</sup> por lo que para que tengan validez en el ámbito interno requieren de una acción del Estado (una ley). El dualismo adopta la forma “indirecta” de incorporación o adopción del derecho internacional al derecho interno, tal es el caso de los Estados Unidos.

En un sistema dualista un Tratado es parte de un sistema legal separado de la ley interna (por eso se llama sistema “dual”). Un Tratado no es parte de la ley

<sup>17</sup> Pastor Ridruejo, José A, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, España, Editorial Tecnos, 1996, p. 194.

interna, al menos no directamente, por lo que debe haber un acto de transformación, mediante una acción del Estado que incorpora la norma del Tratado a su ley interna.<sup>18</sup>

Siguiendo a Kelsen, las teorías “monistas” sostienen la unidad esencial de todos los ordenamientos jurídicos, por lo que todas las normas jurídicas derivan su validez y fuerza de normas superiores, hasta llegar a la norma fundamental, que puede ser de derecho interno o de derecho internacional, dependiendo de factores éticos o políticos.<sup>19</sup> Estas teorías reconocen la validez de los Tratados, por lo que éstos forman parte del orden jurídico interno o nacional, sin que se requiera la existencia de una acción posterior del Estado. El monismo adopta la forma “directa” de incorporación o recepción del derecho internacional al derecho interno.

Las teorías monistas se dividen a su vez en: “monistas internistas” que consideran que el derecho interno es superior al derecho internacional, y en “monistas internacionalistas” que sostienen que el derecho interno está subordinado al derecho internacional.

El derecho internacional no adopta una postura respecto a la forma de recepción o incorporación de la norma internacional al derecho interno, por lo que cada Estado debe decidir si el cumplimiento de un Tratado requiere de un acto de recepción. Independientemente del método (directo o indirecto) de incorporación de la norma internacional al derecho interno que un sistema jurídico adopte, el Estado debe cumplir con el principio *pacta sunt servanda* establecido en la Convención de Viena.

Conforme a lo establecido en el artículo 133 de la Constitución, los Tratados celebrados por el Presidente de la República, aprobados por el Senado, que estén de acuerdo a la constitución y publicados en el Diario Oficial de la Federación, son ley suprema de toda la unión y de cumplimiento obligatorio el territorio nacional. En ningún ordenamiento jurídico se establece algún requisito adicional a los señalados, por lo que es claro que México adopta el método directo de incorporación de la norma internacional al derecho interno.

No obstante, algunos jueces sostienen que en el derecho mexicano existen los denominados Tratados “heteroaplicativos”, en los cuales una autoridad no puede fundar sus actos, por lo que requieren de una “ley” para que tengan validez en México y, en su caso, un Tratado “heteroaplicativo” sirve para interpretar la ley. Obviamente estos juzgadores no aluden al momento en que deba promo-

<sup>18</sup> Jackson, John H., “Status of Treaties in Domestic Legal Systems a Policy Analysis”, *The American Journal of International Law*, Published by The American Society of International Law, Vol. 86, No. 2, April 1992, pp. 314 y 315.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 195.

verse el juicio de amparo, por lo que consideramos que más bien se refieren a que los Tratados son de aplicación indirecta (de efectividad no “automática”). En otras palabras, equivocadamente consideran que la forma de recepción o incorporación de un Tratado en el derecho interno mexicano es “indirecta”, y que se requiere de una ley emitida por el Congreso, para que tenga validez en territorio nacional, lo que contraviene no solo el artículo 133 de la Constitución sino también “todos” los criterios emitidos por la Suprema Corte sobre la jerarquía de los Tratados, en donde no se establece el requisito de un acto legislativo que incorpore la norma del Tratado al derecho interno.

El artículo II, sección 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América, contiene la llamada “*Treaty Clause*”, al señalar que el Presidente puede firmar tratados con la aprobación de dos terceras partes del Senado, en los siguientes términos:

Tendrá facultad, con el consejo y consentimiento del Senado, para celebrar *tratados*, con tal de que den su anuencia dos tercios de los senadores presentes, y propondrá y, con el consejo y consentimiento del Senado, nombrará a los embajadores....

