

# EL PODER DE CELEBRAR TRATADOS INTERNACIONALES Y LA DIVISIÓN DE COMPETENCIAS DEL SISTEMA FEDERAL MEXICANO

José María SERNA DE LA GARZA

SUMARIO: I. *Forma federal de Estado y globalización.* II. *Jerarquía de normas y distribución de competencias: los tratados internacionales y las leyes locales.* III. *La relación entre los artículos 124 y 133 constitucionales: una propuesta.* IV. *Conclusiones.*

## I. FORMA FEDERAL DE ESTADO Y GLOBALIZACIÓN

Los Estados modernos experimentan en la actualidad los efectos de la erosión progresiva de la pretendida diferencia estricta entre “asuntos internos” y “asuntos externos”. La globalización ha llevado a que esferas anteriormente consideradas de interés exclusivamente “doméstico”, sean en la actualidad áreas de interés global, potencialmente regulables por fuentes del derecho internacional.

Un ejemplo de ello es el área de los derechos humanos. Si en alguna época se llegó a considerar que la forma en que los Estados trataban a sus nacionales era una cuestión que concernía a la jurisdicción exclusiva de cada Estado, a partir de la Segunda Guerra Mundial fue imponiéndose la idea de que la comunidad y el derecho internacionales tienen algo que decir en cuanto a las relaciones entre los Estados y sus nacionales en materia de derechos fundamentales. Esto ha llevado a la creación de sistemas internacionales y regionales de protección de los derechos humanos que trascienden las fronteras de los Estados.

Asimismo, la necesidad de armonizar las leyes de diversos países para generar regímenes regulatorios coherentes, es un objetivo esencial de muchos tratados internacionales.<sup>1</sup> En virtud de ello, y a pesar de la di-

<sup>1</sup> Piénsese por ejemplo en las convenciones internacionales en materia de propiedad industrial, de contratos internacionales o de conflictos de leyes en tratados tales como:

ferencia formal que sin duda existe entre tratados internacionales y leyes, la substancia de unos y otras es muchas veces indistinguible.<sup>2</sup> Incluso puede decirse que la globalización genera actualmente una especie de presión para regular mediante tratados internacionales, áreas antes reservadas a las leyes nacionales.

Ahora bien, desde el punto de vista del debate contemporáneo acerca del sistema federal, los alcances legales de la globalización plantean un problema digno de una consideración más cuidadosa. El problema deriva del hecho de que en los sistemas federales la facultad de hacer leyes está asignada a órganos pertenecientes a dos órdenes de gobierno: el federal y el estatal. Bajo estas circunstancias, la celebración de tratados internacionales, puede llegar a tener un impacto sobre la distribución de competencias entre Federación y entidades federativas.

Éste es precisamente el tema que deseamos discutir en la presente ponencia. Para ello, examinamos algunos problemas técnico-constitucionales derivados de la situación mencionada, tal y como pueden apreciarse en la Constitución mexicana de 1917. De esta manera, en primer lugar, hacemos una revisión del debate sobre el significado del artículo 133 constitucional y en particular, sobre la posición de los tratados en la jerarquía de normas del sistema jurídico mexicano. Asimismo, en esta misma sección identificamos las consecuencias de las distintas interpretaciones del artículo 133 constitucional, y su relación con el sistema de distribución de competencias entre Federación y entidades federativas. En segundo lugar, intentamos encontrar una respuesta a la siguiente pregunta: ¿el poder de celebrar tratados, está o no está limitado por el principio del artículo 124 constitucional? En nuestra búsqueda, arribamos al examen de los artículos constitucionales que establecen facultades y prohibiciones en materia de política exterior y celebración de tratados. A partir de estos artículos, y en particular de los artículos 76, fracción I, y 89, fracción X, sostenemos que se puede construir un argumento que permite justificar el impacto que los tratados internacionales tienen sobre el sistema de distribución de competencias del federalismo mexicano.

la Convención de París para la Protección de la Propiedad Industrial; la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales; o la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

<sup>2</sup> “Restructuring Modern Treaty Power”, *Harvard Law Review*, vol. 114, 2001, p. 2491.

## II. JERARQUÍA DE NORMAS Y DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS: LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LAS LEYES LOCALES

El debate sobre la jerarquía de los tratados internacionales y su posición en el orden jurídico nacional se ha preocupado fundamentalmente por ubicar a los tratados respecto de las leyes federales, pero en términos generales ha pasado por alto la discusión sobre su jerarquía en relación con las leyes locales y más en general, sobre su relación con el sistema de distribución de competencias del federalismo mexicano.

Como es bien sabido, el debate sobre la jerarquía de normas en el sistema jurídico mexicano se ha dado en torno a la interpretación del artículo 133 constitucional. En dicho artículo se define la posición de las distintas fuentes del derecho generadoras de normas generales en el sistema jurídico mexicano: la Constitución, las leyes y los tratados internacionales. No es nuestra intención repetir o revisar aquí de manera exhaustiva el debate constitucional en torno a este artículo constitucional. En lugar de ello y en aras de ahorrar tiempo, hemos de caminar por veredas ya recorridas por otros autores, para el efecto de construir con base en sus ideas y conceptos nuestro propio argumento.

