



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo acuerdo número 2006205 del 13 de junio de 2006

“Recepción de los Tratados Internacionales en el Sistema Jurídico
Estadounidense y el Mexicano.
Estudio Comparado”

Tesis que para obtener el grado de

Maestro en Ciencias Jurídica

Presenta el sustentante

Laura Manzaneque Sánchez

Director: Marcos del Rosario Rodríguez

Ciudad de México

2019

INTRODUCCIÓN.....	3
CAPÍTULO I.....	6
EVOLUCIÓN DE LA CLÁUSULA DE SUPREMACÍA EN ESTADOS UNIDOS.....	6
<i>Origen Cláusula de Supremacía</i>	<i>6</i>
<i>Debate Tratado con Gran Bretaña.....</i>	<i>12</i>
<i>Ware V. HYLTON Y Foster v. Nielson</i>	<i>14</i>
<i>Reinterpretando la auto-ejecución</i>	<i>16</i>
<i>El derecho Federal y los tratados</i>	<i>21</i>
<i>Derecho internaiconal de los Derechos Humanos</i>	<i>23</i>
<i>Otras tendencias</i>	<i>31</i>
CAPÍTULO II	34
EVOLUCIÓN DE LA CLÁUSULA DE SUPREMACÍA EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS	34
<i>Constitución de Apatzingán de 1814</i>	<i>35</i>
<i>Constitución de 1824.....</i>	<i>36</i>
<i>Constitución de 1836.....</i>	<i>38</i>
<i>Constitución de 1857.....</i>	<i>39</i>
<i>Constitución de 1917.....</i>	<i>41</i>
<i>Reforma de 1934 al artículo 133.....</i>	<i>42</i>
<i>Quinta Época de la Suprema Corte de Justicia de la Nación</i>	<i>43</i>
<i>Séptima Época de la SCJN:</i>	<i>45</i>
<i>Octava y Novena Época:</i>	<i>47</i>
<i>Décima Época.....</i>	<i>54</i>
CAPÍTULO III.....	63
DIFERENCIAS EVOLUCIÓN SISTEMA DE RECEPCIÓN.....	63
<i>Origen de la cláusula.....</i>	<i>63</i>
<i>Diferencias en la jerarquía normativa</i>	<i>65</i>
<i>Diferencias régimen dualista de recepción del derecho internacional</i>	<i>66</i>
<i>Conclusiones.....</i>	<i>67</i>
BIBLIOGRAFÍA.....	71

INTRODUCCIÓN

Cada estado soberano tiene la prerrogativa de elegir como incorpora el Derecho Internacional a su sistema de derecho doméstico. Existen diversos tipos de sistemas de recepción del derecho internacional. Por sistema de recepción del derecho se entiende: "*un proceso histórico por el cual una comunidad acepta libremente un sistema jurídico extraño (esto es, antiguo o extranjero), en la medida que lo permite el derecho preexistente*" (Trejo García 2006, 5).

En 1899 Heinrich Triepel publicó la obra: "*Völkerrecht und Landesrecht*" (Derecho Internacional y Derecho Interno) en la cual propuso tres teorías para examinar la relación entre el derecho internacional y el derecho local.¹ Estas son:

- 1) **Teoría dualista:** esta teoría considera que hay dos ordenes jurídicos completamente diferentes: el internacional y el doméstico. Cada sistema tiene objetos diferentes: el derecho internacional obliga a comunidades soberanas y el derecho interno crea derechos y obligaciones dentro de un Estado. Existen ambos como dos sistemas jurídicos autónomos que en ocasiones se relacionan. De esta manera, incluso las leyes estatales contrarias al Derecho Internacional pueden tener obligatoriedad jurídica.² Y para que el Derecho Internacional tenga efectos dentro de la jurisdicción doméstica, la norma debe ser transformada en norma de derecho interno por medio de un acto del aparato legislativo (Becerra, Carpizo y Sosa 2008), es decir, debe convertirse en ley.
- 2) Las **Teorías monistas** parten de considerar que "el Derecho Interno y el Derecho Internacional se encuentran unificados en un solo sistema jurídico, pero uno de ellos prevalece sobre el otro", por lo que hay dos vertientes:
 - "Monista Internacionalista (primacía del Derecho Internacional), establece que el Derecho Internacional es un orden jurídico jerárquicamente superior al Derecho Interno.

¹ Loretta Ortiz Ahlf, "Derecho Internacional Público" (México: Harla, 1993)

² Norka López Zamarripa, "Los Tratados Internacionales En El Sistema Jurídico Mexicano", *Revista Jurídica de la Facultad de Derecho Tohil*, Vol. 41 N°1 (2018)

- Monista Nacionalista (primacía del Derecho Interno del Estado) esta postura se basa en sostener que el Derecho Interno es superior al Derecho Internacional.
- 3) **Tesis coordinadora o conciliadora.** Esta tesis, al igual que las monistas, parte de la unificación de los dos ordenes en un solo sistema, con la diferencia de que considera que las relaciones entre el Derecho Interno y el Internacional son de coordinación y no de subordinación. Esta tesis reconoce la posibilidad de que se presenten conflictos entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, los cuales encuentran su solución en la unidad del sistema jurídico. A esta tesis también se le denomina monismo moderado o estructurado y se construye manteniendo la distinción entre el Derecho Internacional y el Interno, al mismo tiempo se subraya que su conexión se da dentro de un sistema jurídico unitario basado en la Constitución de la comunidad jurídica internacional.” (Trejo García, 2006, 13-6)

En este trabajo se analizará la evolución en el sistema de recepción de derecho internacional tanto en México como en Estados Unidos.

La comparación entre esos dos países es relevante porque la cláusula que establece el método de incorporación de los tratados internacionales al orden jurídico interno es casi idéntica en ambos países. Los artículos en cuestión son el actual artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:

“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 entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas”. (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 133)

Y el artículo VI, párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos de Norteamérica:

“This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding”. (United States Constitution. Artículo VI, § 2)

Por medio de un estudio histórico y comparado explicaré cómo llegó a cada país dicho artículo y en consecuencia cómo pasaron de un método dualista de recepción del derecho internacional a un método monista nacionalista. Posteriormente, explicaré cómo fue evolucionando el sistema de recepción de tratados internacionales en cada país a partir de ese punto.

En Estados Unidos a través de la jurisprudencia; la doctrina; la práctica ejecutiva y diplomática se transformó el sistema de recepción de un sistema monista nacionalista a un sistema preponderantemente dualista, sin necesidad de modificar la Constitución. Mientras que en México, que también tenía un sistema monista nacionalista desde la adopción del citado artículo, el tema polémico era la jerarquía que deben de tener los tratados internacionales en el sistema jurídico doméstico. Hubo varios cambios que poco a poco se fueron orientando hacia un monismo más internacionalista hasta llegar al actual criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que adopta una tesis coordinadora o conciliadora del derecho internacional en el caso de tratados internacionales en materia de derechos humanos, lo cual representa un monismo más moderado y menos nacionalista.

Son dos historias de transformación constitucional muy diferentes porque ambos países han vivido coyunturas diferentes que afectan su actitud con respecto a la importancia de los tratados internacionales. La manera en la que se dieron las transformaciones también fue muy diferente; En Estados Unidos la transformación constitucional fue sutil y silenciosa; mientras que en México cada nuevo posicionamiento de la Suprema Corte fue disruptivo ampliamente debatido.

Sea sutil o disruptivo el cambio, el efecto es el mismo. Las transformaciones en el método de recepción de derecho internacional en cada país impactan la relación jurídica que cada uno tiene con el resto del mundo, lo que también incluye la relación bilateral México - Estados.

A través de la comparación histórica será posible vislumbrar las razones que motivaron cada cambio y entender mejor los posicionamientos actuales. El método de recepción del derecho internacional impacta todo el sistema jurídico porque altera la forma en la que los diferentes elementos componen el sistema. Es fundamental que las transformaciones que ha sufrido este método en cada país a lo largo del tiempo sean visibilizadas y analizadas.

CAPÍTULO I

EVOLUCIÓN DE LA CLÁUSULA DE SUPREMACÍA EN ESTADOS UNIDOS

ORIGEN CLÁUSULA DE SUPREMACÍA

Estados Unidos nace como nación independiente creando una Confederación de 13 estados soberanos. En ese esquema de gobierno el Congreso Federal tenía el poder de celebrar alianzas y tratados pero no tenía facultades legislativas. Necesitaba que cada Estado implementara las leyes federales y tratados internacionales, pero frecuentemente los Estados violaban los acuerdos internacionales. Esto era un problema para la seguridad nacional y para el desarrollo económico de la recién creada nación.³

Las violaciones a tratados bajo el orden jurídico internacional de la época proporcionaban un motivo legal para responder a la violación con guerra justa.⁴ Respetar los tratados era necesario para mantener la paz, crear alianzas económicas y obtener el reconocimiento de la comunidad internacional.⁵

En particular, la provisión del Tratado de Paris que permitía a los acreedores británicos reclamar las deudas fue sumamente impopular. Las legislaturas locales promulgaron leyes para prohibir esos cobros. Lo que ocasionó fuertes tensiones con Gran Bretaña y casi una nueva guerra.

Tres grandes pensadores Alexander Hamilton, John Jay y James Madison idearon modelos para enfrentar este obstáculo al desarrollo.

John Jay, en ese momento Secretario de Estado, reportó al Congreso Continental una larga lista de violaciones al tratado de paz con Gran Bretaña y propuso una recomendación para solucionar este problema. Esta consistía en pedir a las cortes estatales que aplicaran los

³ David Sloss, *“The Death of Treaty Supremacy: An Invisible Constitutional Change”* (Oxford University Press: 2016) 19

⁴ Ford J. Simmons, *“The Treaty Problem: Understanding the Framers’ Approach to International Legal Commitments”*, *Yale Law Journal*, Vol. 128 Nº 3 (2019)

⁵ Julian g. Ku, *“Treaties as Laws: A Defense of the Last-in-Time Rule for Treaties and Federal Statutes”*, *Indiana Law Journal*, Vol. 8 Nº 2 Art 3 (2005) 366

tratados ratificados por encima del derecho estatal en conflicto. Desde esta recomendación se anticipa el lenguaje que tendrá la futura cláusula de supremacía de los tratados⁶:

“Los tratados ratificados se convierten, por virtud de la Confederación, en parte de la ley de la unión y son no solo independientes de la voluntad y el poder de las legislaturas estatales, pero también vinculantes y obligatorios para ellas... Las cortes de derecho y equidad en todas las acciones y cuestiones de su competencia, que surjan o en relación a dichos tratados, deberán decidir conforme a la intención y significado del tratado, a pesar de cualquier cosa en dichas Leyes o partes de esas Leyes en contrario” (“Journals of the Continental Congress 1774-1789” Library of Congress. Collection: Documents from the Continental Congress and the Constitutional Convention 1774 to 1789. 797)

El Congreso avaló esa resolución y la transmitió a los gobiernos estatales. Los exhortó a cumplir con los tratados ya que esto representaba un asunto de seguridad nacional y honor nacional.⁷ Sin embargo, las cortes estatales se negaron y siguieron aplicando el derecho estatal. Historiadores concuerdan en que las dificultades con el mundo exterior fueron un factor determinante para llamar a la Convención Constitucional y crear una nueva Constitución con un poder central más fuerte y menor autonomía estatal.⁸ El problema del incumplimiento de los tratados era parte de un problema mayor, la inhabilidad del gobierno para exigir el cumplimiento forzoso de la ley federal.⁹

En preparación a la Convención Constitucional James Madison escribió: “*Los Vicios del Sistema Político de los Estados Unidos*”. En dicho escrito, identificaba las violaciones al derecho internacional como uno de los principales defectos de la Confederación.¹⁰ Pero su propuesta era diferente a la de John Jay. Madison pensaba que los tribunales estatales velarían por los intereses estatales y tomarían su lado en caso de conflicto. Era escéptico

⁶ Sloss, *The Death of Treaty Supremacy*, 22-23

⁷ Ibid, 178-179

⁸ Michael D. Ramsay, “*The Constitution’s Text in Foreign Affairs*” (Harvard University Press: 2007) 39

⁹ Sloss, *The Death of Treaty Supremacy*, 23

¹⁰ “Vices of the Political System of the United States”, Founders Online, April 1787, National Archives, accesado el 29 de Septiembre, 2019, <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-09-02-0187>. Fuente Original: The Papers of James Madison, Vol. 9 Nº 9 April 1786–24 May 1787 and supplement 1781–1784, ed. Robert A. Rutland and William M. E. Rachel (Chicago: The University of Chicago Press, 1975) 345–58

del gobierno popular en los estados, pensaba que este no tenía restricciones y estaba sujeto a la demagogia. Consideraba que la mejor opción era crear un Congreso Federal que fuera realmente representativo y nacional, así este Congreso frenaría el egoísmo de los estados. Su propuesta consistía en otorgar al Congreso Federal un poder de veto sobre la legislación estatal que fuera incompatible con los tratados y las leyes federales.¹¹

Los oponentes de los federalistas consideraba que el poder legislativo debía de ser distinto del poder para crear tratados. Esta distinción venía de la herencia legal y política compartida con Gran Bretaña; en donde la lucha por el poder en las relaciones exteriores fue un elemento crítico durante la Guerra Civil, Interregno y la Restauración.¹²

En el siglo XVII la corona tenía el monopolio sobre la creación de tratados pero con la Restauración en el siglo XVIII, se llegó a un acuerdo político por medio del cual se requería la aprobación del parlamento sobre cualquier tema que regulaba la conducta doméstica y para fondear obligaciones contenidas en los tratados, aunque la Corona conservaba el poder formal para celebrar tratados. La distinción entre el poder para legislar y el poder para crear tratados fue un elemento fundamental de la separación de poderes y el ascenso del gobierno parlamentario.¹³

