

## SOBRE LA JERARQUÍA NORMATIVA DE LEYES Y TRATADOS. A PROPÓSITO DE LA (EVENTUAL) REVISIÓN DE UNA TESIS

Imer B. FLORES\*

### I. INTRODUCCIÓN

Revisar un criterio o tesis jurisprudencial implica la posibilidad no sólo de abandonar el sentido original y sustituirlo por otro, sino también de corregir su significado, al tratar de clarificar y/o precisar sus alcances y limitaciones o de plano subsanar alguno(s) de sus defectos y excesos. A poco más de un lustro de la aparición de un trascendente criterio jurisprudencial sobre la jerarquía normativa de leyes y tratados, consideramos que es imperativo realizar una revisión más exhaustiva de sus implicaciones. Según esta tesis, la cual sustituyó a la que ha sido abandonada de que ambos tienen la misma jerarquía, éstos están por encima de aquéllas y en un segundo plano inmediatamente inferior a la Constitución.

Cabe aclarar que si bien coincidimos en términos generales con el criterio de que los tratados están por encima de las leyes, es menester subsanar una deficiencia en el sentido de que al no distinguir suficientemente entre ambas clases y/o tipos parece sugerir que necesariamente *todos* los tratados están por encima de *todas* las leyes. Con lo que se abre una nue-

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

va caja de Pandora, al no poder dar todavía una respuesta satisfactoria al caso de un conflicto jerárquico normativo intra-clase y peor aún inter-clase.<sup>1</sup>

Al respecto, la cláusula de la supremacía constitucional —contenida en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos— dispone que la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión y los tratados celebrados y que se celebren por el presidente de la república, con aprobación del Senado, “serán la Ley Suprema de toda la Unión”. Sin embargo, en la interpretación de este precepto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aclarado que tanto las leyes como los tratados están por debajo de la Constitución, puesto que se requiere que las primeras “emanen de ella” y los segundos “estén de acuerdo con la misma”.

En su momento, la controversia sobre la jerarquía normativa giraba en torno a si las leyes y los tratados ocupaban el mismo rango inmediatamente inferior a la Constitución o no. De acuerdo con el criterio tradicional de la Suprema Corte, las leyes y los tratados tienen la misma jerarquía, pero a partir de la tesis adoptada en 1999, la corte sostiene que los tratados están por encima de las leyes y en un segundo plano respecto a la Constitución.

La pregunta *prima facie* es la misma que antes, *i. e.* cuál es la jerarquía normativa de las leyes y tratados. Como el último criterio parecería sugerir que *todos* los tratados están por encima de *todas* las leyes, ahora la cuestión constitucional pendiente sería saber 1) si efectivamente todos los tratados están —y deben estar— por encima de todas las leyes, o 2) si algunos tratados están —y deben estar— por encima de *a)* todas las leyes o *b)* de algunas. En cualquiera de las dos versiones del segundo caso, habría que precisar cuáles son estos tratados y cuáles son estas leyes, para explicitar aun más la jerarquía de las normas.

Para esto, elaboramos este comentario, el cual además de esta introducción y de la conclusión de rigor, contiene dos grandes apartados. En

1 Véase Flores, Imer B., “Reconstituting Constitutions-Institutions and Culture. The Mexican Constitution and NAFTA: Human Rights *vis à vis* Commerce” (Ponencia presentada en el South-North Exchange on Theory, Culture and Law Reconstituting Constitutions and Cultures: Neoliberalism, Social Justice and the Rule of Law, organizada por Center for Human Rights, Facultad de Derecho, Universidad Inter-Americana de Puerto Rico —REG-Justice Project—; Center for Hispanic and Caribbean Legal Studies, University of Miami School of Law; Florida Journal of International Law; y LatCrit, en San Juan, Puerto Rico, del 9 al 11 de diciembre de 2004).

el primero recapitularemos las cuestiones ya resueltas sobre si las leyes y los tratados están por debajo de la Constitución o no; y, si las leyes y los tratados ocupan el mismo rango o no. Sobre la segunda, como consideramos que la respuesta es negativa, tendremos que explicitar cuál está —y debe estar— por encima, ya sean las leyes o los tratados, y señalar por qué.