De esta manera, hemos de seguir aquí el trabajo pionero de Jorge Carpizo,<sup>3</sup> quien hace dos décadas reseñara las distintas posturas doctrinales en torno al mencionado artículo, aludiendo a las opiniones de Eduardo García Máynez y Mario de la Cueva de la siguiente manera.

En opinión de García Máynez,<sup>4</sup> la jerarquía de normas en el orden jurídico mexicano se puede explicar de la siguiente manera: en la cúspide del sistema, se encuentra la Constitución. En un segundo nivel se encuentran las leyes federales y los tratados internacionales. Y en un tercer nivel se encuentran las normas locales (incluyendo en éstas las del Distrito Federal). Ahora bien, lo que a nosotros nos interesa resaltar, es que este esquema lleva a las siguientes consecuencias:

1) Las leyes federales y los tratados internacionales prevalecen sobre las leyes locales en caso de conflicto entre estas últimas y aquellas otras normas. Desde el punto de vista del debate sobre el sistema de distribución de competencias del federalismo mexicano, esto significa que

<sup>3</sup> Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, UNAM, 1980, pp. 27-30.

<sup>4</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1961, pp. 87 y 88.

órganos federales, a través de dos combinaciones diversas, pueden regular cualquier materia, incluso aquellas que en principio podrían ser consideradas como reservadas a las entidades federativas. En una primera hipótesis, es el Congreso de la Unión el que podría hacerlo a través de la expedición de leyes federales, vía el procedimiento legislativo ordinario. En una segunda hipótesis, sería el presidente de la República junto con el Senado, vía el proceso de negociación, firma y ratificación de tratados internacionales.

2) El esquema de García Máynez implicaría también que una ley federal nueva podría abrogar un tratado anterior (o viceversa). Esto es, al tener las leyes federales y los tratados internacionales la misma jerarquía, en caso de colisión entre ambas normas se aplicaría la regla de conflicto según la cual la norma posterior deroga a la anterior. Esta situación, por cierto, no deja de ofrecer una ‘anomalía estructural’ dentro de nuestro sistema constitucional, dada la diferencia de procedimientos para aprobar una ley y para aprobar un tratado internacional. Bajo el esquema existente, una ley aprobada por el Congreso de la Unión puede ser derogada por el presidente y el Senado en un tiempo posterior, a través de un tratado; y un tratado internacional firmado por el Ejecutivo y ratificado por el Senado, puede ser derogado por el Congreso de la Unión en un tiempo posterior.

3) Llevada al extremo, la interpretación del artículo 133 ofrecida por García Máynez permitiría el vaciamiento de la competencia legislativa de las entidades federativas, al hacer prevalecer a las leyes federales y a los tratados sobre la legislación local en caso de conflicto.

4) Asimismo, la interpretación de García Máynez deja abierto el expediente relativo a los efectos internacionales de una ley federal que llegase a derogar un tratado: la responsabilidad internacional del Estado mexicano comprometida por el presidente y el Senado.

Por otra parte, en opinión de Mario de la Cueva,<sup>5</sup> la jerarquía de normas del orden jurídico mexicano se puede describir de la siguiente forma. En la cúspide se encuentra la Constitución. En un segundo nivel, se encuentran las “leyes constitucionales” y los tratados. Y en un tercer nivel se ubicarían las leyes federales y las locales.

Para de la Cueva, las “leyes constitucionales” son las que emanan material y formalmente de la Constitución. Se diferencian de las leyes

5 Cueva, Mario de la, *Apuntes de derecho constitucional*, México, 1965, pp. 46-48.

federales, en que estas últimas emanan sólo formalmente de la Constitución. “O sea, las leyes constitucionales son parte de la Constitución, son la Constitución misma que se amplía, que se ramifica, que crece” puntualiza y abunda Carpizo.<sup>6</sup>

Dejando de lado la no tan clara noción de “leyes constitucionales” y su distinción en relación con las leyes federales, el planteamiento de de la Cueva lleva a varias consecuencias:

1) Los tratados internacionales prevalecen sobre leyes federales y las locales, en caso de conflicto. Es decir, las leyes federales y locales no pueden abrogar un tratado (solamente puede hacerlo una “ley constitucional”).<sup>7</sup>

2) Lo anterior significa que el presidente y el Senado, a través de un tratado, pueden de manera conjunta hacer prevalecer su posición por encima de la Cámara de Diputados, en relación con una materia que consideren necesario regular en determinado sentido (a través de un tratado internacional).