Dentro de ese contexto ideológico se presentaron dos propuestas en el Congreso Continental para regular el tema de los tratados internacionales: El Plan de Virginia y el Plan de Nueva Jersey. El Plan de Virginia, proponía que el Congreso Federal tuviera un poder de veto para rechazar las leyes estatales que estén en conflicto con la legislación federal o con los tratados. El Plan de Nueva Jersey proponía que sean las cortes estatales quienes invaliden la legislación en conflicto. Los delegados aprobaron el Plan de Nueva Jersey, de forma muy similar a como John Jay la había redactado en su recomendación al Congreso. “Irónicamente, la cláusula de supremacía nace como una alternativa que promovieron los defensores de más autonomía estatal”. (Sloss, *The Death of Treaty Supremacy*, 24)

¹¹ Charles F. Hobson, “The Negative on State Laws: James Madison, the Constitution, and the Crisis of Republican Government”, *The William and Mary Quarterly*, Vol. 36, Nº2 (1979) 215-235; John C. Yoo, “Globalism and the Constitution: Treaties, Non-Self Execution, and the Original Understanding”, *Columbia Law Review* (1999) 2005

¹² John C. Yoo, “Globalism and the Constitution: Treaties, Non-Self Execution, and the Original Understanding”, *Columbia Law Review* Vol. 99 Nº 8 (1999) 986-1998

¹³ *Ibid*, 2004

Durante los debates estatales de ratificación de la Constitución se discutieron varias objeciones a la cláusula de supremacía. Los anti-federalistas (o republicanos), se oponían a la naturaleza antidemocrática de la cláusula. Expresaron el temor de perder las protecciones a los derechos individuales contenidas en las constituciones locales porque los tratados internacionales las derogarían. Esto formaba parte de su crítica general a la Constitución por no contar con una Carta Federal de Derechos. El problema se resolvió adoptando la *Bill of Rights* para que las libertades básicas contaran con protección federal.¹⁴

Otra preocupación de los opositores era la falta de límite a los objetos que pueden ser materia de tratado. Algunos pensaban que el poder debía ser exclusivo del presidente o del senado, de lo contrario, se violaba la separación de poderes; otros pensaban que se debía de incluir a la Cámara de Representantes. Tanto Hamilton como John Jay respondieron a dichas críticas argumentando que dicho poder no se debía confiar a una sola persona; que si se entregaba exclusivamente al Senado el presidente perdería la conducción de la política exterior y finalmente que el gran número de los integrantes de la Cámara de Representantes impedía que esta participara con la discreción necesaria en las negociaciones diplomáticas¹⁵

Los esfuerzos republicanos se concentraron en las convenciones de ratificación de Virginia, Pensilvania y Nueva York¹⁶. Virginia era un Estado clave, en esa Convención se presentaron los debates más intensos y completos a favor y en contra de la Constitución y de la cláusula de supremacía.

El tema de los tratados era de especial relevancia en Virginia porque temían que si no se limitaba suficientemente el poder para crear tratados los estados del norte cederían los derechos de navegación por el Misisipi a cambio de un tratado comercial con España.¹⁷

¹⁴ Ibid, 34

¹⁵ Alexander Hamilton, Nº. 75 "The Treaty Making Power of the Executive", *The Federalist Papers* coordinadores John Jay y James Madison (Estados Unidos: Singet Classics Printing, 2003) 448-53; John Jay, Nº 64 "The Powers of the Senate", *The Federalist Papers* coordinadores Alexander Hamilton y James Madison (Estados Unidos: Singet Classics Printing, 2003) 388 -94

¹⁶ En Nueva York el debate se dio mayormente en los periódicos. Dando lugar a los ensayos de "The Federalist Papers"

¹⁷ Yoo, *Globalism and the Constitution*, 2059-62

A los republicanos les preocupaba que el poder para crear tratados pudiese convertirse en facultad para legislar. George Mason, expresó en sus objeciones a la Constitución que:

“Al declarar a los Tratados Ley Suprema de la Unión, el Ejecutivo y el Senado tienen, en muchos casos, un poder exclusivo para legislar; que podría ser evitado, con distinciones adecuadas con respecto a los tratados; y requiriendo la aprobación de la Cámara de Representantes, donde se puede hacer adecuadamente”. (Mason, 1787 § 9)

James Madison jugó un papel fundamental en Virginia para conciliar con la oposición y defender la cláusula de supremacía constitucional. Lo logró resaltando el carácter democrático del presidente.¹⁸ También utilizó el argumento que planteó en el Federalista N°53:

*“Aunque la Cámara de Representantes no participa inmediatamente en las negociaciones y arreglos internacionales, por la necesaria conexión entre las diferentes ramas de gobierno, esa área frecuentemente necesitará atención en el curso ordinario de la legislación y en ocasiones demandará particular sanción legislativa y cooperación.”*¹⁹

Igualmente enfatizó que dado que la Cámara de Representantes controla el presupuesto, su opinión e influencia de debe ser tomada en cuenta en las negociaciones internacionales, aunque no tenga autoridad constitucional expresa.²⁰

Expuso que el nuevo sistema sería tripartito: El Presidente (que representa a la población y a lo estados) celebraría los tratados con la autorización del Senado (que representa a cada estado por igual) bajo la influencia de la Cámara de Representantes (que representa a toda la población).²¹

Madison convenció a la oposición del carácter democrático de los tratados en el proceso de ratificación más complicado y más importante para aprobar la nueva Constitución. Pero ya

¹⁸ Yoo, *Globalism and the Constitution*, 2024

¹⁹ James Madison, N° 53 “The Same Subject Continued” *The Federalist Papers* coordinadores John Jay y Alexander Hamilton (Estados Unidos: Singet Classics Printing, 2003) 331

²⁰ Nicholas, George y James Madison “*James Madison a George Nicholas*” 1788. Manuscrito. <https://www.loc.gov/item/mjm023279/>. (En esta carta relata a su amigo y aliado la estrategia que debían seguir para lograr la ratificación en Virginia.)

²¹ *Ibid*, 809

estaba muy distanciado ideológicamente de los Federalistas y en 1791 fundó junto con Thomas Jefferson el Partido Demócrata-Republicano.²²

Por otra parte James Wilson intentó sin éxito presentar dos modificaciones a la cláusula de los tratados. La primera, incluir a la Cámara de Representantes en el proceso de aprobación de tratados porque tienen el efecto de una ley. La segunda, eliminar el requisito de 2/3 partes para aprobación de los tratados. Ninguna propuesta fue aceptada entonces quedó la facultad exclusiva en la Cámara de Senadores y se conservó la supermayoría para proteger intereses seccionales.²³

El resultado final fue que los federalistas lograron crear un poder central fuerte que podía celebrar tratados obligatorios para toda la federación. Los republicanos lograron la Carta de Derechos Federal para limitar al poder central y se conformaron con que sean las cortes estatales quienes invaliden la legislación estatal contraria a los tratados y no los poderes federales. Y finalmente se convencieron de la naturaleza democrática del poder para crear tratados.

Toda la discusión se concentró exclusivamente en la relación entre los tratados internacionales y el derecho local. Los miembros de la generación fundadora no pensaban que los tratados internacionales deberían de prevalecer sobre el derecho federal.²⁴

Aunque se adoptó la cláusula como la propusieron los Federalistas:

“This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof; and all Treaties made, or which shall be made, under the Authority of the United States, shall be the supreme Law of the Land; and the Judges in every State shall be bound thereby, any Thing in the Constitution or Laws of any State to the Contrary notwithstanding”.
(United States Constitution. Artículo VI, § 2)

Eso no significa que había un consenso general compartido por la generación fundadora sobre los detalles de cómo operaría el poder para crear tratados y su ejecución. En los primeros años de la nación la política exterior se convirtió en un tema sumamente divisivo

²² Editores de la Encyclopaedia Britannica, “Democratic-Republican Party”, Encyclopædia Britannica. Creado 30 de Enero, 2019. <https://www.britannica.com/topic/Democratic-Republican-Party>.

²³ Shlomo Slonim, *“Forging the American Nation, 1787-1791: James Madison and the Federalist Revolution”* (Springer 2017) 47-8

²⁴ Jack N. Rakove, *“Solving a Constitutional Puzzle: The Treaty-making Clause as a Case Study”*, *Perspectives in American History* (1984)

y en una lucha de poderes cuando los Federalistas retuvieron la Presidencia y la Suprema Corte, mientras el Partido Demócrata-Republicano ganó el Congreso.²⁵

Conclusión:

El primer paso en la evolución de la cláusula de supremacía fue su creación. Nació como una solución a la amenaza de una nueva guerra si se continuaba incumpliendo el Tratado de París de 1783. Los problemas con el mundo exterior fueron una de las causas principales para la creación de una nueva Constitución en la que el poder central sea más fuerte y se respeten los tratados internacionales y la ley federal.

Se adoptó la cláusula de supremacía tal como la propusieron los federalistas. La oposición intentó limitar el lenguaje de la cláusula pero no fue exitoso y finalmente se convenció de que si existía un elemento democrático en el poder para crear tratados. Aunque se llegó a un consenso para adoptar la cláusula se quedaron muchas preguntas sin resolver y comenzaron a surgir diferencias ideológicas al respecto.

No se estableció expresamente un papel para la Cámara de Representantes en la adopción e implementación de los tratados internacionales y todavía estaba por definirse como funcionaría esto.

DEBATE TRATADO CON GRAN BRETAÑA

El gobierno federal creado por la Constitución comenzó a operar en 1789. Y para 1795 la cláusula de supremacía de los tratados se convirtió en objeto de controversia. Los debates que suscitó la ratificación del *Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Su Majestad Británica y los Estados Unidos de América* aumentaron la polarización política que llevó a la creación del sistema de dos partidos.

Resurgió, pero ahora en el Congreso, la discusión sobre si los tratados necesitaban legislación para ser implementados domésticamente o no. Los federalistas opinaban que no, mientras que en el partido demócrata-republicano consideraban que sí. Esta división ideológica ya se había visto durante la ratificación de la Constitución, pero ahora los republicanos controlaban la Cámara de Representantes y no querían quedarse fuera de la conducción de la política exterior.

²⁵ Yoo, *Globalism and the Constitution*, 2017

Se debatió ¿Qué pasaría si un tratado federal exigiera apropiación de fondos? ¿El Congreso está obligado a proporcionarlos? También se discutió si el Presidente y el Senado pueden regular por medio de tratados materias que están fuera del ámbito federal.

Ambos partidos estaban de acuerdo en que se necesitaba legislación bicameral para aprobar apropiaciones de fondos. Por lo tanto, estaban todos de acuerdo que esas provisiones en un tratado son constitucionalmente no-autoejecutables. Pero era polémico si se necesitaba legislación del Congreso para ejecutar otras provisiones contenidas en los tratados.

Los republicanos utilizaron la terminología de facultades concurrentes y exclusivas. Sostenían que un tratado que regula materias de competencia exclusiva del Congreso no es constitucionalmente auto-ejecutable. Pero un tratado que regule una materia que sea de una competencia concurrente sí puede serlo.

Los Federalistas como Hamilton se oponían a esa interpretación. Consideraban que todas las competencias del Congreso, excepto la elaboración del presupuesto, son facultades concurrentes. Sostenían que la interpretación literal de la cláusula de supremacía es que los tratados tienen existencia legal y son ley suprema de la Unión sin necesitar ningún acto del Congreso.²⁶

Los debates concluyeron con la adopción de una resolución, escrita principalmente por Madison. La *House Treaty Resolution* en la que se determinó que aunque el poder para crear tratados es exclusivo del Presidente (con la participación del Senado), cuando el tratado versa sobre materias que son competencia del Congreso, es necesario que el Congreso cree leyes que implementen las provisiones del tratado. Y es obligación y derecho de la Cámara de Representantes deliberar sobre la viabilidad y eficacia de promulgar dichas leyes.²⁷ Se afirmó la facultad del Congreso a negarse a destinar fondos aunque de igual manera los asignaron.²⁸

²⁶ Sloss, *The Death of Treaty Supremacy*, 57 -60

²⁷ "A Century of Lawmaking for a New Nation: U.S. Congressional Documents and Debates, 1774 - 1875", *Annals of Congress*, (House of Representatives, 4th Congress, 1st Session) 771-72 <https://memory.loc.gov/cgi-bin/ampage?collId=llac&fileName=005/llac005.db&recNum=382>

²⁸ Sloss, *The Death of Treaty Supremacy*, 57

Así surgió en el Congreso la teoría constitucional de la auto-ejecución de los tratados. Que se limitó a estudiar la división de competencias entre el poder ejecutivo y el legislativo para determinar si es necesaria legislación que implemente el tratado o no.

Conclusión:

El siguiente paso en la evolución de la supremacía Constitucional fue que quedó asentado en el Congreso que aunque la Cámara de Representantes no participa en la creación de tratados internacionales, cuando un tratado regula alguna materia de competencia exclusiva del Congreso, es necesaria legislación adicional para implementarlo.

Nació la teoría constitucional de la auto-ejecución a raíz del debate partidista sobre la ratificación del tratado con Gran Bretaña. La resolución del debate se quedó en una resolución aplicable a la operación interna del Congreso, no se convirtió en ley. Además, esta teoría no tenía ninguna relación con la posibilidad de hacer exigible el contenido del tratado por el Poder Judicial, ni con la supremacía de los tratados sobre el derecho estatal.