En el otro gran apartado, a partir de la tesis de que los tratados están por encima de las leyes y en un segundo plano inmediatamente inferior a la Constitución, cuestionaremos si efectivamente todos los tratados o solamente algunos están —y deben estar— por encima de todas las leyes o sólo de algunas. Así, tendríamos que precisar cuáles son los tratados que están —y deben estar— por encima de los demás tratados y de todas las leyes, y por qué. Así como cuáles son las leyes que están —y deben estar— por encima de las demás leyes y por qué. Y si habría alguna clase de leyes que están —y deben estar— por encima de algún tipo de tratados.

Cabe adelantar que nuestra hipótesis es que los tratados auto-aplicativos, como los de derechos humanos, están por encima de los tratados hetero-aplicativos, como los de comercio. Y que de la misma forma las leyes constitucionales o reglamentarias de la Constitución están por encima de las leyes ordinarias. Finalmente, debemos anticipar que los tratados auto-aplicativos están por encima de las leyes constitucionales o reglamentarias de la Constitución y que los tratados hetero-aplicativos están por encima de las leyes ordinarias.

## II. CUESTIONES RESUELTAS

La cláusula de la supremacía constitucional —cuyo antecedente se remonta al artículo VI, cláusula 2a., de la Constitución de los Estados Unidos de América, y que fue introducido por primera vez en México en el artículo 126 de la Constitución de 1857— está contenida en el artículo 133 constitucional, el cual a la letra dispone:

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 di-

cha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados (*sic*).

A partir de su interpretación, hay tres cosas que están claras: primera, la Constitución *per se* está en el punto más alto de la jerarquía normativa nacional o —como diría Hans Kelsen— de la pirámide jurídica; segundo, las leyes que “emanen” de la Constitución y los tratados que “estén” de acuerdo con la misma son (vélgase la redundancia) constitucionales; y, tercero, Constitución, leyes y tratados serán la ley suprema de toda la Unión. Mas había una cosa que no estaba clara: qué debía prevalecer en caso de conflicto entre una ley o un tratado.

En 1992, la Suprema Corte, con el voto de los 18 ministros presentes del total de 21, decidió de manera unánime que leyes y tratados “ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas”, y que al tener el mismo rango jerárquico, “el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa”:<sup>2</sup>

LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES, TIENEN LA MISMA JERARQUÍA 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.

Este criterio de la corte fue revisado y abandonado, en 1999, al ser sustituido de modo igualmente unánime, por el voto de los 10 ministros presentes del total de 11, quienes consideraron 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”. Con lo cual, al estar los tratados por encima de las leyes no pueden ocupar am-

2 “Leyes federales y tratados internacionales, tienen la misma jerarquía normativa”, *Semanario Judicial de la Federación*, P. C/92, México, diciembre de 1992, 8a., t. LX, núm. 205,596, p. 27.

bos el mismo rango, y los primeros pueden determinar la constitucionalidad de los segundos, pero no inversamente.<sup>3</sup>

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 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 por 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, 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 ésta sea competencia de las entidades federativas.

3 “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución federal”, *Semanario Judicial de la Federación*, 9a. época, México, t. X, núm. 192,867, P. LXXVII/1999, noviembre de 1999, p. 46.

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 su 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, página 27, de rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA”; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal.

Como las implicaciones de abandonar el criterio anterior están lejos de ser auto-evidentes procedemos a formular algunas observaciones en la línea de comentarios anteriores a esta tesis.<sup>4</sup>

En primera instancia, está más que claro que es una de las decisiones más importantes de la Suprema Corte desde la reforma constitucional de 1994-1995.<sup>5</sup> Es curioso y hasta irónico que en dos ocasiones diferentes, en menos de una década, la corte haya adoptado los extremos opuestos y que en sendas ocasiones lo haya hecho unánimemente. Por supuesto que nada impide que se pueda abandonar un criterio o tesis en poco tiempo; en especial, cuando parece como si habláramos de dos cortes distintas, una antes y otra después de la reforma judicial que entre otras medidas redujo el número de ministros de 21 a 11. Sin embargo, los dos ministros que pasaron de la “vieja” corte a la “nueva”, formaron parte en uno y otro caso de la decisión unánime, sin que mediara una reflexión adicional de su parte sobre la necesidad de abandonar el criterio.