3) Y también significa que dos órganos de la Federación, o sea, el presidente y el Senado, pueden de manera conjunta imponer su posición por encima de las legislaturas locales, en relación con una materia que consideren necesario regular (también, a través de un tratado internacional).<sup>8</sup>

4) Llevada al extremo, la propuesta abriría la posibilidad del vaciamiento de la competencia legislativa de las entidades federativas, al hacer prevalecer los tratados sobre la legislación local.

5) Finalmente, el esquema de de la Cueva deja abierta la posibilidad de conflicto entre una “ley constitucional” y un tratado internacional, lo cual llevaría a los mismos planteamientos señalados en relación con el esquema de García Máynez entre leyes federales y tratados: la norma

<sup>6</sup> Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 3, p. 28.

<sup>7</sup> Carpizo menciona, entre los autores que sostienen que no existe supremacía del derecho federal sobre el local, sino que los dos órdenes están subordinados a la Constitución, a Felipe Tena Ramírez, a Federico Jorge Gaxiola y Alberto Salceda. *Ibidem*, p. 29.

<sup>8</sup> Diego Valadés ha hecho referencia a esta situación de la siguiente manera: “El presidente y el Senado podrán, por vía de los tratados, incidir en los más variados aspectos de la vida nacional, por encima de lo que decidan el Congreso de la Unión y los congresos locales en la materia de su competencia”. *Excelsior*, 27 de marzo de 2000, pp. principal y 9, véase Corzo Sosa, Edgar, “Comentario al amparo en revisión 1475/98 resuelto por la Suprema Corte de Justicia”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 3, 2000.

posterior derogaría a la anterior, lo cual, tratándose de la hipótesis de que una ley constitucional deroga a un tratado, dejaría abierto el expediente de la responsabilidad internacional del Estado mexicano.

Resulta preciso mencionar que a pesar de los problemas que ofrece, esta última es la teoría que poco a poco parece ir ganando terreno, incluso a nivel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Evidencia de ello es la tesis sustentada por el Pleno de la Corte en relación con el amparo en revisión 1475/98, cuya parte medular me permito transcribir a continuación:

El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de “leyes constitucionales”, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la ley fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos esta sea competencia de las entidades federativas.<sup>9</sup>

Como puede apreciarse, la tesis sustentada por la Corte sigue muy de cerca la teoría desarrollada originalmente por Mario de la Cueva y

<sup>9</sup> TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo, 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, noviembre de 1999, Tesis: P. LXXVII/99, p. 46.

fortalecida posteriormente por Jorge Carpizo. Sin embargo, creemos que las importantes afirmaciones que en dicha tesis se hacen, no se encuentran apoyadas en razones y argumentos sólidos. En virtud de ello, en la siguiente sección de esta ponencia, intentaremos ver si en el texto constitucional vigente se pueden encontrar dichas razones o si, por el contrario, se requiere de la construcción de otro tipo de solución a la apuntada por la Corte.

### III. LA RELACIÓN ENTRE LOS ARTÍCULOS 124 Y 133 CONSTITUCIONALES: UNA PROPUESTA

La reseña del debate sobre la jerarquía de normas en el sistema jurídico mexicano, nos permite observar que las distintas soluciones doctrinales llevan a la consideración de que el principio de las facultades expresas de la Federación y la reserva implícita de las entidades federativas contenido en el artículo 124 constitucional, no rige en relación con los tratados internacionales. Tanto en la interpretación de García Máynez como en la de de la Cueva, los tratados internacionales prevalecen sobre las leyes locales, independientemente y por encima de la reserva hecha en favor de las entidades federativas por el artículo 124 constitucional. No obstante, creemos que este punto no ha sido suficientemente debatido por parte de tratadistas y tribunales por igual. Sin mayor discusión se ha asumido que las leyes locales se encuentran subordinadas a lo que estipulen los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano a través de la firma por parte del Ejecutivo federal, y la ratificación por parte del Senado, aún cuando ello implique una invasión de la esfera competencial que les correspondería si se aplicase la regla del artículo 124 constitucional.<sup>10</sup>

En parte, esta falta de atención a las implicaciones del artículo 133 relativas al federalismo deriva de la redacción misma de dicha disposición. Al ser la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de la Constitución, y los tratados internacionales, la ley suprema de toda la Unión, parece obvio entender que las leyes locales se en-

<sup>10</sup> Así lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia, como se indicó líneas arriba, y así lo han aceptado Manuel Becerra y Jorge Carpizo en su bien informado y exhaustivo análisis de la tesis sostenida por la Suprema Corte de Justicia en el amparo 1475/98. Véase *Cuestiones Constitucionales*, núm. 3, 2000.

cuentran por debajo de todas aquellas normas. Con mayor razón, si tomamos en cuenta la segunda parte del artículo 133 que indica que en caso de conflicto, los jueces de los Estados se arreglarán a la Constitución, leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Sin embargo, creemos que una tal lectura del artículo 133 peca de “simplista”. Para ponerlo en otros términos, creemos que esta forma de entender el artículo 133 da una respuesta poco satisfactoria a la siguiente pregunta: ¿el poder de celebrar tratados, está o no está limitado por el principio del artículo 124 constitucional?