WARE V. HYLTON Y FOSTER V. NIELSON

En 1796, solo 1 año después, la Suprema Corte decidió *Ware v. Hylton*. Un caso en el que un acreedor británico reclamaba la deuda que le debía un residente del estado de Virginia. La deuda había quedado cancelada por medio de leyes estatales, pero el Tratado de París estipulaba que las cancelaciones de deudas no eran válidas. Cinco jueces escribieron opiniones separadas y decidieron a favor del deudor británico, sostenido que la legislación de Virginia era inválida y la deuda debía ser pagada. Este fue el primer caso en el que se afirmó que un tratado internacional prevalece sobre el derecho estatal.²⁹

El Juez Iredell fue el único disidente que decidió a favor de Ware. Su opinión es ampliamente citada porque ilustra la diferencia entre provisiones ejecutadas y todavía no ejecutadas que será muy relevante después. Explica que:

“Hay provisiones en los tratados internacionales que se ejecutan al momento (Como declarar la Independencia de los Estados Unidos o afirmar derechos de navegación sobre el Misisipi) y provisiones que se ejecutarán en el futuro por cada nación ateniendo a lo que prescriba su Constitución (...) mientras que en Gran Bretaña se necesita un acto del Parlamento para implementar tratados internacionales y esa práctica es generalmente

²⁹ Ware v. Hylton, 3 U.S. 199 (1796)

observada (...) Pero agrega que a partir de la adopción de la nueva Constitución en Estados Unidos, con su cláusula de supremacía, las provisiones del tratado obligan a los Estados Unidos y el tratado es parte del derecho doméstico, sin necesidad de legislación ... si no, no serían la ley suprema".³⁰

El Juez Iredell reconoce que Gran Bretaña sigue un sistema dualista de recepción del derecho internacional. Las trece colonias tenían ese sistema pero lo cambiaron en la nueva Constitución y configuraron un sistema de recepción monista. También admite que en un tratado internacional puede haber provisiones que crean una situación jurídica inmediata y puede haber provisiones que constituyen una promesa de hacer en el futuro.

Treinta años después la Suprema Corte retomó la distinción entre provisiones ejecutadas y todavía no ejecutadas en el caso *Foster V. Nielson*. En ese caso los actores reclamaban la propiedad de una parcela de tierra al este del Misisipi que les fue concesionada por el gobernador español en 1804. España cedió a Francia el territorio de la Luisiana (al Oeste del Misisipi) y posteriormente Francia se la cedió a Estados Unidos en 1803. Pero Estados Unidos consideraba que el territorio cedido incluía toda la Florida (este y oeste) y el presidente Monroe ejerció su dominio en toda la zona. El conflicto se resolvió con el Tratado Adams-Onís, también conocido como Tratado de la Florida de 1818. España cedió todos sus derechos sobre la Florida (que de facto no tenía) y mantuvo la soberanía sobre Texas. No obstante, el Tratado también reconocía que las concesiones de tierra hechas por el gobierno de España anteriores a 1818 eran válidas.

Así que para resolver si los actores tenían derechos sobre la tierra cedida por el gobierno de España, la Suprema Corte tuvo que analizar si el artículo 8 del Tratado Adams-Onís era auto-ejecutable o no. Este leía:

"ART. 8. Todas las concesiones de terrenos hechas por S.M.C., ó por sus legítimas autoridades antes del 24 de Enero de 1818 en los expresados territorios que S. M. cede a los Estados unidos, quedarán ratificadas, y reconocidas las personas que estén en posesión de ellas, del mismo modo que lo serían si S. M. hubiese continuado en el dominio de estos territorios;" (Tratado de amistad, arreglo de diferencias y límites entre su Majestad Católica el Rey de España y los Estados Unidos de América 1819-1821)

El Juez Marshall decidió que era necesario un acto del Congreso para que fuera efectiva la disposición. Para llegar a esta conclusión se basó en el lenguaje del artículo. Sostuvo que la expresión "*shall be ratified*" implica futura acción legislativa. Así consideró que la nación

³⁰ Ibid

estaba celebrando un contrato con la otra nación por medio del cual se obligaba a llevar a cabo una acción en el futuro. Es decir, la cláusula era un contrato de promesa y le correspondía al Congreso cumplir con esa promesa. Este criterio fue eliminado en el caso *United States v. Percheman*, cuando se analizó la versión en español del tratado.³¹

Conclusión:

En estos dos casos surgió la distinción entre provisiones ejecutadas y provisiones todavía no ejecutadas en un tratado internacional. Esta distinción posteriormente se transformará en la distinción entre tratados auto-ejecutables y tratados no auto-ejecutables. Se suele citar la explicación conceptual de la auto-ejecución con la racionalización que el Juez Marshal brindó *Foster v. Nielson*, pero Marshal hablaba de un concepto muy diferente. En la siguiente sección se relatará cómo ha cambiado la interpretación de Foster.

REINTERPRETANDO LA AUTO-EJECUCIÓN

Durante 1800 y 1945 las doctrinas de la auto-ejecución de los tratados y la doctrina de supremacía constitucional de los tratados permanecieron separadas. La auto-ejecución no tenía relación alguna con casos de conflicto entre derecho estatal y tratados internacionales. En ese periodo la Suprema Corte resolvió 60 casos en los que había conflicto entre el derecho estatal y un tratado. En ninguno de los casos se menciona el término auto-ejecución.³²

Durante ese mismo periodo la Suprema Corte resolvió 550 casos relacionados con la aplicación judicial de un tratado internacional. En solo 11 de esos casos se utilizó el término auto-ejecución. Y entre en 25 y 30 casos se menciona algo relacionado con la doctrina, aunque no se utiliza el término.³³ La doctrina de la auto-ejecución era utilizada para preservar las facultades del Congreso, aplicable únicamente a los tratados internacionales que regulaban materias de competencia federal.³⁴

³¹ Sloss, *The Death of Treaty Supremacy*, 83

³² Sloss, *The Death of Treaty Supremacy*, 85-6

³³ *Ibid*, 129

³⁴ *Ibid*, 107

En ese periodo la doctrina de supremacía de los tratados y la auto-ejecución seguían sus caminos separados. Pero ocurrieron eventos que confundieron los conceptos y sembraron las semillas para el cambio que vendría después de 1945.

El primer cambio fue el aumento de la discrecionalidad del poder ejecutivo en materia de política exterior. Se comenzó a popularizar en el ámbito diplomático la práctica de incluir una declaración que establezca que para la entrada en vigor de un tratado, se necesita legislación del Congreso que lo implemente. Esto se conoce como la doctrina de condición precedente.³⁵

Lo que sucedió fue que cuando un tratado internacional aumentaba las facultades del poder ejecutivo, lo consideraban un tratado auto-ejecutable; pero cuando un tratado internacional limitaba las facultades del poder ejecutivo, consideraban que se necesitaba legislación adicional del Congreso que implemente el tratado.³⁶

Otro cambio que se dio en ese periodo fue comenzar a confundir la supremacía constitucional con la doctrina de *preemption*.³⁷ La supremacía de derecho federal significa que el derecho federal prevalece sobre el derecho estatal en conflicto. Por otra parte, *preemption* implica que cuando el Congreso legisla sobre un tema, prohíbe a los estados actuar en esa área, exista o no exista legislación en conflicto. Es decir, la legislación del Congreso “ocupa” el ámbito y se federaliza la materia. Los estados pierden el derecho de legislar al respecto.

Para que aplique la supremacía el elemento necesario es que exista un conflicto de leyes entre un orden superior y uno inferior, consecuentemente prevalece el orden superior. Pero para que opere la facultad de *preemption*, el elemento clave es la intención del Congreso de federalizar un tema.³⁸ Si el Congreso expresa la intención de federalizar el tema se federaliza, si no, no. El profesor Gardbaum explica que a principios del siglo XX la

³⁵ Ibid 128. Por ejemplo en tratados que establecían aranceles. Tratado de 1854 con Gran Bretaña; Tratado de 1857 con Dinamarca; Tratado de 1857 con Hawái; Tratado de 1883 con México; Tratado de 1902 con Cuba.

³⁶ Ibid 157- 65

³⁷ Se puede traducir como prioridad o prelación normativa. Es la potestad que tiene un poder legislativo superior de hacer que sus normas se impongan a las emanadas de un poder legislativo inferior cuando ambas entran en conflicto. <https://traduccionjuridica.es/preemption/>

³⁸ Stephen Gardbaum, “The Nature of Preemption”, *Cornell Law Review* (1994) 770- 71

Suprema Corte comenzó a mezclar los conceptos de supremacía constitucional y *preemption*.³⁹

La doctrina de la auto-ejecución de los tratados se transformó radicalmente cuando se le agregó el elemento de la *intención de los creadores del tratado*. Se modificó la doctrina de la auto-ejecución para que el elemento clave para determinar si un tratado es auto-ejecutable o no, sea determinar la intención de los creadores del tratado. (Como sucede con la doctrina de *preemption*). Esta transformación se dió en el contexto de la prohibición del alcohol.

En 1920 se aprobó la decimoctava enmienda a la Constitución que prohibía la manufactura, transportación y venta de licores, pero barcos extranjeros se estacionaban cerca de las costas para proveer licor de contrabando. Motivo por el cual, Estados Unidos firmó 16 tratados bilaterales que permitían que agentes federales inspeccionaran los barcos extranjeros que se sospechaba que transportaban alcohol y se confiscara ese contrabando.⁴⁰ Los tratados ampliaban el límite impuesto por el derecho internacional de 12 millas náuticas y lo remplazaban por la distancia que pudiera ser recorrida en una hora.⁴¹

En los círculos legales y académicos se discutía si esos tratados internacionales que creaban facultades adicionales para el poder ejecutivo federal necesitaban legislación federal para ser “efectivos” o no. Algunas cortes estatales sostuvieron que requerían de legislación para ser implementados pero eso dañaba los esfuerzos del gobierno federal para combatir el tráfico de alcohol.

Dentro de ese debate el Profesor Edwin Dickinson publicó un artículo el *American Journal of International Law* titulado: *¿Son Auto-ejecutables los Tratados de Licores?* En el que expresó:

“Si los creadores del tratado tenían la intención de que el tratado fuera auto-ejecutable tiene el efecto de ley, si no, se necesita legislación para que pueda ser una regla aplicable por las cortes”.

³⁹ Ibid

⁴⁰ Sloss, *The Death of Treaty Supremacy*, 154

⁴¹ James B. McDonough, “The International Liquor Treaties and the Eighteenth Amendment”, *Virginia Law Review*, Vol. 12 Nº 3 (1926) 215–34

Con estas líneas se crea una nueva doctrina, la teoría de la “*Intención*” de la auto-ejecución. Que considera que para determinar si un tratado es auto-ejecutable o no, se debe analizar el texto del tratado, si esto no es suficiente, se debe tomar en cuenta: la negociación y el contexto en el que se firmó el tratado. De esta forma se puede descubrir la intención de los creadores. Este aspecto de la intención es central en la doctrina contemporánea sobre la auto-ejecución.⁴²

Pero en ese momento, no se reconoció que se estaba creando un nuevo paradigma para entender la auto-ejecución de los tratados. El profesor Dickinson lo explicó como si siempre se hubiera interpretado de la misma forma, para esto citó como autoridad, las siguientes líneas del gran Juez Marshall en el caso *Foster v. Neilson*. El caso decidido 100 años antes:

“Nuestra Constitución declara que un tratado es ley suprema de la unión. En consecuencia, se considera en las cortes como equivalente a un acto de la legislatura, cuando opera por sí mismo, sin ayuda de ninguna disposición legislativa. Pero cuando los términos de estipulación crean un contrato, cuando cualquiera de las partes se compromete a llevar a cabo algún acto en particular, el tratado se refiere a lo político, no a lo judicial y la legislatura debe ejecutar el contrato antes de que pueda ser una regla para la corte.”⁴³

La “interpretación moderna” de *Foster* sostiene que Marshall, analizando el texto del tratado, encontró que el tratado era no auto-ejecutable porque el texto reflejaba la intención que no lo fuera.⁴⁴

Es importante comprender que Marshall no utilizó la distinción entre tratados auto-ejecutables y no auto-ejecutables como se entiende hoy en día; utilizaba la teoría constitucional de la autoejecución de la época para determinar si le correspondía al Congreso o al poder judicial cumplir con la obligación internacional.

Marshall utilizó la distinción entre provisiones ejecutadas y todavía no ejecutadas (como las entendió el Juez Iredell en *Ware v. Hylton*). Por eso analizaba el tiempo verbal, para entender si el contenido del tratado ya era ley (que tenía que aplicar la autoridad) o era un acuerdo para llevar a cabo una acción en el futuro (que tenía que llevar a cabo el Congreso).

⁴² Sloss, *The Death of Treaty Supremacy*, 154-58

⁴³ Edwin D. Dickinson, “Are the Liquor Treaties Self-Executing?”, *The American Journal of International Law*, Vol. 20, Nº 3 (1926) 444–52.

⁴⁴ Sloss, *The Death of Treaty Supremacy*, 77

Marshall consideró que si el tratado contiene una obligación, debía de hacerse un análisis de derecho constitucional para determinar qué área del gobierno estaba obligada a cumplir la obligación. Esto es porque la implementación de los tratados se estudiaba con el *método de dos pasos*, en el que había que hacerse dos preguntas. La primera: ¿Qué obligación requiere el tratado que lleve a cabo Estados Unidos? La segunda: ¿Qué actor gubernamental está facultado para llevar a cabo esa obligación?. Entonces, identificar la obligación requería un análisis del texto del tratado (de derecho internacional). Y la implementación del tratado era un tema de análisis constitucional (de derecho interno).⁴⁵

Además, Marshall pensó que se necesitaba legislación federal para perfeccionar el título de propiedad porque el título no era perfecto, el tratado obligaba a Estados Unidos a perfeccionar los títulos de propiedad (en el futuro), y el Congreso federal necesitaba perfeccionar el título de propiedad porque el Artículo 4 constitucional le otorgaba al Congreso la facultad de disponer del territorio nacional.

Pero el profesor Dickinson interpretó que lo que Marshall realizó fue únicamente “desentrañar la intención de los creadores del tratado”. Simplificó el *método de dos pasos* y lo transformó en el *método de un paso*, en el que solo se hace una pregunta ¿Los creadores del tratado pretendían que el tratado fuera auto-ejecutable o no auto-ejecutable? Así se convirtió la doctrina de la auto-ejecución en un tema de interpretación de los tratados y se dejó de lado el análisis constitucional sobre separación de poderes.