El texto constitucional establece de manera expresa que el Tratado es el medio de realizar acuerdos internacionales, sin embargo, en la práctica del derecho norteamericano se ha reconocido la validez de “acuerdos” distintos a los Tratados, entre los que se encuentran los *Congressional Executive Agreements* (CEA), así como una autorización implícita del Ejecutivo para celebrarlos. La Constitución norteamericana no hace mención a los CEA, sin embargo, se justifica su validez con base en una interpretación del Artículo I, Sección 10 de la propia Constitución, que establece una prohibición para que los Estados puedan participar en cualquier “*agreement or compact*”, en los siguientes términos:

Sin dicho consentimiento del Congreso ningún Estado podrá establecer derechos de tonelaje, mantener tropas o navíos de guerra en tiempos de paz, celebrar *convenio o pacto* alguno con otro Estado o con una potencia extranjera, o hacer la guerra,...

En este orden de ideas, de la interpretación de este texto se ha concluido que el Tratado no es el único instrumento mediante el cual se pueden celebrar compromisos internacionales, pues hay otros como los CEA que requieren de la aprobación del Congreso.

Esta interpretación y por ende la constitucionalidad de los CEA, ha sido cuestionada conforme al derecho norteamericano, sin embargo, las Cortes nor-

teamericanas no los han declarado inconstitucionales. Además, en dicho país existe una amplia aceptación de la *theory of interchangeability*, conforme a la cual los CEA pueden sustituir o reemplazar por completo a los Tratados, pues se utilizan en lugar de los Tratados y viceversa. Mediante este instrumento el Presidente puede fácilmente evitar la “*Treaty Clause*” remitiendo sus acuerdos internacionales como leyes (*statutes*) a la aprobación de la mayoría simple del Congreso, en lugar de la aprobación de dos terceras partes del Senado, tal es el caso de los CEA.

En la mayoría de las ocasiones los Estados Unidos se obligan a nivel internacional mediante los denominados CEA.<sup>20</sup> A partir de la Segunda Guerra Mundial más del 90 por ciento de sus compromisos internacionales han adoptado la forma de CEA, los cuales han sustituido casi por completo a los Tratados, tal es el caso del TLCAN y la OMC, entre otros.<sup>21</sup>

#### IV. Conclusiones

Consideramos que la diferencia entre los Tratados suscritos por México y los CEA de los Estados Unidos no es solo en cuanto a denominación sino de carácter sustantivo que afecta negativamente a nuestro país, por las siguientes que razones.

Los CEA son de de aplicación indirecta, por lo que requieren de un acto de transformación a través del cual el Estado incorpora la norma del CEA a su ley doméstica o nacional, mediante una *implementation act*, emitida por el Congreso,

<sup>20</sup> Dentro de la categoría de ECA, existen tres tipos: 1) El Congreso extiende autorización previa al Presidente para que realice acuerdos con otras naciones respecto alguna materia en particular, por ejemplo respecto a correos; 2) El Congreso puede legislar en materia de relaciones exteriores, sin embargo, el Presidente tiene que constatar la realización de hechos antes de que la ley entre en vigor, por ejemplo el Congreso determina la reducción de aranceles respecto a los bienes de un país, cuando el Presidente remita informe que constate la reducción de aranceles a los productos norteamericanos. En este caso el Presidente tendrá que negociar con el otro país la reducción recíproca de los aranceles; y 3) El Presidente negocia un acuerdo internacional y posteriormente busca la aprobación del Congreso mediante una *implementation act*. A diferencia de los otros dos tipos de CEA, éste no implica una delegación de facultades del Congreso al Presidente, pues su finalidad es reemplazar el proceso de creación de tratados por el de creación de leyes. Yoo, John C., “Laws as Treaties?: The Constitutionality of Congressional Executive Agreements”, *Michigan Law Review*, USA, Vol. 99:757, february 2001, p. 759.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 766.

el cual interpreta y clarifica el texto del Tratado. En cambio el tratado firmado por México es aplicación directa, por lo que forma parte del derecho mexicano, conforme a lo previsto en el artículo 133 de la Constitución.

Con base en la llamada *Grand father clause* o Cláusula de anterioridad, los CEA tienen una jerarquía inferior a una Ley Federal anterior, por lo que en caso de conflicto entre ambos, prevalece la Ley Federal.<sup>22</sup> En México no existe un criterio obligatorio, sin embargo, las últimas tesis de la Suprema Corte han determinado que en caso de conflicto entre un Tratado y una Ley Federal, prevalece el Tratado.