En segundo lugar, la tesis aislada deriva del *amparo en revisión* 1475/98, en el cual la corte determinó que el artículo 68 de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado (LFTSE) está en contradicción con el artículo 2o. del Convenio núm. 87 de la Organización Inter-

4 Véase, por ejemplo, Becerra Ramírez, Manuel; Carpizo, Jorge; Corzo Sosa, Edgar y López-Ayllón, Sergio, “Tratados internacionales. Se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución federal (Amparo en Revisión 1475/98)”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 3, julio-diciembre de 2000, pp. 169-208.

5 Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota anterior, p. 183.

nacional del Trabajo (OIT), acerca de la libertad de asociación y la protección del derecho de organización, toda vez que éste consagra la libertad de sindicalización, y aquella dispone que en cada departamento público debe haber un solo sindicato.

El asunto no fue el que originalmente se había planteado, el juez federal había resuelto que como el artículo 68 de la LFTSE imponía una limitación al derecho de sindicalización, reconocido en el numeral 123 de la Constitución, era inconstitucional. Ahora bien, fue la corte misma la que trajo a colación el tratado y su jerarquía a escrutinio.<sup>6</sup> Supuestamente, porque el quejoso aludió al criterio jurisprudencial de que las leyes y los tratados tienen la misma jerarquía, y que por lo mismo el tratado no podía ser utilizado para determinar la constitucionalidad de la ley, como un agravio causado por el juez *ad quo* al violentar esta tesis.<sup>7</sup>

En tercer término, hay dos modelos principales para la recepción del derecho internacional en el derecho nacional: A. *Transformación* o *recepción indirecta*; y B. *Incorporación* o *recepción directa*. La primera requiere de un pronunciamiento legislativo para su aplicación futura, en cambio, el segundo no. Es conveniente señalar que esta tipología no coincide necesariamente con la distinción entre tratados *auto-aplicativos* y *hetero-aplicativos*, donde los primeros no necesitan de ningún pronunciamiento legislativo para poder ser aplicados, en tanto que los segundos sí.<sup>8</sup>

Hay quienes podrían sugerir que en México, al optar por el modelo de la incorporación o recepción directa, *todos* los tratados son auto-aplicativos y por tanto superiores a las leyes, cuando en la práctica hay tratados que por definición requieren de un pronunciamiento legislativo adicional. En consecuencia, los tratados auto-aplicativos, como los de derechos humanos, los cuales son incorporados inmediatamente a la Constitución, deben prevalecer en caso de conflicto sobre los tratados hetero-aplicativos, como los de comercio, los cuales requieren de pronunciamientos legislativos complementarios.

6 Cossío, José Ramón, "La nueva jerarquía de los tratados internacionales", *Este País*, febrero de 2000, p. 34.

7 Corzo Sosa, Edgar, *op. cit.*, nota 4, p. 185.

8 Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, nota 4, pp. 172-174. *Cfr.* Rábago, Miguel, "Aplicación de tratados internacionales por parte de los tribunales mexicanos: algunas observaciones relativas a su efecto directo", *Revista Mexicana de Derecho Público*, núm. 6, abril de 2004, p. 121.

Finalmente, la decisión descansa en varios argumentos, pero nos centraremos en tres:

A. *Los tratados son compromisos internacionales asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional.* Por esta razón, se requiere tanto que el presidente —como jefe de Estado— celebre un tratado, como que el Senado —como representante de los intereses de las entidades federativas— lo apruebe. Ciertamente, los Estados, como los demás miembros de la comunidad internacional, tienen libertad para adquirir mayores deberes al firmar tratados, pero no pueden ignorar tales obligaciones adquiridas libremente. A partir de los principios de *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, los tratados deben cumplirse de buena fe, salvo que las condiciones cambien sustancialmente. De la misma manera, el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que un Estado no puede invocar su derecho nacional como una justificación para no cumplir con un tratado.