Al utilizar la cita de Foster aislada de su contexto, Dickinson construyó una teoría que propone que el poder ejecutivo tiene la facultad de crear tratados que sean ley suprema de la unión y tratados que necesiten de un acto legislativo para serlo. Y para determinar ante qué tipo de tratado nos enfrentamos se debe buscar la “intención” en el texto del tratado. Aunque esa intención no sea expresa, se debe construir una intención ficticia a partir del contenido de las cláusulas.⁴⁶

El artículo fue ampliamente divulgado, con gran aceptación e influencia. El Departamento de Estado adoptó la teoría de la intención en su *Digesto de Derecho Internacional*. “El cual era prácticamente la biblia para una generación de abogados del departamento de estado”.⁴⁷ Y posteriormente el Profesor Dickinson fue un elemento clave para crear el *Restatement*

⁴⁵ Ibid

⁴⁶ Ibid, 80-84

⁴⁷ Ibid 162

of Foreign Relations Law del American Law Institute que consolidaría en 1965 la nueva teoría de la auto-ejecución.

Hoy se considera que el caso Foster introdujo la distinción entre tratados auto-ejecutables y no auto-ejecutables, así como la doctrina de la intención en la auto-ejecución; pero antes del artículo de Dickinson lo que existía era la teoría constitucional de la auto-ejecución, limitada a la separación de poderes y raramente utilizada por el poder judicial. Y por otra parte la distinción entre provisiones ejecutadas y todavía no ejecutadas en un tratado.⁴⁸

Conclusión:

Se comenzaron a mezclar los conceptos de supremacía y *preemption*. Así fue como se incluyó dentro de la doctrina de la auto-ejecución el elemento de la intención de los creadores del tratado. Esto transformó la doctrina de un tema de separación de poderes en el ámbito constitucional, a un tema de interpretación de los tratados. La doctrina de la intención se popularizó dado que aumentaba la discrecionalidad del poder ejecutivo en la conducción de la política exterior.

EL DERECHO FEDERAL Y LOS TRATADOS

Es generalmente aceptado que las violaciones al derecho internacional fueron uno de los motivos para convocar la Convención Constitucional de Filadelfia. Pero la creación de una Constitución que declara que los tratados internacionales son *law of the land* no resuelve el problema de la relación entre el derecho internacional y el derecho federal. Los miembros de la Convención no dedicaron demasiado tiempo a discutir el poder para crear tratados y en la medida que lo hicieron, se enfocaron en la relación entre tratados y derecho local.⁴⁹

La cláusula de supremacía establece que las leyes de los Estados Unidos deben adecuarse a la Constitución: “*This Constitution, and the Laws of the United States which shall be made in Pursuance thereof*” (United States Constitution. Artículo VI, § 2). Por lo que en caso de conflicto entre la ley federal y la Constitución prevalece la Constitución.

⁴⁸ Hubo una decisión en 1850 de la Suprema Corte Judicial de Maine que también interpretó Foster con el método de un paso. Pero fue una decisión abierta a diferentes interpretaciones y no relevante en la evolución de la doctrina. (Sloss, *The Death of Treaty Supremacy*, 348 nota 70)

⁴⁹ Julian g. Ku, “Treaties as Laws: A Defense of the Last-in-Time Rule for Treaties and Federal Statutes”, *Indiana Law Journal*. Vol. 8 Nº 2 Artículo 3 (2005)

La cláusula de supremacía constitucional no aclaró la relación entre los tratados internacionales y las diferentes fuentes de derecho doméstico. En general cuando hay conflicto entre un tratado internacional (auto-ejecutable) y el derecho local: el tratado internacional prevalece. Siempre ha existido acuerdo al respecto, desde *Ware v. Hylton*:

“Todos los tratados creado con la autoridad de los *Estados Unidos será superior a la Constitución y las leyes de cada estado individual*”.⁵⁰

Tampoco se ha disputado nunca que cuando hay conflicto entre la Constitución y un tratado internacional prevalece la Constitución. La enunciación más clara de esta regla se dio en 1957 en el caso *Reid v. Court*, cuando se determinó que los tratados internacionales son inválidos si violan una norma constitucional. Los tratados internacionales, al igual que las leyes federales, deben adecuarse a la Constitución⁵¹

Pero no era tan claro que procede en caso de conflicto entre el derecho federal y los tratados internacionales. La regla que establece que prevalece el *último en tiempo*, ha sido utilizada por las cortes los últimos 150 años. La primera vez que este principio fue formulado por una corte inferior fue en el caso *Taylor v. Morton*. En el que se disputaba la imposición de aranceles aduanales porque violaba ciertos tratados internacionales.

“*Por la Constitución, un tratado internacional se ubica al mismo nivel, con la misma obligatoriedad que un acto del Congreso. Ambos son declarados ley suprema de la tierra y no prevalece una sobre otra... Si hay inconsistencias, el último en tiempo controlará a la anterior.*”⁵²

Se consolidó el principio de ley posterior deroga a la anterior (*leges posteriores priores contrarias abrogant*). Considerando que cuando un tratado internacional que entra al sistema jurídico doméstico esta en situación de igualdad con el derecho federal. Así, la última ley en tiempo, es la que debe prevalecer. Esta concepción de igualdad entre diferentes tipos de ley es la base del argumento.⁵³

Posteriormente la Suprema Corte aplicó el precedente en 4 casos relacionados con conflicto entre tratados con las tribus indígenas y actos del Congreso. Las decisiones indias reforzaron

⁵⁰ *Ware v. Hylton*, 3 U.S. (3 Dall.) 199, 237 (1796).

⁵¹ 354 U.S 1 (1957)

⁵² *Taylor v. Morton*, 67 U.S. 2 Black 481 481 (1862)

⁵³ Ku, *Treaties as Laws*, 327-28

la regla y son frecuentemente citadas como argumento de ley posterior deroga a la anterior, sin considerar la especial relación entre las tribus indígenas y el Estado.⁵⁴

En 1884 la Suprema Corte aplicó la regla del último en tiempo en *Head Money Cases*. La Federación comenzó a controlar el tema migratorio y decidió imponer un impuesto de 50 centavos por migrante aunque esto fuera violatorio de tratados internacionales. La Suprema Corte se pronunció por la legalidad del impuesto. Ponderó el estatuto y el tratado y resolvió que aplica la regla del *último en tiempo*.⁵⁵

En 1888 en el caso *Whitney v. Robertson*, se reforzó el principio de igualdad entre el derecho federal y los tratados y la regla del último en tiempo, con las mismas palabras que en el caso *Taylor v Morton*: “Por la Constitución, un tratado internacional se ubica al mismo nivel, con la misma obligatoriedad que un acto del Congreso. Ambos son declarados ley suprema de la tierra y no prevalece una sobre otra... Si hay inconsistencias, el último en tiempo controlará a la anterior”⁵⁶

La regla del “último en tiempo” ha sido ampliamente criticada en la academia. Los internacionalistas están en contra porque si el Estado asume un compromiso internacional, no se pueden invocar provisiones de derecho interno para incumplir las obligaciones. Y también es criticada por los soberanistas que piensan que el derecho federal, producto de los representantes legítimos del pueblo, es la ley que debe prevalecer siempre.⁵⁷

Conclusión:

Se continuó debilitando la cláusula de supremacía constitucional de los tratados cuando se asentó en la vía jurisprudencial que se puede evitar la aplicación doméstica de los tratados internacionales, si se promulga una ley federal que contradiga el tratado.

DERECHO INTERNAICONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

⁵⁴ Howard B Tolley, "The Domestic Applicability of International Treaties in the United States", *Lawyer of the Americas*, Vol. 15 Nº 1 (1983)

⁵⁵ “*Head Money Cases*” Oxford Reference

⁵⁶ *Whitney v. Robertson*, 124 U.S. 190, 194 (1888)

⁵⁷ Ku, *Treaties as Laws*, 323-26

Después de la Segunda Guerra Mundial se creó el Derecho Internacional de los Derechos Humanos que cambió el paradigma en el que operaba la cláusula de supremacía de los tratados.

La comunidad internacional negoció la adopción de la Convención contra el Genocidio y la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Estados Unidos tuvo un papel clave en la redacción y negociación de ambos documentos, en los cuales, se señala que la prohibición de la discriminación racial debía de ser una de las normas fundacionales del nuevo orden de la posguerra.

No obstante, en Estados Unidos la discriminación racial seguía siendo legal. Solo que ahora existía una obligación de no discriminar frente a toda la comunidad internacional. Los principios de universalidad de los derechos fundamentales y la no discriminación se incorporaron al Derecho Internacional moderno. El trato a las minorías ya no era un asunto puramente doméstico. Las leyes Jim Crow (los estatutos y ordenanzas establecidas entre 1874 y 1975 con el fin de separar las razas blancas y negras en el sur americano⁵⁸) se convirtieron en asunto diplomático, ampliamente explotado por la Unión Soviética. El trato que se le daba al negro dentro de sus fronteras dañaba la imagen de Estados Unidos en el mundo y contrastaba con su discurso de ser un país defensor de la libertad, progreso y la dignidad humana⁵⁹

Entre 1945 y 1954 activistas de derechos civiles en Estados Unidos litigaron docenas de casos en los que solicitaron a las cortes domésticas que apliquen la Carta de Naciones Unidas junto con la cláusula de supremacía de los tratados para invalidar el derecho estatal discriminatorio.⁶⁰

En 1950 en *Fuji v. California* la corte de primera instancia en California aplicó la Carta de Naciones Unidas para determinar que la ley estatal que discriminaba a las personas de nacionalidad japonesa era inconstitucional. Si se mantenía ese precedente todas las leyes Jim Crow del sur de los Estados Unidos quedarían efectivamente abrogadas. Esto provocó

⁵⁸ "Leyes Jim Crow" leyderecho.org. 06, 2018. Acceso 8 de noviembre 2019.
<https://leyderecho.org/leyes-jim-crow/>

⁵⁹ Sloss, *The Death of Treaty Supremacy*, 187

⁶⁰ *Ibid*, 174

que la oposición conservadora se movilizó para impedir que los tratados internacionales de derechos humanos afectaran los asuntos domésticos del país.⁶¹

El Estado de California apeló la decisión con la ayuda del Juez Manley Hudson (ex juez de la Corte Permanente Internacional de Justicia y miembro de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas). El juez Manley publicó un artículo en el *American Journal of International Law* que explicaba detalladamente porque consideraba que la decisión de primera instancia en *Fuji v. California* era incorrecta. El ensayo se incluyó como apéndice en el caso.⁶²

Hasta ese momento, la doctrina de la auto-ejecución de los tratados y la doctrina de la supremacía de los tratados eran dos doctrinas separadas. “Pero el juez Hudson efectivamente re-conceptualizó la doctrina de supremacía de los tratados como adjunta a la doctrina de la auto-ejecución”.⁶³

Cuando la Suprema Corte de California finalmente decidió *Fuji* adoptó los argumentos del Juez Hudson para fundamentar su decisión. Básicamente la lógica utilizada fue: 1) Que los artículos 55 y 56 de la Carta de las Naciones Unidas son muy vagos para ser judicialmente exigibles 2) por lo tanto, no son auto-ejecutables 3) En consecuencia, no prevalecen sobre el derecho estatal.

Existe una consecuencia del paso uno al dos. Una disposición demasiado vaga en un tratado internacional necesita ser implementada mediante legislación federal. Sin embargo, el paso número tres se refiere a la supremacía de los tratados y carece de relación con la doctrina de auto-ejecución.⁶⁴

Esa fue la primera corte estadounidense en sostener que los tratados que no auto-ejecutables no prevalecen sobre el derecho estatal. Así se creó una novedosa excepción a la cláusula de supremacía contenida en la Constitución. Este caso fue un paso muy

⁶¹ Ibid, 208-18

⁶² Ibid, 223

⁶³ Ibid, 233

⁶⁴ Ibid

importante para convertir la cláusula de supremacía de una regla obligatoria a una opcional.

65

La resolución del caso fue políticamente complicada. La Suprema Corte de California entendía que era necesario un cambio en la política racial y no querían sostener la validez de la norma discriminatoria, entendían lo dañino que era para la imagen del país. Pero no quisieron basar su decisión en la Carta de las Naciones Unidas, esto hubiera sido un caos político en virtud de que las fuerzas conservadoras nacionales se opondrían a aceptar un cambio dictado por las Naciones Unidas, e implicaría admitir que las leyes estadounidenses no cumplían con los estándares internacionales de derechos humanos. Tampoco quisieron basar su decisión en la Constitución de California, porque eso estaría en tensión con la universalidad de los derechos humanos. Entonces optaron por una nueva opción, ignorar todo el precedente constitucional y reinterpretar la 14ª enmienda constitucional (la protección igualitaria) para prohibir la discriminación racial. ⁶⁶

Dos años después la Suprema Corte aplicó el mismo criterio que la Suprema Corte de California para resolver *Brown v. Board of Education* y *Boiling v. Sharpe*. En ambos casos la Corte optó por invalidar su propio precedente y votar en contra de la segregación racial en las escuelas. Los jueces Burton y Minton reconocían el imperativo de la Guerra Fría para un cambio racial. ⁶⁷ Pero no basaron su decisión en la Carta de Naciones Unidas, eligieron ampliar la protección de la 14ª enmienda para lograr su objetivo.

Después de estos casos, los activistas de derechos humanos cambiaron de estrategia. Dejaron la Carta de Naciones Unidas y la cláusula de supremacía y se enfocaron en argumentar sus casos basados en la protección igualitaria. ⁶⁸

Sin embargo, la decisión de la corte de primera instancia en el caso de Fuji produjo una reacción conservadora en el ámbito político. El senado debatió la decisión en 1950 y cabe recalcar que este nunca discute sobre decisiones de cortes de primera instancia estatales. Activistas de la Barra Americana de Abogados obtuvieron apoyo para proponer una iniciativa en el senado conocida como la *Enmienda Bricker* para cambiar la cláusula de

⁶⁵ Ibid, 213

⁶⁶Ibid, 240

⁶⁷ Barrett, John Q, "Supreme Court Law Clerk's Recollections of *Brown v. Board of Education*", *St John's Law Review* (2004)

⁶⁸ Sloss, *The Death of Treaty Supremacy*, 178-79

supremacía de los tratados. Temían que la aplicación de normas internacionales de derechos humanos produciría un cambio fundamental en el balance de poder entre estados y gobierno federal. La propuesta establecía:

“Un tratado u otro documento internacional será efectivo como legislación interna de Estados Unidos, solo por medio de legislación aprobada por el Congreso, a menos que durante la ratificación en el Senado... se establezca que operará como legislación doméstica sin legislación del Congreso”.