En nuestra opinión, el problema de conflicto entre un tratado y una ley local no puede resolverse simple y llanamente invocando la jerarquía superior del primero derivada de las distintas interpretaciones que se han dado al artículo 133 constitucional, puesto que el propio artículo 133 establece una condición para que los tratados sean jerárquicamente superiores. En efecto, la disposición constitucional mencionada establece que los tratados internacionales *que estén de acuerdo con la Constitución* serán la ley suprema de toda la Unión.<sup>11</sup> ¿Significa esto entonces que si un tratado internacional no está de acuerdo con el artículo 124 de la Constitución, no podrá ser considerado como ley suprema de toda la Unión y por tanto no podrá prevalecer sobre una ley local en caso de conflicto?

Para intentar una respuesta adecuada a esta interrogante, debemos recordar que el artículo 124 de la Constitución mexicana de 1917, establece un sistema rígido de distribución de competencias entre la Federación y las entidades federativas. Esto significa que las competencias que no están *expresamente* asignadas por la Constitución a las autoridades federales, se entiende que pertenecen a las entidades federativas. Las razones de esta rigidez han sido abordadas por otros estudios, por lo cual no abundaremos demasiado en el tema en este momento.<sup>12</sup> Lo que aquí

11 Alonso Gómez-Robledo reporta que esta frase fue producto de la adición “innecesaria” al artículo 133, aprobada en 1934 sin que hubiera mediado discusión en lo general y en lo particular, ni en el Senado ni en la Cámara de Diputados. Gómez-Robledo, Alonso, “Comentarios al artículo 133 constitucional”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada*, t. II, México, Porrúa-UNAM, 1997, pp. 1390 y 1391.

12 Véase Carpizo, Jorge, “Comentario al artículo 124 constitucional”, Cámara de Diputados, *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus Constituciones*, LV Legislatura, México, Miguel Ángel Porrúa, 1994, pp. 953-959; Faya Viesca, Jacinto, *El Federalismo mexicano*, México, Porrúa, 1998; Serina de la Garza, José Ma., “Federalismo



nos interesa discutir es si la regla del artículo 124 se aplica al poder de celebrar tratados internacionales, de manera tal, que pueda considerarse que el tratado que no respete la división de competencias entre Federación y estados, pueda considerarse contrario a la Constitución y por tanto no pueda obtener la estatura de ley suprema de toda la Unión, en los términos del artículo 133 constitucional.

El problema se puede ilustrar de mejor manera a través de un par de ejemplos, a saber. La Constitución no asigna expresamente a la Federación la competencia para expedir normas relativas a la materia de adopción. Si la Constitución no hace esa asignación expresa, debemos entender, según lo establecido por el artículo 124, que la materia de adopción se encuentra reservada a las entidades federativas. En consecuencia, un tratado que regule la materia de adopción, obligando a la nación entera frente a otro país o frente a la comunidad internacional, resultaría inconstitucional.<sup>13</sup>

En el mismo tenor, la Constitución no asigna expresamente a la Federación la competencia para expedir normas relativas a la posibilidad de aplicación del derecho extranjero en el territorio mexicano. Si esta asignación expresa no existe, entonces debe considerarse que la materia se encuentra reservada a las entidades federativas. Por tanto, si se aplica el principio del artículo 124 constitucional, un tratado que defina las reglas para la aplicación del derecho extranjero en el territorio de la República, resultaría también inconstitucional.<sup>14</sup>

Para efecto de comparación, resulta útil mencionar la respuesta que se ha dado en los Estados Unidos de América al problema aquí aludido. La revisión resulta pertinente, sobre todo si se considera que el texto del artículo 133 de la Constitución mexicana fue tomado de manera casi literal de la llamada *supremacy clause* inscrita en el artículo VI de la Constitución de los Estados Unidos.<sup>15</sup>

y sistemas de distribución de competencias legislativas”, *Documento de Trabajo*, núm. 12, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

<sup>13</sup> Piénsese, por ejemplo, en la Convención sobre Protección de Menores y la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, de la que México es parte.

<sup>14</sup> Puede citarse como ejemplo, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado.

<sup>15</sup> Artículo VI de la Constitución de Estados Unidos de América: *Esta Constitución, las leyes de los Estados Unidos de América que se expidan con arreglo a ella y todos*

En los Estados Unidos de América, la doctrina predominante considera que el poder de celebrar tratados internacionales no está sujeto a la regla de distribución de competencias entre la Federación y los estados establecida en la Enmienda X. Esto ha sido posible debido a que el propio artículo VI permite la existencia de un sistema flexible o no rígido de distribución de competencias entre la Federación y los estados de aquel país. Dicha fórmula ha permitido desarrollar doctrina judicial en virtud de la cual se ha entendido que la Federación tiene poderes que van más allá de los que le han sido asignados explícitamente por la Constitución. Es decir, la Federación tiene poderes que le son propios, a pesar de no estar atribuidos explícitamente a la Federación por la norma fundamental.