Una de las preguntas abiertas es si el presidente y el Senado son un medio adecuado para representar tanto al Estado federal como a las entidades federativas, al grado de comprometer a todas las autoridades del Estado en cuestión, tanto federales como locales. Aunque considero que la respuesta es afirmativa, resulta más que conveniente discutir brevemente algunas de las tesis contrarias.

Por ejemplo, Diego Valadés —en un editorial— señaló que dada esta asimetría, el presidente y el Senado podrían derogar a través de tratados lo que los congresos federal y locales pudieran decidir en los ámbitos de su competencia respectiva.<sup>9</sup> De la misma manera, Edgar Corzo subrayó que la cámara “baja” debería aprobar los tratados al igual que la “alta” e inclusive señaló las tendencias a incluir a los congresos locales en el proceso de su celebración y a requerir que el control de su constitucionalidad sea *a priori* en lugar de *a posteriori*.<sup>10</sup> Por su parte, Sergio López Ayllón sugirió que otras entidades subnacionales representativas de los estados y de los municipios deberían participar en dicho proceso y que

9 Valadés, Diego, “Asimetrías en el congreso”, *Excelsior*, 27 de marzo de 2000, p. 9.

10 Corzo Sosa, Edgar, *op. cit.*, nota 4, pp. 190-196. Cfr. Rábago, Miguel, “Propuesta de reforma al artículo 105 de la CPEUM. Hacia un control previo de constitucionalidad de los tratados”, en Ortiz Ahlf, Loretta et al., *Ensayos en torno a una propuesta de reforma constitucional en materia de política exterior y derechos humanos*, México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2004, p. 115.

incluso algunos tratados, como los de derechos humanos deberían ser objeto de un referéndum constitucional.<sup>11</sup> Por último, Carpizo suscribió que el Senado no representa los intereses de las entidades federativas desde el momento que éstas perdieron la prerrogativa de designar a sus senadores, pero, para él, eso no hace ninguna diferencia para la validez del argumento de la corte.<sup>12</sup>

Al respecto, agrupamos nuestras respuestas a dichas observaciones, en tres:

Primera, es cierto que hay alguna asimetría en este caso, pero la pregunta sería si está justificada o no. No hay que olvidar que el Senado es parte integrante del congreso, junto con la Cámara de Diputados, así que al aprobar un tratado celebrado por el presidente, hay cierta asimetría porque es una de las dos cámaras la que lo autoriza, sin tomar en consideración a su colegisladora. Quizás en este punto lo deseable sería que el Senado tuviera que aprobar el tratado por el voto de una mayoría calificada de las dos terceras partes —como en Estados Unidos de América— para superar claramente lo que las dos cámaras pueden aprobar por mayorías simples.

Segunda, ya que México es un sistema federal, no hay necesidad de que ambas cámaras tengan exactamente las mismas prerrogativas solapadas o sobrepuestas, y que al requerir que el presidente y el Senado aprueben algo en nombre tanto del Estado federal como de las entidades federativas es más que suficiente, y que el preguntar a la ciudadanía de manera directa, mediante un referéndum, o indirecta, por medio de sus representantes, sean diputados a los congresos federal o locales, o de las autoridades estatales o municipales, sería un sinsentido. Debemos enfatizar que este razonamiento no pretende disminuir la democracia sino al contrario incrementarla, pero no a expensas del federalismo. Es necesario reconstituir al mismo tiempo los dos principios, el democrático y el federativo.