La votación final fue de 42 votos a favor y 55 en contra. Por lo que no prosperó la iniciativa para convertir a los tratados en presumiblemente no auto-ejecutables.⁶⁹ La administración de Eisenhower rechazó la Enmienda Bricker porque el gobierno federal perdería control sobre la conducción de la política exterior.⁷⁰

Además, argumentaron durante las audiencias que una enmienda constitucional no era necesaria ya que bastaba con incluir en los tratados internacionales una declaración unilateral que estableciera que las provisiones del tratado no prevalecerían sobre el derecho estatal sin legislación federal que implementara el tratado.⁷¹ Estaba implícito en este argumento que la cláusula de supremacía de los tratados era opcional y el poder ejecutivo podría elegir si quería crear un tratado auto-ejecutable o uno no auto-ejecutable.⁷²

Los participantes en el Senado utilizaron lo obscuro y complejo de las doctrinas de supremacía de los tratados y la auto-ejecución para argumentar que la reforma constitucional no era necesaria. Y que podían lograr sus objetivos sin perjudicarse al interpretar la doctrina de esa forma.

Después del este debate en el senado, Estados Unidos comenzó la práctica de adoptar formalmente una cláusula de no auto-ejecución en los tratados en materia de Derechos Humanos. Así quedaba más claro que el contenido del tratado no podría ser aplicado

⁶⁹ Ibid, 253

⁷⁰ Philip A. Grant, “The Bricker Amendment Controversy”, *Presidential Studies Quarterly*, Vol 15 Nº 3 (1985) 572–82

⁷¹ Bricker Hearings (1953): Testimonio del Secretario de Estado John Foster Dulles 824-826; Testimonio Harold E Stassen 1054-59; Testimonio Procurador General Herbert Brownell 835; Reporte Barra de Abogados de Nueva York 244-46

⁷² Sloss, *The Death of Treaty Supremacy*, 173-75

directamente en las cortes sin legislación que la implemente. Las justificaciones que se han citado para esto fueron:

*1) Que las leyes y remedios domésticos son suficientes para cumplir estándares internacionales en materia de Derechos Humanos; 2) Que aunque sustantivamente las provisiones constitucionales y en los tratados sean similares pueden contener redacciones diferentes que complicarían los procedimientos legales; 3) No hay acuerdo sobre cuales específicamente de las provisiones de los tratados serían de aplicación directa; 4) Que al hacerlo de esta manera se mantiene la seguridad jurídica, 5) Que si debe de cambiar el alcance de las protecciones a los derechos humanos este proceso debe hacerse a través de legislación en la que participe la Cámara de Representantes.*⁷³

La visión de la cláusula de supremacía como una opción era ya ampliamente aceptada por los funcionarios del poder ejecutivo pero para las cortes todavía no. La decisión de la Suprema Corte de California en *Fuji* y una decisión de una corte de distrito federal en 1961 (*Camacho V. Rogers*) fueron las únicas decisiones publicadas en ese periodo en las que se sostuvo una excepción a la cláusula de supremacía de los tratados por ser no auto-ejecutables.⁷⁴

Esto cambio drásticamente a partir de 1965 cuando el *American Law Institute* publicó su (*Segundo*) *Restatement of Foreign Relations Law*. Antes de este momento la doctrina de la auto-ejecución de los tratados y la cláusula de supremacía habían seguido caminos separados, excepto por el par de decisiones arriba mencionadas y durante el debate de la enmienda Bricker. Sin embargo, ese material no era difundido. En cambio el *Restament* brindaba una fuente accesible y confiable para citar con autoridad.⁷⁵

Básicamente se consolidó la transformación de la regla de supremacía de los tratados en una regla opcional. La Sección 141 del segundo Restament establece que :

(1) Un tratado del que Estados Unidos es parte, en el que se manifiesta la intención de que sea efectivo como legislación doméstica ...

a) es auto-ejecutable y

⁷³ Curtis A. Bradley and Jack L. Goldsmith, "Treaties, Human Rights, and Conditional Consent," 149 *Pennsylvania Law Review* (2000) 419–420

⁷⁴ *Ibid*, 257

⁷⁵ *Ibid*, 267

b) reemplaza legislación estatal en conflicto;

(2) En cambio un tratado que no manifieste la intención referida en la subsección (1)... es no auto-ejecutable y no tiene el efecto establecido en la subsección (1).⁷⁶

Los materiales publicados después de 1965 contrastan drásticamente con los anteriores en los que la supremacía de los tratados y la auto-ejecución de los tratados eran dos doctrinas y temas diferentes. Así se ha vuelto una práctica común de los poderes políticos ratificar tratados con declaraciones que especifiquen que el tratado no es auto-ejecutable.⁷⁷

Desde el fin de la guerra fría, cuando terminó la necesidad de mantener alianzas internacionales en contra de un enemigo común, se observa una tendencia de los Estados Unidos a ignorar sus obligaciones internacionales con impunidad. Como por ejemplo, no pagar en tiempo y forma las cuotas a Naciones Unidas o continuar sin avisar a los detenidos extranjeros de su derecho a solicitar asistencia consular.⁷⁸

En 2008 la Suprema Corte resolvió el caso *Medellín v Texas*, un ejemplo claro de como se entienden hoy las doctrinas de auto-ejecución de los tratados y supremacía constitucional. La Suprema Corte reconoció que la sentencia Avena impone una obligación internacional a Estados Unidos; pero considera que no prevalece sobre el derecho criminal procesal de Texas ya que ni el Protocolo Opcional, ni la Carta de Naciones Unidas ni el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia son tratados auto-ejecutables.⁷⁹

En conclusión, la posición de la Corte es que ninguna sentencia de la Corte Internacional de Justicia es auto-ejecutable y para que alguna disposición de la sentencia prevalezca sobre el derecho estatal es necesaria legislación del Congreso que la implemente.

La Suprema Corte utiliza el caso *Foster v. Nielson* para justificar que se debe de atender a la intención al momento de la ratificación para determinar si el tratado es auto-ejecutable o no.⁸⁰ Y que para determinar esta intención se debe de analizar el texto del tratado.

⁷⁶ *(Second) Restatement International Law*. American Law Institute (1965)

⁷⁷ Sloss, *The Death of Treaty Supremacy*, 284

⁷⁸ Detlev Vagts, "Taking Treaties Less Seriously," *American Journal of International Law* Vol.92 N°3 (1998)

⁷⁹ *Medellín v. Texas* (2008)

⁸⁰ *Foster v. Neilson*, 2 Pet. 253, 314

⁸¹Nuevamente vuelven a citar a *Foster* para explicar que la responsabilidad de transformar una obligación internacional contenida en un tratado no auto-ejecutable en legislación doméstica le corresponde al poder legislativo y no al ejecutivo. ⁸²

Conclusión:

Los avances en el régimen internacional de los derechos humanos a partir de la Segunda Guerra Mundial crearon una discordia entre el discurso diplomático de Estados Unidos de proteger los derechos humanos y su realidad doméstica, en la cual prevalecía la discriminación. La consecuencia lógica de esta situación fue la resolución del caso *Fuji v. California*, en el que la corte de primera instancia resolvió que una ley discriminatoria es contraria a la Carta de Naciones Unidas (que es ley suprema de la unión debido a la cláusula de supremacía); por lo tanto la ley discriminatoria es inconstitucional.

La decisión de *Fuji* provocó una reacción conservadora en Estados Unidos que logró que la Suprema Corte revirtiera la decisión argumentando que un tratado vago es no auto-ejecutable y un tratado no auto-ejecutable no prevalece sobre el derecho estatal. Lo cual creo una excepción a la cláusula de supremacía que no existía antes.

En el ámbito político se discutió en el Senado la posibilidad de modificar la cláusula de supremacía constitucional para que los tratados internacionales sean todos presumiblemente no auto-ejecutables a menos que se establezca lo contrario. No prosperó la iniciativa, pero en la práctica se dio esa transformación sin necesidad de modificar la Constitución.

Los tratados internacionales se presumen no auto-ejecutables (si los creadores del tratado no manifestaron la intención de lo contrario), inclusive las sentencias de la Corte Internacional de Justicia son consideradas no-autoejecutables. Como en el caso *Medellín v. Texas*. En el que la Suprema Corte de Estados Unidos reconoció que la sentencia *Avena* (dictada por la Corte Penal Internacional) impuso una obligación internacional a Estados Unidos, pero considera que esta no prevalece sobre el derecho criminal procesal de Texas porque no hay legislación federal que la implemente. Ya que ni el Protocolo Opcional, ni la

⁸¹ Foster supra 18-20

⁸² Foster 2 Pet 35

Carta de Naciones Unidas ni el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia son tratados auto-ejecutables.⁸³

La Suprema Corte utilizó el caso *Foster v. Nielson* para justificar que se debe de atender a la intención al momento de la ratificación para determinar si el tratado es auto-ejecutable o no.⁸⁴ Y que para determinar esta intención se debe de analizar el texto del tratado.⁸⁵ Nuevamente vuelve a citar a *Foster* para explicar que la responsabilidad de transformar una obligación internacional contenida en un tratado no auto-ejecutable en legislación doméstica le corresponde al poder legislativo y no al ejecutivo.⁸⁶

En conclusión, las sentencias de órganos jurisdiccionales internacionales forman parte de otro orden jurídico, independiente del derecho doméstico. Y para que estas sean aplicables domésticamente se necesita legislación del Congreso que implemente las provisiones contenidas en las sentencias.

OTRAS TENDENCIAS

Desde 1930, la mayoría de los acuerdos internacionales que realiza Estados Unidos no son tratados internacionales con las formalidades que requiere la Constitución. Se firman *Executive Agreements*, que son acuerdos internacionales que no son enviados al senado para su aprobación. O *Congressional-Executive Agreements* que son enviados al Congreso y aprobados por mayoría simple (no la mayoría de 2/3 partes requerida para los tratados).⁸⁷ Y ninguno de los dos es ley suprema de la unión como lo son los tratados internacionales.

La facultad de crear este tipo de acuerdos no se encuentra explícitamente en la Constitución. Se considera que el Presidente tiene la facultad implícita de hacerlo si fundamenta cada provisión del acuerdo en legislación existente; el artículo II sección 2 de

⁸³ Medellín v. Texas 2008

⁸⁴ Foster v. Neilson, 2 Pet. 253, 314

⁸⁵ Foster supra 18-20

⁸⁶ Foster 2 Pet 35

⁸⁷ Oona Hathaway, "Treaties' End: The Past, Present, and Future of International Law-making in the United States", Yale Law Journal Vol. 117 No 97 (2008) 1236 -360

la Constitución o sus Plenos Poderes.⁸⁸ La facultad del presidente de crear acuerdos internacionales se afirmó en los casos *United States v. Belmont* (1937) y *United States v. Pink* (1942).⁸⁹

En los mismos casos, la Suprema Corte resolvió que los *executive agreements* tienen la misma jerarquía normativa que un decreto presidencial. Prevalen sobre el derecho local más no tienen la misma autoridad que un acto del Congreso. En consecuencia, en caso de conflicto entre una disposición del acuerdo y una ley del Congreso: prevalece la ley del Congreso.

Solo los tratados internacionales son *law of the land*. Solo los tratados auto-ejecutivos prevalecen sobre la legislación inconsistente estatal. Mientras que un tratado no auto-ejecutable sigue siendo *law of the land* en la medida que el Presidente no puede ignorarlo y el Congreso debe emitir legislación que lo implemente.⁹⁰

También los diplomáticos estadounidenses han desarrollado otras prácticas para modificar el lenguaje de las cláusulas y hacerlas menos vinculantes. Por ejemplo: Utilizar un lenguaje ambiguo de manera internacional para que quepan dos interpretaciones opuestas o cambiar palabras que indiquen una obligación por otras que indiquen metas a alcanzar etc. En áreas como el cambio climático, la migración o el desarrollo sostenible es visible esta tendencia global de crear acuerdos voluntarios, con obligaciones suaves en lugar de tratados legalmente exigibles.

Conclusión:

Todo esto indica que la tendencia en Estados Unidos ha sido obligarse menos por medio de tratados internacionales. En los primeros años de la Nación era de vital importancia cumplir con los tratados internacionales y se incluyó en la Constitución una cláusula que indica que los tratados internacionales, la Constitución y las leyes de los Estados Unidos serían la ley suprema. No obstante, el desarrollo jurisprudencial, la doctrina, la práctica

⁸⁸ David A. Wirth, "Executive Agreements Relying on Implied Statutory Authority: A Response to Bodansky and Spiro," *Vanderbilt Journal of Transnational Law* Vol. 50 (2017) 741-55.

⁸⁹ Kemal Gözler, "The Question of the Rank of International Treaties in National Hierarchy of Norms: A Theoretical and Comparative Study" Prof. Dr. Mehmet Genç'e Armağan [Essays in Honor of Prof. Dr. Mehmet Genç] (Bursa, Dora, 2016)21-46 (<http://www.anayasa.gen.tr/rank-of-treaties.pdf>).

⁹⁰ Frederic L. Kirgis, "International Agreements and U.S. Law", Vol. 2. Nº 5, *American Society of International Law* (May 27, 1997)

ejecutiva y diplomática han llevado a debilitar la fuerza que tienen los tratados internacionales en el sistema jurídico doméstico.

Aunque el Artículo VI párrafo indica que se sigue una tesis monista de recepción de los tratados internacionales, se desarrolló la doctrina de la auto-ejecución de tratados que llegó a convertirse en una alternativa para incluir un sistema dualista de recepción del derecho internacional. En un principio dicha doctrina solo se refería a una cuestión de división de poderes interna para el cumplimiento de un tratado internacional, pero poco a poco se fue convirtiendo en una nueva categoría de tratados.

Los tratados no auto-ejecutables no forman parte del orden jurídico doméstico, el Congreso tiene que crear legislación para hacer efectivas las provisiones. Lo cual sigue un modelo dualista de recepción del derecho internacional que considera que el derecho internacional y el doméstico son dos órdenes jurídicos independientes.