A nivel interno, en los Estados Unidos lo que obliga es el texto de la *imple- mentation act* y no el texto del instrumento internacional acordado con los demás Estados. En cambio México cumple sus compromisos internacionales de buena fe con estricto apego al principio *pacta sunt servanda*, consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena, pues a nivel interno obliga el texto del Tratado y cualquier autoridad puede fundar su acto en este.

Existe una evidente asimetría o inequidad en el nivel de compromiso adquirido por México mediante un Tratado y por los Estados Unidos a través de un CEA, la cual tiene su origen en la forma de incorporación de la norma internacional (Tratado) al derecho interno y en la jerarquía que se atribuye a estos respecto al derecho nacional.

En un sistema dualista como el de los Estados Unidos los Tratados son parte de un sistema legal separado de la ley interna (por eso se llama sistema “dual”). Un Tratado no pasa a formar parte de ley interna de manera “directa”, pues debe haber un acto de transformación, mediante una acción del Estado que incorpore la norma del tratado a su ley interna.<sup>23</sup> En tanto que en un sistema monista los Tratados son parte de la ley nacional, por lo que son de aplicación directa.

Por lo anterior, consideramos que la Suprema Corte debe adoptar el criterio anterior, existente al momento de la firma de la mayoría de los Tratados, conforme al cual no tienen mayor jerarquía que las Leyes Federales, o son de igual rango, por lo que el juez en cada caso tendrá que decidir y justificar la norma aplicable.

Otra alternativa, consiste en condicionar la jerarquía de un Tratado al principio de “reciprocidad” internacional, tal como lo establece el artículo 55 de la Constitución francesa que establece una jerarquía superior para los Tratados respecto a cualquier ley anterior, condicionada en cada caso a la reciprocidad de

<sup>22</sup> Los tribunales de los Estados Unidos suelen dar preferencia a las leyes dictadas por el Congreso que resulten inconsistentes o contrarias a tratados o a acuerdos ejecutivos previos, aún cuando con ello resulte una violación de obligaciones derivadas del derecho internacional.

<sup>23</sup> Jackson, John H., *op. cit.*, pp. 314 y 315.

la otra parte, en los siguientes términos: “Los tratados y acuerdos ratificados o aprobados tendrán, desde el momento de su publicación, una autoridad superior a la de las leyes, a reserva, para cada acuerdo o tratado de su aplicación por la otra parte.”<sup>24</sup>

## V. Bibliografía

- Carpizo Mc Gregor, Jorge, *Estudios Constitucionales*, México, Porrúa-UNAM, 1996.  
Constitución de la República Francesa.
- García Martínez Manuel. Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 60, Diciembre de 1992, Tesis P.C/92.
- García Moreno, Víctor Carlos, *Derecho de los Tratados (Convención de Viena de 1969)*, México, 1995,
- Jackson, John H., “Status of Treaties in Domestic Legal Systems a Policy Analysis”, *The American Journal of International Law*, Published by The American Society of International Law, Vol. 86, No. 2, April 1992.
- Novena Época, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, X, Noviembre de 1999, Tesis: P.LXXVII/99.
- Pastor Ridruejo, José A, *Curso de Derecho Internacional Público y Organizaciones Internacionales*, España, Editorial Tecnos, 1996.
- Patiño Manffer, Ruperto, Comentarios al Artículo 133, *Derechos del Pueblo Mexicano. México a través de sus Constituciones*, Porrúa, México, 2000.
- Pereznieto Castro, Leonel, “Relaciones Internacionales”, *Los Tratados Internacionales en el sistema jurídico: elementos para su discusión*, Coordinación de Relaciones Internacionales – Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, No. 61, enero-marzo, 1994.
- Séptima Época, Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo 151-156, Sexta Parte.
- Shaw, Malcolm N., *International Law*, 3a. ed., England, Grotius Publications LTD., 1991,
- The Constitution of The United States of America*, 1787.
- Yoo, John C., “Laws as Treaties? The Constitutionality of Congressional Executive Agreements”, *Michigan Law Review*, USA, Vol. 99:757, february 2001.

<sup>24</sup> Constitución de la República Francesa.