Y, tercera, aunque estoy de acuerdo con que el estatus del Senado como el representante de los intereses de las entidades federativas ha sido comprometido, concuerdo pero por otras razones. Específicamente, por el hecho de que desde que se adoptó el sistema de la representación proporcional para elegir a 32 senadores, se alteró la representación igual

11 López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 4, pp. 207 y 208.

12 Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 4, p. 181.

entre estados grandes y pequeños propia de un sistema federal, y no tanto por haber perdido la prerrogativa de designarlos. Lo que es más, dicho argumento es realmente esencial para el razonamiento de la corte. En este sentido, el problema se solucionaría con suprimir a los 32 senadores de representación proporcional que no representan a las entidades federativas, y que de por sí alteran la representación igual de todas las entidades federativas en el Senado.<sup>13</sup>

B. *Los tratados no tienen las limitaciones competenciales de los ámbitos federal y local.* En principio, al no haber limitaciones por razón de la competencia, el presidente y el Senado conjuntamente pueden comprometer al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que sea de competencia federal o reservada a las entidades federativas. Claramente, este es un elemento central a partir del cual la corte deriva parte de su conclusión de que los tratados están por encima de las leyes, ya sean federales o locales, pero no debió haber concluido que ambas estaban en la misma jerarquía por tratarse de dos ámbitos de competencia diferentes como se desprende de la letra —y de la interpretación— del artículo 124 constitucional: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”.

No obstante, debemos evidenciar que si bien es cierto que los tratados no tienen las limitaciones competenciales de los ámbitos federal y local, sí tienen algunos límites, tales como los establecidos por el artículo 15 de la Constitución:

No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano.

<sup>13</sup> Flores, Imer B., “Democracia y participación: Consideraciones sobre la representación política”, en Orozco Henríquez, J. Jesús (comp.), *Democracia y representación en el umbral del siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas et al., vol. I, 1999, p. 233; y “Gobernabilidad y representatividad: Hacia un sistema democrático electoral mayoritario y proporcional”, en Concha Cantú, Hugo A. (coord.), *Sistema representativo y democracia semidirecta. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 234.

*C. Los tratados se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la ley fundamental y por encima del derecho federal y el local.* Los tratados pueden cubrir un sinnúmero de materias, incluidas las de la federación y las reservadas a las entidades federativas, y dado que deben cubrir con tres requisitos, los dos primeros formales *a)* Ser celebrados por el presidente y *b)* Aprobados por el Senado y el tercero sustancial; *c)* Estar de acuerdo con la Constitución, se entiende que están por debajo de ésta.

En pocas palabras, la Suprema Corte en su interpretación ha adoptado tres niveles en la jerarquía normativa: primero, la Constitución; después, los tratados; y, finalmente, las leyes federales y locales. El problema es que al considerar “en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía”, la corte se equivoca al no dejar espacio para niveles intermedios y al colocar tanto a las leyes federales como a las locales en la misma jerarquía, cuando pertenecen a diferentes ámbitos de competencia.

Por una parte, no está claro donde quedarían las leyes constitucionales, es decir las leyes que son reglamentarias de algún artículo o institución contenida en la Constitución, como por ejemplo la Ley de Amparo. Entonces no sería para sorprenderse que hubiera quienes pudieran argumentar que las leyes constitucionales y los tratados están en la misma jerarquía, al constituir normas jurídicas que dan unidad a un Estado federal como un todo y no a una de sus partes, sean los ámbitos de competencia federal o local.<sup>14</sup> Sin embargo, esto nada más reabriría la cuestión de cuál debe prevalecer en caso de conflicto: la ley constitucional o el tratado.

De hecho, en el caso concreto, la corte resolvió que un tratado estaba por encima de una ley constitucional, en el sentido de ser reglamentaria de un artículo o institución de la Constitución, aunque en realidad dicha ley era inconstitucional al contrariar lo dispuesto por la carta magna. Sin embargo, de esto no se sigue que una ley constitucional o reglamentaria de la Constitución esté o deba estar siempre por debajo de todos los tratados. La respuesta dependerá del tratado en cuestión.