Se fue consolidando como una facultad discrecional de los creadores de tratados internacionales el poder decidir si tienen la intención de crear un tratado auto-ejecutable o un tratado no auto-ejecutable. Posteriormente, a raíz de los debates internos que suscitó la adopción de tratados internacionales de derechos humanos, fue ganando aceptación la tesis que pugna que los tratados no auto-ejecutables no son ley suprema de la Unión y no prevalecen sobre el derecho estatal en conflicto. Creándose así una nueva excepción a la cláusula de supremacía constitucional.

Después del fallido intento de la Enmienda Bricker se logró el objetivo de la propuesta, sin tener que cambiar la Constitución, al desarrollar la práctica de considerar a todos los tratados internacionales como presumiblemente no auto-ejecutables. Lo mismo aplica para sentencias de órganos jurisdiccionales internacionales, como se demostró en el caso *Medellin v. Texas*, porque todos los tratados que fundamentan las facultades de cortes como la Corte Penal Internacional son presumiblemente no auto-ejecutables.

Esto aunado a otras nuevas prácticas, como crear legislación federal que contravenga tratados internacionales, negociar acuerdos internacionales que no tengan la categoría de tratados o negociar acuerdos/tratados con lenguaje menos vinculante hacen que el derecho internacional este cada vez menos presente en la aplicación doméstica de las leyes. Los padres fundadores idearon un sistema en el que los estados estaban obligados a respetar los tratados internacionales pero hoy en día los estados pueden evitar dichas obligaciones. Esto hubiese representado una amenaza a la seguridad nacional en los primeros años de la nación pero las circunstancias han cambiado y con el poder geopolítico que ha ganado Estados Unidos es más factible ignorar las obligaciones internacionales con impunidad.

EVOLUCIÓN DE LA CLÁUSULA DE SUPREMACÍA EN LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

A lo largo de los años han existido varias interpretaciones del artículo 133 constitucional y se han establecido distintas posiciones sobre el rol que ocupan los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano. Los criterios han ido cambiando, pero se ha mantenido la tendencia a establecer una jerarquía de normas en el sentido formal o estructural.⁹¹

Esta tendencia se debe a la prevalencia del positivismo jurídico en el siglo XX, sobre todo la tuvo la Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen. Kelsen visualizaba el orden jurídico como un sistema conectado de normas supeditadas entre sí. *“El fundamento de validez de una norma sólo puede encontrarse en la validez de otra, la cual se conoce como una norma superior en relación con una inferior. Hans Kelsen designa esta norma como la norma fundante básica y de este modo, todas las normas cuya validez pueda remitirse a una misma norma fundante básica, constituirán un orden normativo”*(Trejo García, 2006, 13).

En México, el Maestro García Maynez fue el principal exponente de esta visión piramidal del derecho. La formación de la tradición normativa se difundió ampliamente desde que se introdujo la materia Introducción al Estudio del Derecho en la Universidad Nacional Autónoma de México y posteriormente en todas las universidades.⁹²

Si se asume que tanto el derecho interno como el derecho internacional son conjuntos de normas válidas y, por tanto, tienen fuerza obligatoria, la única forma de eliminar las contradicciones es concibiendo una única estructura jerárquica en la que se incluya a los dos órdenes y uno prevalezca sobre otro.⁹³

En ese contexto, cuando han surgido colisiones entre los diferentes órdenes jurídicos, el nacional y el internacional, se ha intentado solucionar este problema decretando una

⁹¹ Marcos Rodríguez del Rosario, *“La Cláusula de Supremacía Constitucional, el Artículo 133 Constitucional a la Luz de su Origen, Evolución Jurisprudencial y Realidad Actual* (México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional, 2011) XIX - XXI

⁹² Id. p. 104-106

⁹³ Alberto Puppo: *“De Kelsen a la Contradicción de Tesis 293/2011”*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie, año XLIX, núm. 147. Septiembre-diciembre de 2016, pp. 173-213

jerarquía de un sistema sobre otro.⁹⁴ Y dicha jerarquía ha ido cambiando dependiendo del contexto social y político de la época. “En la época de proteccionismo económico y político se entendía que el derecho internacional estaba supeditado al derecho interno. Pero debido a la apertura económica desde los 90’s, la globalización cultural y la internacionalización y vigencia de los derechos humanos; se ha priorizado el papel de los tratados internacionales”. (Del Rosario, *La Cláusula de Supremacía Constitucional*, XIX-XX)

En México ha cambiado el sistema de recepción de tratados internacionales desde las primeras constituciones hasta nuestros días. A continuación se describirá cronológicamente el cambio de criterios que ha ocurrido desde las primeras Constituciones.

CONSTITUCIÓN DE APATZINGÁN DE 1814

También conocida como Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana. Aunque nunca tuvo plena vigencia, en este documento se declara la independencia y soberanía de la nación. No se menciona expresamente la supremacía de la Constitución en este documento como en la tradición norteamericana. No obstante, el artículo 237 establece:

“Entretanto que la Representación nacional, de que trata el capítulo antecedente, no fuere convocada y siéndolo, no dictare y sancionare la Constitución permanente de la Nación, se observará inviolablemente el tenor de este decreto y no podrá proponerse alteración, adición ni supresión de ninguno de los artículos en que consiste esencialmente la forma de gobierno que prescribe. Cualquier ciudadano tendrá derecho a reclamar las infracciones que notará.”

Además se les llama supremos a los poderes constituidos (Supremo Gobierno, Supremo Congreso, Supremo. Y se enfatiza la solemnidad que debe observarse para sancionar el decreto constitucional y el deber del presidente de jurar guardar y hacer el guardar el decreto (después de una misa de acción de gracias y cantar el *Te Deum*).

Pero no se pensó en la manera en la que los tratados internacionales se incorporarían al orden jurídico interno. Se mencionó que el título de conquista no puede legitimar la violencia y se tiene que respetar el Derecho Convencional de las Naciones (Art. 9) También se reguló la participación en los tratados internacionales. El Supremo Congreso tenía facultades para decretar la guerra y para dictar los lineamientos para un tratado de paz y para los tratados de alianza y comercio (art 108). Mientras que el Supremo Gobierno tenía

⁹⁴ Manuel Becerra Ramírez, *“La Jerarquía De Los Tratados en el Orden Jurídico Interno. Una Visión desde la Perspectiva del Derecho Internacional”*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 305

facultades de decretar la guerra, ajustar la paz y celebrar los tratados conforme a los lineamientos del Congreso (Art 159).⁹⁵

Conclusión:

En este momento de la historia de nuestro país al derecho internacional le concernían exclusivamente el derecho de la guerra, la paz y el comercio. Se concebía el derecho internacional bajo la tesis dualista de dos órdenes jurídicos independientes y separados.

CONSTITUCIÓN DE 1824

Esta Constitución nació en el contexto de las luchas entre facciones monárquicas y liberales. El fracaso del breve imperio de Agustín de Iturbide se utilizó como argumento para resaltar la inviabilidad del sistema monárquico y se inclinó la balanza a favor del proyecto federalista. La Constitución de 1824 nació influenciada por el liberalismo, el constitucionalismo español, el liberalismo francés, pero más aún por el constitucionalismo americano. Cuando llegaron a México los ensayos contenidos en *El Federalista* generaron gran entusiasmo y amplia aceptación. Los liberales en México promulgaron el Plan de Casa Mata difundiendo esa ideología.⁹⁶

En esta Constitución se consagró expresamente la supremacía de la Constitución en el artículo 24 que leía:

“Las Constituciones de los Estados no podrán oponerse a esta acta ni a lo que establezca la Constitución general...”

Mientras que la supremacía de los tratados internacionales estaba contenida en el artículo 161 que estipulaba:

*“Cada uno de los Estados tiene la obligación: ... II) De guardar y hacer guardar la constitución y las leyes generales de la Unión, y los tratados hechos o que en adelante se hicieren por la autoridad suprema de la federación con alguna potencia extranjera.”*⁹⁷

Se incluye expresamente que las Constituciones de los Estados no pueden oponerse a la Constitución general, por lo que esta última queda en un nivel superior. Pero no se

⁹⁵ Felipe Tena Ramírez, *Leyes Fundamentales de México 1808 – 2005* (México: Editorial Porrúa, 2005) XXII

⁹⁶ Del Rosario, *La Cláusula de Supremacía Constitucional*, 72 - 75

⁹⁷ Ibid, 130

consolidó el orden supremo conformado por la Constitución, leyes federales y tratados internacionales de la misma manera que en la constitución estadounidense. Únicamente se estableció la obligación de los Estados de guardar y hacer guardar dichos ordenamientos jurídicos, pero no hay un mecanismo para vigilar el cumplimiento de esa obligación. Ni los jueces federales ni locales podían desconocer leyes locales que contravinieran el orden jurídico federal o los tratados internacionales.

En esta Constitución triunfó el proyecto federalista sobre el centralista. Es una Constitución preocupada por la organización del país, la división de poderes y el deseo de superar las luchas internas. Adoptar una cláusula de supremacía de la misma manera que la estadounidense, hubiese implicado la creación de un poder central más fuerte. Se optó por una opción en la cual se les dejó a los estados la facultad de cumplir con las obligaciones internacionales como mejor les pareciera sin un poder central que sancione el incumplimiento.

El derecho internacional tenía intersecciones con el derecho doméstico. El Congreso General tenía facultades para: velar por la soberanía de la Nación en sus relaciones exteriores (Art. 49.1); arreglar el comercio con las naciones extranjeras y aprobarlos para su ratificación (Art. 50.XI); habilitar los tratados de paz, alianza, amistad y de federación (Art 50.XIII); decretar la guerra (Art. 50.XVI); conceder o negar la entrada de tropas (Art. 50.XX). Mientras que el presidente tenía facultad de: declarar la guerra (Art 110.XII); celebrar concordatos con la silla apostólica (Art.110.XIII) y dirigir las negociaciones diplomáticas para celebrar tratados de paz, amistad, alianza, tregua, federación, neutralidad armada, comercio y otros.

Y el poder judicial podía conocer de algunos asuntos relacionados con el derecho internacional. La Suprema Corte tenía competencia para conocer de asuntos de almirantazgo, presas de mar y tierra, contrabandos, crímenes cometidos en alta mar y ofensas contra la nación (*Constitución de 1924, Artículo 137*). Los tribunales de circuito conocían también de esos temas y de las casusas de los cónsules y las causas civiles que interesen a la federación. Pero en ningún momento se declaró que los tratados internacionales formaban parte del derecho doméstico o si trataba de dos órdenes jurídicos independientes. (*Constitución de 1924, Artículo 142*).

Durante este periodo en la historia México logró el reconocimiento diplomático de Estados Unidos, Gran Bretaña y otras potencias europeas. Pero no fue hasta 1836 que se restablecieron las relaciones con España y la Santa Sede. “El país se integró al internacional con el rechazo y la amenaza de Madrid.” Además, después de 10 años de guerra y luchas internas constantes la nación tenía finanzas públicas desordenadas y una deuda externa

muy grande.⁹⁸ Esto significa que no existía un escenario para relaciones favorables con el resto del mundo y no había una preocupación por integrar los tratados internacionales al orden jurídico nacional. Se seguía manteniendo la visión dualista de dos órdenes jurídicos separados e independientes, con el detalle de incluir la obligación de respetar el derecho internacional para los estados.

Conclusión:

En este momento se estableció la obligación de los Estados de respetar el derecho internacional y también hay intersecciones entre el derecho internacional y el doméstico. Incluso los jueces pueden llegar a conocer de materias que son parte del derecho internacional. Pero todavía no se crea un sistema monista de recepción el que los tratados internacionales pasen a formar un solo orden jurídico junto con el doméstico. Ya se ve la influencia del constitucionalismo estadounidense pero todavía no se adopta una cláusula de supremacía igual.

CONSTITUCIÓN DE 1836

También conocida como las 7 leyes. En este periodo los conservadores tomaron el poder político. Lucas Alamán, uno de los representantes principales del movimiento expresó los principios que promulgaban:

“El primer objetivo es conservar la religión católica y el esplendor del clero (...) Estamos decididos contra la federación; contra el sistema representativo por el orden de elecciones; contra los ayuntamientos electivos y contra todo lo que se llame elección popular, mientras no descanse sobre otras bases.”⁹⁹

El artículo 6º de la Constitución establecía:

“Todo funcionario público, al tomar posesión, prestará juramento de guardar y hacer guardar, según le corresponda, las leyes constitucionales y será responsable por las infracciones que cometa o impida.”

Así que la salvaguarda de la Constitución quedó como una obligación de los funcionarios públicos. Además se creó un órgano de control político: *El Supremo Poder Conservador*. Este tenía como objetivo preservar el orden constitucional y podía declarar la nulidad de todo acto precedente de cualquiera de los tres poderes. El mecanismo no fue exitoso por

⁹⁸ Roberta Lajous Vargas, *“Historia mínima de las relaciones exteriores de México (1821-2000)”* (México: El Colegio de México, 2013)

⁹⁹ Tena, *Leyes Fundamentales de México 1808 – 2005*, 199

la gran cantidad de facultades de los miembros del este supremo poder, y la falta de rendición de cuentas.¹⁰⁰

Por otra parte, los tratados internacionales únicamente se mencionaban para establecer que regularán los derechos de los extranjeros, junto con el derecho de gentes. Y que es facultad del Congreso General aprobar los tratados internacionales y los concordatos con la silla apostólica (Art 2 y Art 44 fracción VIII) No hay supremacía de estos sobre el derecho local. Es una Constitución preocupada únicamente por lo doméstico.

Conclusión:

En este momento se perdió la influencia de la Constitución estadounidense. La salvaguarda de la Constitución dependía únicamente de los funcionarios. Se experimentó con un control de constitucionalidad político que fracasó. Y se reanudó un modelo dualista de recepción del derecho internacional en el que el derecho internacional y el derecho doméstico son dos regímenes jurídicos independientes, aunque en ocasiones el derecho internacional tiene relación con temas domésticos.