Esta idea permitió al ministro Holmes, por vía de ejemplo, considerar que el poder de celebrar tratados fue delegado de manera adicional e independientemente de las delegaciones expresas que la Constitución hace al Congreso de los Estados Unidos de América. Consecuentemente, el poder de celebrar tratados no está sujeto a la Enmienda X.<sup>16</sup>

Sin embargo, la fórmula del artículo 124 de la Constitución mexicana de 1917 no permite desarrollar este tipo de razonamiento. Como ya se ha dicho, nuestro sistema establece una fórmula rígida de distribución de competencias entre Federación y estados, y eso hace difícil entender que la Federación pueda tener poderes más allá de los que expresamente le ha asignado la Constitución. Si nos conformamos con esta afirmación, tendríamos que concluir que los tratados internacionales que regulan materias reservadas a las entidades federativas son inconstitucionales, y por tanto no pueden ser considerados como ley suprema de la Unión, como lo indica el artículo 133 constitucional.

*los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos de América, serán la ley suprema 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.*

16 Healy, Thomas, "Is Missouri v. Holland still good law? Federalism and the Treaty Power", *Columbia Law Review*, vol. 98, 1998, p. 1731. Ver también Henkin, Louis, *Foreign Affairs and the United States Constitution*, Clarendon Press, Oxford, 1996, pp. 191-193. Asimismo, recordamos aquí que la Enmienda X establece la regla de distribución de competencias entre Federación y estados de la siguiente manera: *Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos de América ni prohíbe a los estados, quedan reservados a los estados o al pueblo, respectivamente.*

No obstante, el hecho de que el artículo 124 constitucional, tomado en sí mismo y de manera aislada, sea incompatible con la forma en que tradicionalmente se ha entendido la jerarquía de los tratados internacionales en relación con las leyes locales, no significa que la compatibilidad no pueda predicarse de la interpretación sistemática del texto constitucional, que involucre a otros artículos. Visto así el problema, habría que preguntarse entonces: ¿puede identificarse alguna base en el texto de la Constitución, que excluya al poder de celebrar tratados internacionales de la regla rígida del artículo 124 constitucional?

Para empezar, hay que tener en mente que el artículo 124 no es el único que sienta las bases del sistema de distribución de competencias del federalismo mexicano. La imagen completa de dicho sistema, se obtiene a partir del análisis de muchos otros artículos, en los cuales se asignan además de las facultades expresas de la Federación, facultades que corresponden de manera expresa o tácita a las entidades federativas; o que se prohíben a la Federación; o que se prohíben a las entidades federativas, tanto de manera absoluta (artículo 117) como relativa (artículo 118), así como las llamadas facultades coincidentes; o las facultades coexistentes.

Sin embargo, no creemos que en estas disposiciones constitucionales se encuentre la respuesta a la pregunta arriba planteada. En mi opinión, el argumento de que el poder de celebrar tratados no se encuentra sujeto al esquema de distribución de competencias establecido en su nivel más general en el artículo 124 constitucional, puede construirse a partir de los artículos constitucionales que establecen facultades y prohibiciones en materia de política exterior y de celebración de tratados.

Dichos artículos son:

a) *El artículo 15*: que prohíbe la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, y para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito la condición de esclavos; y prohíbe también la celebración de convenios y tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por la propia Constitución para el hombre y el ciudadano.

b) *El artículo 18*: que prevé la posibilidad de celebrar tratados en materia de intercambio de reos.

c) *El artículo 76-I*: que da la facultad al Senado de analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo federal, y aprobar los tratados in-

ternacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión.

d) *El artículo 89-X*: que otorga al Ejecutivo federal la facultad de dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometidos a la aprobación del Senado.

e) *El artículo 117-I*: que prohíbe a los estados celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado y con las “potencias extranjeras”.

El artículo 117-I ofrece un punto de partida que merece la pena explorar, puesto que prohíbe a las entidades federativas celebrar tratados con otros estados y con las “potencias extranjeras”. La prohibición de celebrar tratados es absoluta, y no hace una distinción entre materias respecto de las cuales sí pueden celebrar tratados y materias respecto de las cuales no pueden celebrar tratados. Es decir, las entidades federativas no pueden celebrar tratados internacionales, ni siquiera en relación con materias que en principio les corresponderían como reservadas, conforme a la regla del artículo 124 constitucional.