Por otra parte, a partir de una interpretación errónea del artículo 124, la corte deriva que las leyes federales y locales están en la misma jerarquía cuando en realidad pertenecen a dos ámbitos de competencia dife-

14 Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 4, p. 182.

rentes, uno federal y otro local, los cuales no pueden estar en el mismo nivel jerárquico y mucho menos estar en conflicto. El artículo 41 de la Constitución, en su primer párrafo, precisa que la soberanía se ejerce por las autoridades federales y locales en los términos de sus competencias respectivas, tal y como están definidas en las Constituciones federal y locales, con la única limitación de que las segundas no podrán contravenir lo dispuesto por la primera:

El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

Finalmente, al adoptar tres niveles en la jerarquía de las normas—Constitución, tratados y leyes— la Suprema Corte falla al no dejar espacio para niveles intermedios y al no distinguir adecuadamente entre diferentes clases de leyes (federales) y tratados. Por un lado, las primeras se pueden dividir en dos: leyes ordinarias y leyes constitucionales o reglamentarias de la Constitución; y, por el otro, los segundos pueden incluir un sinfín de materias diferentes, y que al no ser idénticas no pueden ponerse en la misma caja, por ejemplo, los de derechos humanos y los de comercio.<sup>15</sup>

En este sentido, la principal cuestión constitucional pendiente es precisamente identificar qué tipo de tratados deben prevalecer en caso de conflicto. Y, en consecuencia, explicitar aun más y de forma más exhaustiva la jerarquía normativa de leyes y tratados.

### III. CUESTIONES PENDIENTES DE RESOLVER

Hay muchas, pero la principal cuestión sería determinar si hay tratados jerárquicamente inferiores-superiores a otros, por ejemplo, los de derechos humanos por encima de los de comercio. Por cierto, no se requiere de una reforma constitucional al artículo 133 para consagrar la jerarquía especial de los tratados de derechos humanos sobre los de co-

15 *Cfr.* López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 4, p. 207.

mercio,<sup>16</sup> toda vez que la superioridad está ya implícita en los principios reconocidos no sólo por criterios jurisprudenciales y legislativos sino también por el derecho comparado y la doctrina jurídica mexicana.<sup>17</sup>

Para evidenciar este punto es preciso recordar algunas distinciones sobre los tratados: *a)* Por el número de partes firmantes, son bilaterales o multilaterales; *b)* Por el proceso de su aplicación, son auto-aplicativos o hetero-aplicativos; y *c)* Por su materia, cubren una amplia gama de materias, incluidos el comercio y los derechos humanos.<sup>18</sup> Con relación a estos últimos, cabe advertir que aun cuando sería difícil conformar una lista jerárquica de tratados, no es imposible *per se*.

Como muestra basta un botón, el año pasado, el 2 de septiembre de 2004 fue publicada y entró en vigor al día siguiente una Ley sobre la Aprobación de Tratados Internacionales en Materia Económica que no viene a derogar a la Ley sobre la Celebración de Tratados de 1992, y que por el contrario se funda precisamente en ella. Aunque no está claro por qué había que aprobar otra ley sobre tratados, su aprobación refuerza que los tratados de comercio y de derechos humanos no deben estar en el mismo cajón, y que los segundos deben prevalecer sobre los primeros. La ley de 2004 define “tratado” al remitir a la definición contenida en la ley de 1992 (artículo 1o.), y sugiere que los tratados, tales como los de comercio, deben estar de acuerdo con la Constitución, al respetar tanto a los derechos humanos como a la división de poderes (artículo 2o.).<sup>19</sup>

En resumidas cuentas, aquellos tratados sobre derechos humanos, cuyo contenido coincide con las garantías constitucionales o las amplía están y deben estar en un segundo plano por debajo solamente de la Constitución,<sup>20</sup> mientras que los otros no necesariamente. El hecho de

16 *Cfr.* Toro Huerta, Mauricio Iván del, “La jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos: Propuesta de reforma al artículo 133 constitucional”, en Barra Mexicana, Colegio de Abogados, *Propuesta de reformas legales e interpretación de las normas existentes*, México, Themis, 2002, vol. I, p. 645.

17 Véase, por ejemplo, Fix-Zamudio, Héctor, “El derecho internacional de los derechos humanos en las Constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Justicia constitucional, Ombudsman y derechos humanos*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2001, p. 452.

18 *Cfr.* Toro Huerta, Mauricio Iván del, *op. cit.*, nota 16, pp. 659 y 660.

19 Véase Becerra Ramírez, Manuel, “Ley sobre la aprobación de tratados en materia económica”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, núm. 5, 2005, p. 697.