CONSTITUCIÓN DE 1857

El gran debate en la época era si debía expedirse una nueva Constitución o se debía restablecer la del 24. Los moderados estaban a favor de reestablecer la de 1824 pero ese plan se fue perdiendo poco a poco y en su lugar se creó una nueva Constitución¹⁰¹.

La influencia del constitucionalismo norteamericano en esta Constitución fue más doctrinal, con mejor conocimiento sobre el funcionamiento de ese sistema que en la de 1824, en parte, gracias a la edición en México en 1854 de *“La democracia en América”* de Alexis de Tocqueville.¹⁰²

A diferencia del Constituyente de 1824, el de 1857 adoptó casi literalmente el texto del artículo VI, párrafo segundo, de la Constitución de Estados Unidos.

Artículo 126. “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 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

¹⁰⁰ Del Rosario, *La Cláusula de Supremacía Constitucional*, 70 - 9

¹⁰¹ Tena, *Leyes Fundamentales de México 1808 – 2005*, 596

¹⁰² Del Rosario, *La Cláusula de Supremacía Constitucional*, 84

disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

El artículo se incluyó en el proyecto elaborado por la Comisión de Constitución del Congreso Constituyente instalado el 18 de febrero de 1856 en el artículo 123 del proyecto que finalmente quedó aprobado como artículo 126. El 18 de noviembre de 1856 se discutió el artículo 123 del proyecto y se aprobó su inclusión con 79 votos a favor y uno en contra. En los debates del Constituyente no existe ningún registro que explique porque se estableció una redacción casi idéntica que la del artículo 6º de la Constitución estadounidense. Parece ser que la inclusión de dicho artículo se consensuó antes de la sesión por lo que se aprobó con una abrumadora mayoría y nula resistencia por parte de las diferentes facciones.¹⁰³

Como puede observarse, la redacción en español contiene algunas diferencias de carácter semántico que cambian el sentido de parte del artículo. Estas diferencias pueden deberse a errores de traducción o pueden haberse incluido de manera intencional.¹⁰⁴

Una diferencia es que se incluyó la frase “Leyes del Congreso de la Unión”. Esta frase ha sido y sigue siendo motivo de discusiones doctrinarias y jurisprudenciales.¹⁰⁵ Se ha pensado que es sinónimo de las leyes federales (Estados Unidos lo interpreta de esta manera); se ha pensado que se refiere a las leyes constitucionales y recientemente que se refiere a las leyes generales. Esto es porque la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha llegado a considerar que el Congreso de la Unión está facultado para emitir leyes de carácter extraordinario y que estas leyes se encuentran en un nivel jerárquico superior a las leyes federales ordinarias.¹⁰⁶

Hugo Perezcano Díaz propone que quizás se estableció de esa manera “para evitar cualquier duda que pudiese haber surgido de haber sustituido la referencia a las “Leyes de los Estados Unidos” por las “Leyes de los Estados Unidos Mexicanos” porque en nuestro país seguía una lucha constante entre centralistas y federalistas, la cual pretendía resolverse en definitiva precisamente con la nueva Constitución.¹⁰⁷

¹⁰³ Ibid, 86 - 7

¹⁰⁴ Ibid

¹⁰⁵ Ibid, 89

¹⁰⁶ Del Rosario, *La Cláusula de Supremacía Constitucional*, 90

¹⁰⁷ Hugo Perezcano Díaz, “Los Tratados en el Orden Jurídico Mexicano”, en *Bernardo Sepúlveda, Juez de la Corte Internacional de Justicia* (México, Colegio de México, 2007) 131 - 133

Otra diferencia es que se facultaba al Congreso de la Unión, en lugar de al Senado a aprobar los tratados internacionales. Lo cual se reformó en 1934 para otorgarle la facultad exclusiva al Senado.

Por último, otra diferencia fue la sustitución de la frase "*Supreme Law of the Land*" por "Ley Suprema de la Unión". Lo que puede ocasionar confusiones porque el término "*law*" puede traducirse al español como "ley", pero también como "derecho". "El texto constitucional estadounidense distingue entre "*the laws of the United States*", donde utiliza el plural y se refiere a las leyes, y "*the supreme Law of the Land*", donde emplea el singular y el contexto indica" que se utiliza en su acepción de "derecho".¹⁰⁸ No es lo mismo una ley suprema que un derecho supremo.

Conclusión:

Se adoptó la cláusula de supremacía igual que en la Constitución estadounidense, en la cual los tratados internacionales junto con las leyes de la unión y la Constitución forman un orden jurídico supremo. Al establecer que los tratados internacionales serán parte del orden supremo de la unión cambió la visión que se tenía anteriormente del derecho internacional y se adoptó un sistema monista de recepción del derecho internacional. Se creó un solo derecho y el derecho internacional forma parte de ese derecho doméstico. Aunque no hay registro de las discusiones o debates que motivaron este cambio.

CONSTITUCIÓN DE 1917

Se incorporó la misma cláusula de supremacía de la Constitución que en la Constitución anterior. Su inclusión fue poco meditada. El artículo se aprobó por unanimidad con 154 votos, sin discusión alguna.

El proyecto inicial presentado por Venustiano Carranza al Constituyente de 1917 no contemplaba el artículo. Sobre esta omisión, la Comisión de Constitución expresó en su dictamen:

“Más importante aún es el artículo 123 [sic] de la Constitución de 1857, también suprimido en el proyecto, que establece la supremacía de la Ley constitucional, de las leyes emanadas de ésta y de los tratados hechos por el Ejecutivo con aprobación del Congreso. La ley americana, en un precepto análogo, hace uso de la expresión enérgica, diciendo que leyes como éstas son la ley suprema de la tierra. Así es entre nosotros también, y el artículo suprimido, además de esa grandiosa declaración, constituye la salvaguardia del pacto federal y su lugar preferente respecto de las

¹⁰⁸ Ibid

Constituciones locales, pues autoriza a los jueces para ceñirse a aquél, a pesar de disposiciones en contrario que pueda haber en éstas. La Comisión ha recogido el artículo y se ha permitido incluirlo en el número 132”¹⁰⁹

Entonces se agregó el artículo como lo proponía el proyecto constitucional de Paulino Machorro y Narvaez, Heriberto Jara, Arturo Méndez e Hilario Medina, presentado en la 62ª sesión ordinaria celebrada el 25 de enero de 1917. “

Conclusión:

Se iba a perder el artículo pero se rescató y se adoptó igual que en la Constitución anterior.

REFORMA DE 1934 AL ARTÍCULO 133

La primera vez que se reformó el artículo 133 fue en 1934 cuando se presentó una iniciativa para crear la Ley de Nacionalidad y Naturalización. El dictamen establecía que para crear esta ley era necesario reformar los artículos 30, 37, 73 y 133 de la Constitución. Los artículos 30, 37 y 73 si tenían relación con el objeto de la reforma, pero el 133 no.

Los cambios que se hicieron fueron: Cambiar la frase *“hechos y que se hicieren”* por *“celebrados y que se celebren”*. Este fue solo un cambio de forma. También se agregó, en relación a los tratados internacionales, *“que estén de acuerdo con la misma”*. Y finalmente se cambió la facultad del Congreso de la Unión de aprobar los tratados internacionales y se le otorgó exclusivamente al Senado.¹¹⁰

Óscar Rabasa, el autor de la reforma de 1934 al artículo 133, comentó:

“Se tuvo en cuenta la conveniencia de disipar dudas y confusiones que suscitaba el laconismo anglosajón del texto primitivo del Art. 133 de nuestra Constitución. Surgía la primera duda respecto a si la Constitución y los tratados eran de jerarquía igual o si había diverso rango entre la primera y los segundos, sólo porque en el texto a ambos tipos de ordenamiento se les declaraba ley suprema.”¹¹¹

Así que ese cambio se insertó para enfatizar la supremacía de la Constitución. Aunque incluso sin esa modificación ya se entendía que la Constitución estaba en un nivel superior.

¹⁰⁹ Ibid, 132 - 3

¹¹⁰ Del Rosario, *La Cláusula de Supremacía Constitucional*, 97 y 87

¹¹¹ Leonel Pereznieta Castro, "El art. 133 constitucional: una relectura", *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Vol. 25 Nº19 (Agosto 1995-11) 273

El Doctor Marcos del Rosario Rodríguez expresa sobre estos cambios que los dos primeros cambios fueron innecesarios, cambios de forma que no afectan el contenido ni sentido del artículo y que el tercer cambio fue un error. Los autores de la reforma supusieron que se había omitido otorgarle la función de aprobación de tratados al senado, cuando este se restableció con la reforma de 1874. Cabe recordar que en la Constitución de 1857 se formó un Congreso unicameral y el artículo 126 fue incluido en la Constitución de 1917 exactamente igual como artículo 135. Considera que el Constituyente de 1917 era consciente de otorgarle esta facultad al Congreso en su conjunto por la trascendencia que trae la entrada en vigor de los tratados internacionales en el orden jurídico doméstico.¹¹²

El profesor Patiño Manfer también considera que los primeros dos cambios fueron positivos pero no el último. *“Esto derivado de que aunque el artículo 76 fracción I de la Constitución establecía que era facultad del Senado “Aprobar los tratados y convenciones...”, los tratados internacionales son una clase especial de norma jurídica que se incorpora como “Ley Suprema de la Unión” cuando son aprobados por el Congreso, no únicamente por el Senado.”*¹¹³ Autores como Manuel Ramírez Becerra, Edgar Corzo Sosa, Sergio López Ayllón igualmente sugieren que la Cámara de Diputados debería intervenir en el proceso de aprobación de tratados.¹¹⁴

Conclusión:

Se aclaró que la Constitución y los tratados internacionales no tienen la misma jerarquía y que para que los tratados internacionales puedan ser ley suprema deben de estar de acuerdo con la Constitución. También se le otorgó de manera definitiva la facultad exclusiva al Senado de participar en el proceso de creación de tratados internacionales.

QUINTA ÉPOCA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

En este periodo se enfatizó la superioridad de las leyes constitucionales respecto de las leyes federales y estatales.¹¹⁵ Se buscó dar una mayor importancia a los contenidos

¹¹² Del Rosario, *La Cláusula de Supremacía Constitucional*, 99

¹¹³ Ruperto Patiño Manfer, “Artículo 133, Comentarios al artículo” en *Derechos del Pueblo Mexicano: México a través de sus constituciones* (México: Miguel Ángel Porrúa, 2016) 1179

¹¹⁴ Perezcano, *Los Tratados en el Orden Jurídico Mexicano*, 152

¹¹⁵ Amparo administrativo en revisión 4077/35. Díaz Simón. 12 de diciembre de 1935. Unanimidad de cuatro votos. Relator: José M. Truchuelo.

constitucionales. En especial a la ley de amparo porque antes de la reforma de 1994 era el único medio de defensa constitucional que existía.¹¹⁶

En 1946 la SCJN emite una tesis en la que define la jerarquía normativa contenida en el artículo 133, recalcando la supremacía de la constitución y de las leyes constitucionales que la reglamentan.

La Ley de Amparo, por ser reglamentaria de preceptos de nuestra Carta Fundamental, está colocada en un plano superior de autoridad, respecto de cualquiera otra ley local o federal, y por ende, es superior jerárquicamente al decreto expedido por el presidente de la República que exige a Petróleos Mexicanos de otorgar cualquiera garantía en los conflictos en que intervenga, porque el artículo 133 de nuestra Constitución, de una manera clara y categórica dice que la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, serán la suprema ley de toda la unión. Por otra parte, no es exacto que el artículo 133 de las Constitución debe interpretarse en el sentido de que las leyes que emanen de la Constitución sólo prevalecen sobre las disposiciones que en contrario pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados, sino que esa prevalencia o jerarquía superior de las leyes que emanen de la Constitución, se extiende a toda clase de leyes, bien sean federales o locales. La teoría admitida explica que hay un orden jerárquico en las leyes, que tienen por encima a la Constitución, por ser la Ley Suprema del país, y ésta, en el artículo 133, nos aclara que esa misma categoría tienen las leyes que de la propia Constitución emanen, es decir, las leyes orgánicas o reglamentarias de preceptos constitucionales, puesto que no vienen a ser sino la ampliación de las bases estatuidas en nuestra Carta Fundamental, y por último, coloca en el mismo plano de jerarquía a los tratados celebrados de acuerdo con la propia Constitución por el presidente de la República con las naciones extranjeras y con aprobación del Senado, toda vez que considera a unas y a otros, como la Ley Suprema de la Nación. Las leyes secundarias son las federales que expide el Congreso de la Unión, y se les puede definir como leyes ordinarias, para diferenciarlas de la Constitución, según lo previene el artículo 70 de este ordenamiento, y en esa virtud, admitiendo que el Ejecutivo, en uso de las facultades que el Congreso le concedió por virtud de un decreto, haya eximido a Petróleos Mexicanos de otorgar las garantías que debiera constituir en los conflictos en que interviniera, tal disposición no puede en manera alguna contrariar lo establecido en el artículo 125 de la Ley de Amparo, máxime si se tiene en cuenta

¹¹⁶ Del Rosario, *La Cláusula de Supremacía Constitucional*, 141

*que esta Sala ha interpretado este precepto, como una disposición extensiva de lo que dispone la fracción VI del artículo 107 de la Constitución.*¹¹⁷

Antes de esta tesis no se había reconocido explícitamente la existencia de leyes constitucionales ni su primacía sobre las leyes federales. Pero en la doctrina jurídica ya varios autores sostenían la existencia de rangos de leyes. Primero el maestro Gabino Fraga distinguió entre leyes constitucionales y leyes ordinarias, basando esta distinción por el órgano que las crea y su procedimiento de creación.¹¹⁸ Otros autores como Mario de la Cueva abogaron por la existencia de leyes constitucionales. Pese aunque no hay diferencia formal en virtud de que siguen el mismo procedimiento de creación que las leyes ordinarias y son creadas por el mismo órgano; contienen procedimientos e instituciones de la Constitución que también son Derecho Constitucional.¹¹⁹ De igual manera, el Doctor Jorge Carpizo sostuvo que existe esa diferencia material entre las leyes constitucionales que regulan preceptos constitucionales y las leyes ordinarias. Teniendo las primeras una jerarquía superior¹²⁰

Conclusión:

En esta época aparecieron las leyes constitucionales. Se determinó que la Constitución es la ley máxima del país; que en el mismo nivel están las leyes constitucionales porque son una extensión de la Constitución y que los tratados internacionales también están en ese mismo nivel.