Esta circunstancia marca ya un cierto distanciamiento entre las reglas y principios constitucionales sobre el federalismo mexicano, y las reglas y principios constitucionales sobre el poder de celebrar tratados internacionales. Por un lado, tenemos un sistema federal que asigna expresamente a la Federación ciertas facultades, y reserva todo lo no atribuido a aquella a las entidades federativas. Y por otro lado, tenemos un límite constitucional a la forma de regular la reserva de atribuciones que corresponde a las entidades federativas: éstas no pueden regular por medio de tratados internacionales las materias que les están reservadas. Sólo pueden hacerlo a través de leyes (locales). Ahora bien, quien tiene la facultad de celebrar tratados internacionales son dos órganos de la Federación, a través de la intervención del presidente y del Senado. Sin embargo, de esto no se deriva de manera automática la afirmación de que la Federación tiene el poder de regular a través de tratados internacionales, materias reservadas a las entidades federativas. En otras palabras, no porque la facultad de celebrar tratados internacionales esté exclusivamente atribuida a órganos de la Federación (y expresamente prohibida a los estados), se puede inferir sin más que la Federación puede regular vía tratados, las materias que les corresponden a las entidades federativas. La atribución a órganos de la Federación de la facultad de celebrar tratados internacionales no hace mención de materia alguna, de la misma forma que la prohibición a las entidades federativas no lo hace.

A lo sumo, creemos que la lectura aislada de la fracción I del artículo 117 constitucional, relacionada con la regla rígida de distribución de competencias del artículo 124 constitucional, nos llevaría a concluir que hay materias respecto de las cuales no se puede celebrar tratados internacionales. Esas materias, no serían otras que las reservadas a las entidades federativas. Sin embargo, esta conclusión no deja de ofrecer serios inconvenientes desde un punto de vista práctico.<sup>17</sup>

Recapitulando, la fracción I del artículo 117 permite generar un distanciamiento entre los principios que rigen el sistema federal mexicano y el principio constitucional que rige la celebración de tratados, pero no permite justificar que los órganos de la Federación como el presidente de la República y el Senado, puedan regular mediante tratados cualquier materia, incluidas las que se entienden reservadas a las entidades federativas, en razón de la regla del artículo 124 constitucional. Ello obliga a dirigir la atención a otras normas constitucionales, en el afán por encontrar tal justificación o, de plano, descartarla.

En nuestra opinión, el concepto de “política exterior” ofrece otra veta que vale la pena explorar. Según el artículo 76, fracción I de la Constitución, el Senado tiene la facultad de analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo federal, y aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión. Asimismo, la fracción X del artículo 89 constitucional otorga al Ejecutivo federal la facultad de dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiéndolos a la aprobación del Senado.

Conviene apuntar que ambas disposiciones no se encontraban en el texto original de la Constitución de 1917, sino que son producto de las reformas del 6 de diciembre de 1977 (artículo 76-I), y de 11 de mayo de 1988 (artículo 89-X).

En esta línea de razonamiento, percibimos dos preguntas que deben ser contestadas. a) ¿Que hemos de entender por política exterior? En otras palabras, ¿cuál es la substancia del concepto de política exterior empleado por la Constitución mexicana de 1917? y, b) La política exterior a que hacen mención los artículos 76-I y 89-X, se refiere a la

<sup>17</sup> Desde un punto de vista práctico, no creemos que sea conveniente excluir ciertas materias de la posibilidad de ser reguladas por tratados internacionales. El mundo actual es cada vez más interdependiente; la resolución de un sinnúmero de problemas requiere de la cooperación entre los estados y el instrumento de cooperación por excelencia son los tratados internacionales.

política exterior de la Federación, o a la política exterior del Estado mexicano?

En cuanto a la primera pregunta, hemos de reconocer que la Constitución no indica que es lo que ha de entenderse por política exterior. Es decir, el término empleado por los artículos 76-I y 89-X es un concepto abierto, que no precisa las materias específicas que han de incluirse en él. Es decir, el concepto de lo que es “exterior” es de suyo impreciso y ambiguo, sobre todo en las circunstancias que vive no sólo México sino el mundo entero, caracterizado por la globalización y la crisis del concepto tradicional de soberanía.<sup>18</sup>

Ahora bien, el hecho de que el concepto de “política exterior” tenga un alto grado de generalidad no significa que no tenga un contenido. Sin embargo, la generalidad del concepto lleva a la circunstancia de que ese contenido no esté determinado, sino que es más bien *determinable* a través de una decisión política.<sup>19</sup> Y si esto es así, lo verdaderamente relevante desde el punto de vista del sistema de distribución de competencias, es la existencia y eficacia de controles sobre la decisión política de regular una actividad relevante para un Estado a través de tratados internacionales. Vale decir que dichos controles sólo pueden encontrarse en el proceso político o en los mecanismos de control de regularidad constitucional a cargo de los tribunales.

Asimismo, nótese que tanto el artículo 76-I como el 89-X tratan a la política exterior y al poder de celebrar tratados internacionales como dos componentes de un todo: el Senado tiene la facultad de analizar la política exterior desarrollada por el Ejecutivo federal, y aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que celebre el Ejecutivo de la Unión; mientras que el Ejecutivo federal tiene la facultad de dirigir la política exterior y celebrar tratados internacionales, sometiénolos a la aprobación del Senado. Esto no es de extrañar, puesto que

<sup>18</sup> Sobre este tema se puede revisar el ensayo de Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “Estado y derecho en la era de la globalización”, México, *Estudios en homenaje a Don Santiago Barajas Montes de Oca*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1995, pp. 191-238.