20 *Cfr.* Becerra Ramírez, Manuel, “Tratados...”, *cit.*, nota 4, p. 175; Corzo Sosa, Edgar, *op. cit.*, nota 4, p. 189; y López-Ayllón, Sergio, *op. cit.*, nota 4, p. 207.

que los tratados de comercio deban respetar los derechos humanos, los subordina a éstos, porque están insertos en un segundo plano.

Asimismo, los tratados de comercio pueden ser aprobados como meros acuerdos, como en el caso de Estados Unidos de América, por el presidente y por mayorías simples en ambas cámaras del congreso, en lugar de por el voto de las dos terceras partes del Senado, requerida para tener el estatus de tratado. De igual forma, los tratados multilaterales —o internacionales— están y deben estar por encima de los bilaterales —o regionales—, porque implican un compromiso mayor ante la comunidad internacional; y los tratados auto-aplicativos están y deben estar por encima de los hetero-aplicativos, porque no requieren de ningún procedimiento legislativo posterior.

Por lo tanto, consideramos que la Suprema Corte debe revisar su criterio y adoptar un estándar múltiple que distinga los alcances, procedimientos de aplicación y sus materias, así como la forma de su aprobación para completar la jerarquía normativa. En consecuencia, abogamos por un criterio con cinco niveles.<sup>21</sup>

1) La *Constitución*, aprobada por una Asamblea o Congreso Constituyente, elegida *ad hoc* para tal propósito y reformada por dos terceras partes de ambas cámaras, y por la mayoría simple de las asambleas legislativas de las entidades federativas.

2) Los *tratados sobre derechos humanos* y otros tratados auto-aplicativos o multilaterales e internacionales, celebrados por el presidente y aprobados por la mayoría simple en el Senado e inclusive con requerimientos mayores, ya sea una mayoría calificada de dos terceras partes o un referéndum popular.

3) Las *leyes constitucionales o reglamentarias de la Constitución*, aprobadas por mayorías simples en ambas cámaras, pero en reglamentación de un artículo o institución de la Constitución misma.

4) Los *tratados sobre comercio* y otros tratados hetero-aplicativos o bilaterales y regionales, celebrados por el presidente y aprobados por la mayoría simple en el Senado e incluso con requisitos menores a los necesarios para aprobar los tratados sobre derechos humanos, como en el caso del procedimiento bicameral para aprobar acuerdos (comerciales) en Estados Unidos de América.

21 Cfr. Ortiz Ahlf, Loretta, “Jerarquía entre leyes federales y tratados”, en *id. et al., op. cit.*, nota 10, p. 135.

5) Las *leyes ordinarias*, aprobadas por mayoría simple en ambas cámaras, con la única limitación de que deben estar facultadas para legislar en dicha materia.

#### IV. CONCLUSIÓN

Resta reiterar que es imperioso subsanar la debilidad del criterio o tesis jurisprudencial que aquí se comenta. Puesto que invita a considerar a *todos* los tratados por encima de *todas* las leyes, cuando no todos los tratados ni todas las leyes son iguales entre sí, y por consiguiente no pueden estar en el mismo compartimiento. Por esto, pensamos que la Suprema Corte debe revisar su criterio y adoptar uno múltiple en lugar de uno simple para precisar todavía más la jerarquía normativa.

Al respecto, sería conveniente reconstituir al Senado, al suprimir los 32 senadores elegidos conforme al principio de representación proporcional y requerir el voto de dos terceras partes para la aprobación de un tratado, no sólo para reforzar que la Presidencia de la República y el Senado están legitimados para obligar a todas las autoridades tanto federales como locales, sino también para revestir la primacía de los tratados sobre las leyes.

No obsta lo anterior, para que defendamos la tesis de que la jerarquía de los tratados deriva de principios constitucionales implícitos o tácitos, sin que sea necesario una reforma constitucional para hacerlos explícitos o expresos, ya que los tratados auto-aplicativos, como los de derechos humanos, solamente están por debajo de la Constitución, en tanto que los tratados hetero-aplicativos, como los de comercio, estarían por debajo inclusive de las leyes constitucionales o reglamentarias de la Constitución, y sólo por encima de las leyes ordinarias.