<sup>19</sup> De hecho, puede argumentarse que el contenido y la extensión de cada materia, no nada más la de “política exterior”, es hasta cierto punto convencional. La determinación de que una actividad encuadre o no en la materia “comercio”, o “educación” o “inversión extranjera” o “minería”, depende de la extensión que el legislador (y en su caso los tribunales) le den al concepto relativo a la materia en cuestión.

es fácil entender que los tratados internacionales son el instrumento por excelencia de la política exterior de un Estado.

Apuntado lo anterior, tenemos entonces que la regla del 124 constitucional tiene que convivir con un concepto cuya generalidad impide el trazo de líneas precisas e inamovibles. Esto no viene sino a despojar a la disposición del artículo 124 de cualquier pretensión de poseer un carácter absoluto, relativizándola.

Pero más aún, la relativización de la regla del artículo 124 constitucional proviene de la respuesta a la segunda pregunta planteada líneas arriba: ¿la política exterior a que hacen mención los artículos 76-I y 89-X, se refiere a la política exterior de la Federación, o a la política exterior del Estado mexicano?

Si solamente pudiéramos entender que la “política exterior” mencionada por los artículos 76-I y 89-X es ejercida por la Federación (es decir, por autoridades federales), entonces dichas disposiciones y por supuesto el ejercicio de facultades relativas a la “política exterior” tendría que caer bajo el manto del artículo 124 constitucional. Sin embargo, si fuera posible entender que los órganos encargados de la “política exterior” mexicana, son, además de órganos federales, órganos del Estado mexicano, sería posible sustraer a las facultades previstas en los artículos 76-I y 89-X de la cobertura del artículo 124 constitucional.

Esta observación resulta interesante, sobre todo si se toma en cuenta que el doble carácter de los órganos federales en un Estado federal es uno que ha venido ganando terreno en la doctrina mexicana reciente. En este tenor y apoyados en Kelsen,<sup>20</sup> Jorge Carpizo y Ulises Schmill han descrito la naturaleza jurídica del Estado federal, en términos de un orden conformado por tres órdenes normativos. Uno de ellos corresponde al Estado federal u orden total, con órganos que le son propios, como el poder revisor de la Constitución. Por debajo de este orden total, existen dos órdenes parciales delegados: el orden jurídico federal y el orden jurídico de las entidades federativas.<sup>21</sup>

<sup>20</sup> Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, México, UNAM, 1988, pp. 376-390.

<sup>21</sup> Carpizo, Jorge, *La Constitución mexicana de 1917*, México, Porrúa, 1986, pp. 237-240. Schmill, Ulises, “Fundamentos teóricos del control de constitucionalidad en México” en Vázquez, Rodolfo (comp.), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, México, Fontamara, 2001, pp. 271-276.

De manera por demás interesante, Schmill menciona que en el Estado federal mexicano existen funciones normativas que se refieren al orden constitucional que no pueden adscribirse ni al orden de la Federación ni a los órdenes locales. Dichas funciones normativas son, en opinión de Schmill, las reformas o adiciones a la Constitución, la reforma a la Constitución en su aspecto geográfico, la suspensión de garantías y el control de constitucionalidad.<sup>22</sup> Asimismo, en opinión de Schmill, las tres primeras funciones pueden ser encomendadas por la Constitución tanto a órganos federales como a locales, o a una combinación de ambos. Finalmente, señala este autor que:

Quando estos órganos llevan a cabo el procedimiento de reforma o adición a la Constitución, no están actuando en su calidad de órganos de la Federación o de los estados locales, pues no ejercitan competencia alguna de estos órdenes; por el contrario, ejercitan una competencia que sólo puede atribuirse al orden constitucional, puesto que con ella puede ser variada la división de competencias entre los órdenes federales o locales o ser modificadas disposiciones que sólo pueden ser adscritas al orden constitucional... Como no existen órganos especiales, aunque podrían existir, para llevar a cabo las funciones específicas que deben atribuirse al orden constitucional, las Constituciones de los Estados federales utilizan los órganos de los órdenes parciales subordinados para llevarlas a cabo, con lo cual el teórico del derecho, cuando expone el contenido de las normas constitucionales, debe tener mucho cuidado en distinguir cuales de las funciones son de los órdenes subordinados y cuales del orden constitucional.<sup>23</sup>

Con base en estos conceptos provenientes de Kelsen y de connotados juristas mexicanos, creemos que se puede construir el siguiente razonamiento: la función de crear normas generales a través de la firma y ratificación de tratados internacionales puede calificarse como otra función normativa del orden constitucional del Estado federal total. Esto es así, debido a que la propia Constitución establece las bases para que en su trato con otros estados, el Estado federal mexicano se presente como una unidad.

En efecto, al prohibir a las entidades federativas el uso del instrumento de la política exterior por excelencia, que es la atribución de celebrar

<sup>22</sup> Schmill, Ulises, *op. cit.*, nota 21, p. 275.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 275 y 276.



tratados internacionales;<sup>24</sup> y al asignar las facultades en materia de política exterior y de celebración de tratados a órganos de la Federación (uno de los cuales, por cierto, es el jefe del Estado mexicano, o sea el presidente de la República), la Constitución coloca a dichos órganos por encima de los órdenes jurídicos parciales de la Federación y de las entidades federativas, en lo relativo al ejercicio de las funciones que tienen que ver con política exterior y celebración de tratados internacionales.

A su vez, y ante la inexistencia de órganos especiales, las funciones normativas del orden constitucional relativas a la facultad de crear normas generales a través de tratados, son encargadas a órganos de la Federación, es decir, a órganos de uno de los órdenes jurídicos parciales. No obstante, en el ejercicio de esa función, dichos órganos no actúan en su calidad de órganos de la Federación, sino que ejercitan una facultad que en el esquema mexicano sólo puede atribuirse al orden constitucional.

Cabe decir, además, que al pertenecer el manejo de la política exterior y la facultad de celebrar tratados al orden constitucional total, los órdenes jurídicos parciales, o sea, el federal y el de las entidades federativas, se encuentran subordinados a aquellos. Ello explica que la facultad de celebrar tratados no esté subordinada o sujeta a la división de competencias y ámbitos de validez de los órdenes federal y locales, sino precisamente lo contrario. En suma, esto significa que la facultad de celebrar tratados internacionales no se encuentra sujeta a la regla del artículo 124 constitucional.

<sup>24</sup> Jaime Cárdenas interpreta así la prohibición contenida en la fracción I del artículo 117 constitucional: “Una de las prohibiciones a las entidades federativas está precisamente relacionada con la necesidad de conservar el pacto federal. Ya en el artículo 29 del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 1824 se establecía que ningún Estado entraría en transacción o contrato con otro, o con potencia extranjera, situación esta última que es regulada en la propia Constitución de 1824. Hacia 1842 se emitió un voto particular de la minoría de la Comisión Constituyente, en el que se pugnaba por que ningún Estado pudiera formar por sí ninguna clase de relaciones extranjeras, celebrar coaliciones con otros Estados, ni tomar intervención alguna en sus negocios”... “No fue hasta la Constitución de 1857 cuando de manera similar al contenido actual de la fracción I del artículo en comento, se estableció la prohibición a las entidades federativas de celebrar alianza, tratado o coalición con otro Estado o con potencias extranjeras, limitándose así su personalidad jurídica a los aspectos internos, y suprimiéndola en cuanto a los aspectos de soberanía externa”. Cárdenas, Jaime, “Comentarios al artículo 117 constitucional”, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Comentada*, México, Porrúa-UNAM, 1997, pp. 1192 y 1193.

#### IV. CONCLUSIONES

1) Partimos de la consideración de que la jerarquía de los tratados internacionales y su posición relativa frente a las leyes locales ha sido insuficientemente discutido y razonado tanto por la doctrina como por los tribunales mexicanos.

2) Sin mayor análisis se ha aceptado la idea de que la facultad de celebrar tratados internacionales no está sujeta al sistema de distribución de competencias del federalismo mexicano.

3) Esta solución, si bien puede considerarse como conveniente desde un punto de vista práctico, no se ha apoyado en razones sólidas.

4) En esta ponencia, hemos intentado explorar si es posible construir tales razones a partir del texto constitucional vigente.

5) Hemos encontrado dos razones: la primera proviene del uso que la Constitución hace del concepto de “política exterior”. La generalidad e imprecisión del contenido de este concepto obliga a relativizar la regla del artículo 124 constitucional.

6) La segunda razón se encuentra en la noción aceptada por la doctrina, en el sentido de que el Estado federal se compone de tres órdenes normativos: el del Estado federal total, el de la Federación y el de las entidades federativas. Asimismo, conforme a esta teoría, en el Estado federal los órganos de la Federación también pueden tener el carácter de órganos del Estado federal total, y ejercer funciones normativas relativas al orden constitucional total.

7) La facultad de celebrar tratados internacionales puede considerarse como una función normativa del orden correspondiente al Estado federal total. Ello coloca a los órganos encargados de dicha función por encima de los órdenes jurídicos parciales de la Federación y de las entidades federativas, en lo relativo al ejercicio de las funciones que tienen que ver con política exterior y celebración de tratados internacionales.

8) Lo anterior explica que la facultad de celebrar tratados no esté subordinada o sujeta a la división de competencias y ámbitos de validez de los órdenes federal y locales, sino precisamente lo contrario. En suma, esto significa que la facultad de celebrar tratados internacionales no se encuentra sujeta a la regla del artículo 124 constitucional.