El orden supremo prevalece sobre provisiones contrarias ya sean federales o locales. Debajo del orden supremo se encuentran las leyes federales. Así que bajo este esquema los tratados internacionales tienen primacía sobre el derecho federal.

SÉPTIMA ÉPOCA DE LA SCJN:

¹¹⁷ Amparo civil. Revisión del incidente de suspensión 1745/46. Petróleos Mexicanos. 4 de mayo de 1946. Unanimidad de cuatro votos

¹¹⁸ Gabino Fraga: *“Derecho Administrativo”* (México: Porrúa, 1998) 40

¹¹⁹ Mario de la Cueva, *“Teoría de la Constitución”* (México: Porrúa, 2008)

¹²⁰ Jorge Carpizo, *“Nuevos estudios constitucionales”* (México: Porrúa, 2000)

Esta época comprende desde las reformas a la Constitución y a la Ley de Amparo de 1968 hasta las reformas constitucionales de 1988.¹²¹ El periodo se caracterizó por fuertes crisis económicas, así como por leyes y políticas proteccionistas.¹²²

Se definieron dos criterios nuevos relacionados con la supremacía de la Constitución.

Primero se emitió la tesis constitucional aislada de rubro: *SUPREMACIA DE LA CONSTITUCION. ES UN DERECHO PÚBLICO INDIVIDUAL. FUENTES Y EVOLUCIÓN DE ESTE DERECHO*. En esta tesis se considera erróneamente que la supremacía de la Constitución es un derecho fundamental público. No se inserta la tesis completa ya que relata extensivamente el origen de la cláusula expresa de supremacía constitucional y argumenta que dado que cualquier desconocimiento de la Constitución o infracción a sus normas es reparado por medio del juicio de amparo; entonces es procedente considerarlo un derecho fundamental. Lo cual es incorrecto porque está confundiendo el medio de defensa con la sustancia de un derecho fundamental.¹²³

Posteriormente en 1981 se emitió la tesis aislada de rubro:

*TRATADOS INTERNACIONALES Y LEYES DEL CONGRESO DE LA UNION EMANADAS DE LA CONSTITUCION FEDERAL. SU RANGO CONSTITUCIONAL ES DE IGUAL JERARQUIA. 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 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.*¹²⁴

En esta tesis claramente se enfatiza que el derecho internacional no prevalece sobre el nacional. Establece que el derecho internacional es parte del nacional y por eso no hay

¹²¹ Emmanuel Rosales Guerrero: “*Estudio Sistemático de la Jurisprudencia*” (México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis, 2005) 498

¹²² Del Rosario, *La Cláusula de Supremacía Constitucional*, 145

¹²³ Séptima Época. 807296. Sala Auxiliar. Tesis Aislada Constitucional, 36

¹²⁴ Séptima Época. 250698. Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis Aislada, 196

prevalencia entre uno u otro. El mismo órgano reiteró ese criterio el 16 de Julio del mismo año recalando nuevamente que el orden internacional no prevalece sobre el nacional.

El problema con este criterio es que no es claro que procede en caso de conflicto de normas. Se piensa en un sistema monista de recepción de tratados internacionales en el que solo hay un orden jurídico y no prevalece un régimen sobre otro. (Solo la Constitución está en un nivel superior).

Conclusión:

En el periodo anterior los tratados internacionales estaban debajo de la Constitución, en el mismo nivel que las leyes constitucionales y arriba de las leyes federales. En este periodo no se distinguió entre leyes federales y constitucionales. Entonces las leyes federales y los tratados internacionales tenían la misma jerarquía, igual que en Estados Unidos.

OCTAVA Y NOVENA ÉPOCA:

Primero se reiteró el criterio vigente en ese momento, el cual establecía que tanto las leyes federales como los tratados internacionales ocupan el mismo nivel jerárquico, en el rango inmediatamente inferior a la Constitución.¹²⁵

"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." ¹²⁶

Pero después, en 1999 la SCJN revirtió el criterio y declaró que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes federales y en un segundo plano respecto de la Constitución Federal, lo que se plasmó en la tesis aislada:

¹²⁵ Voto particular que formula la señora Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos en el AR-120/2002.

¹²⁶ Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares y Lara. No. Registro: 205,596. Tesis Aislada Constitucional. Octava Época. Pleno. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. 60, diciembre de 1992, tesis P. C/92, 27

"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 su variante 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. 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." ¹²⁷

La controversia sobre la jerarquía normativa giraba en torno a si las leyes federales 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 federales y los tratados tenían 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.¹²⁸ Esta tesis fue ampliamente debatida y criticada pero lo cierto es que se vivió un momento en que se consideró importante darles una mayor importancia a los tratados internacionales.

Para poner en contexto el momento es importante comprender que el mundo estaba cambiando. La desintegración de la Unión Soviética terminó la división del mundo en dos grandes bloques ideológicos; terminaron las economías planificadas en Europa; comenzó la constitución de la Unión Europea. Estos procesos cambiaron el entorno internacional. Los Estados estaban dispuestos a ceder parte de su soberanía para ser más competitivos económicamente y para eso se necesitaba crear un sistema jurídico basado en principios compartidos con autoridades supranacionales.

México comenzó su reforma económica, renegoció la deuda externa y entró al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en 1986. Después comenzó a firmar tratados de libre comercio, primero con América del Norte y posteriormente con Colombia, Costa Rica, Nicaragua, Chile, la Unión Europea, Israel, Japón y el triángulo del Norte; esto con el fin de diversificar las relaciones comerciales.¹²⁹

El capital internacional exigía liberalizar la economía. Pero la apertura económica también exigía apertura política. Para participar en la economía neoliberal global era necesario

¹²⁷ Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: Humberto Román Palacios. Secretario: Antonio Espinoza Rangel. No. Registro: 192,867. Tesis Aislada Constitucional. Novena Época. Pleno. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. X, noviembre de 1999, tesis P. LXXVII/99, 46

¹²⁸ Imer Flores, "Sobre la Jerarquía Normativa de Leyes y Tratados. A Propósito De La (Eventual) Revisión De Una Tesis", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. N°13 (Julio- Diciembre 2005)

¹²⁹ Roberta Lajous, "*Historia Mínima de las Relaciones Exteriores de México*" (México: El Colegio de México, 2012)

compartir principios, reglas e instituciones. Incluso se llegó a condicionar el comercio a progreso en materia de democracia y derechos humanos, por ejemplo, la “cláusula democrática” en el tratado con la unión europea.¹³⁰

Por todo lo anterior, el peso de los tratados internacionales en el sistema jurídico interno era cada vez mayor.¹³¹ Los tratados internacionales habían comenzado a regular algunas materias que tienen un impacto directo en el derecho nacional (el comercio, los derechos humanos, las relaciones contractuales, el medio ambiente, etc.).¹³² Y había mayor escrutinio internacional para vigilar el cumplimiento de esas obligaciones.

Con ese panorama, la Corte sustentó la mencionada tesis en los siguientes razonamientos:

- Los compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional.
- A partir de los principios de *pacta sunt servanda* y *rebus sic stantibus*, los tratados deben cumplirse de buena fe y un Estado no puede invocar su derecho nacional como una justificación para no cumplir con un tratado.¹³³
- La celebración de tratados no está sujeta a la limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas establecida por el artículo 124 constitucional.¹³⁴

Desde ese momento el monismo mexicano tiende hacia el internacionalismo.

De igual manera, es importante resaltar que la tesis de 1999 ubicó dentro de un mismo nivel jerárquico a las leyes federales y a las locales. Explicando que en el artículo 124 se establece

¹³⁰ Ana Covarrubias, “Cambio de Siglo, la Política Exterior de la Apertura Económica y Política” en *México y el Mundo Historia de sus Relaciones Exteriores* (México: El Colegio de México, 2010)

¹³¹ Sergio López Ayllón, “La jerarquía de los tratados internacionales (Amparo en revisión 1475/98, Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, N°3 (Julio-Diciembre 2000) 197- 8.

¹³² Hugo Perezcano Díaz, “Los Tratados en el Orden Jurídico Mexicano”, en *Bernardo Sepúlveda, Juez de la Corte Internacional de Justicia* (México, Colegio de México, 2007)

¹³³ Artículo 27: Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331. Entrada en Vigor: Enero 27, 1980

¹³⁴ Flores, *Sobre la Jerarquía Normativa de Leyes y Tratados*

que no hay primacía de un orden sobre otro si no únicamente se trata de distintas competencias.

Así vemos que, en dos ocasiones diferentes, en menos de una década, la Corte adoptó dos interpretaciones muy distintas sobre el rol de los tratados internacionales en el sistema jurídico nacional. Aunque se trata 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, sin que mediara una reflexión adicional de su parte sobre la necesidad de abandonar el criterio.¹³⁵

Pasados varios años, la SCJN llegó a conocer varios asuntos que lo que tenían en común era que se argumentaba que los tratados internacionales tenían una posición jerárquicamente superior a las leyes expedidas por el Presidente. Se propuso que el Pleno resolviera todos los asuntos en su conjunto para discutir el tema de la jerarquía normativa de los tratados internacionales.

La demanda principal fue promovida por McCain México en contra de varias autoridades, argumentando que dos documentos: el *“Decreto por el que se establece la tasa aplicable para el 2001 del Impuesto General de Importación para las mercancías originarias de América del Norte, la Comunidad Europea, Colombia, Venezuela, Costa Rica, Bolivia, Chile, Nicaragua y el Estado de Israel”*, así como el *“Acuerdo relativo a la salvaguarda agropecuaria del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”*; son contrarios al Tratado de Libre Comercio de América del Norte y que según la jerarquía establecida por la Corte, debe prevalecer el tratado internacional sobre las leyes nacionales.

Es aquí donde la Corte considera necesario "replantear las consideraciones que han llevado a esta Suprema Corte a estimar que los tratados internacionales se encuentran jerárquicamente por encima de las leyes federales"¹³⁶

Durante los dos días de discusión se manifestó una inconformidad con la Tesis de 1999. Se formaron dos posiciones: los que estaban a favor de la primacía del derecho internacional

¹³⁵ Flores, *Sobre la Jerarquía Normativa de Leyes y Tratados*

¹³⁶Gabriela Rodríguez Huerta, *“La incorporación y aplicación del derecho internacional en el orden jurídico mexicano”* (México: Tirant lo Blanch Online, 2015)

y los que estaban a favor de la soberanía nacional. En la votación ganaron los primeros por un punto.¹³⁷

Hubo desacuerdos en varios temas: Si se trataba de jerarquía normativa o primacía de un orden sobre el otro; si había inconstitucionalidad o solo colisión de normas; si realmente existían las normas constitucionales o no;¹³⁸ si se debía aplicar el control difuso literalmente establecido en el 133 con la inseguridad jurídica que conllevaría o no; si había jerarquía entre leyes federales y locales o eran distintos ámbitos.¹³⁹ Finalmente, por mayoría de seis votos se adoptaron las siguientes tesis:

"LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La lectura del precepto citado permite advertir la intención del Constituyente de establecer un conjunto de disposiciones de observancia general que, en la medida en que se encuentren apegadas a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyan la 'Ley Suprema de la Unión'. En este sentido, debe entenderse que las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el artículo constitucional no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas motu proprio por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales.

"SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL

¹³⁷ Manuel Becerra Ramírez: "Comentarios Sobre las Tesis P. IX/2007 Y P. VIII/2007 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 2007, Respecto de la Jerarquía de los Tratados en el Orden Jurídico Mexicano", Anuario Mexicano Derecho Internacional, Vol.8 (2008)

¹³⁸ El Ministro Cossío sostiene que son una creación doctrinal que se coló en la vida jurisprudencial sin sustento teórico. No hay delimitación de materias ni proceso especial de creación.

¹³⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tribunal En Pleno. Sesión Pública Ordinaria, Celebrada El Martes Trece de Febrero de Dos Mil Siete.

ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las leyes del Congreso de la Unión a las que aquél se refiere corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de 'supremacía constitucional' implícito en el texto del artículo en cita claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la 'Ley Suprema de la Unión', esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales.

"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 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 abajo 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 de 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."¹⁴⁰

Aunque los desacuerdos no desaparecieron y el tema sigue generando mucha controversia hubo acuerdos en algunos aspectos. Se acordó que sí existen las leyes generales, que son aquellas que inciden en todos los niveles de gobierno. Asimismo, que existe un orden

¹⁴⁰ "Amparo en revisión 120/2002. Mc. Cain México, Sociedad Anónima de Capital Variable. 13 de febrero de 2007. Mayoría de seis votos. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretarios: Andrea Zambrana Castañeda, Rafael Coello Cetina, Malkah Nobigrot Kleinman y Maura A. Sanabria Martínez."

supremo, compuesto en primer lugar por la Constitución, después por los tratados internacionales y en tercer lugar por las leyes generales.

En este momento no se volvió a estudiar el tema de si hay jerarquía o competencia entre el derecho federal y local. Ya se había fijado jurisprudencia sobre la materia con la tesis:

ESTADO MEXICANO. ÓRDENES JURÍDICOS QUE LO INTEGRAN: De las disposiciones contenidas en los artículos 1o., 40, 41, primer párrafo, 43, 44, 49, 105, fracción I, 115, fracciones I y II, 116, primer y segundo párrafos, 122, primer y segundo párrafos, 124 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte la existencia de cinco órdenes jurídicos en el Estado Mexicano, a saber: el federal, el local o estatal, el municipal, el del Distrito Federal y el constitucional. Este último establece, en su aspecto orgánico, el sistema de competencias al que deberán ceñirse la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal, y corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Tribunal Constitucional, definir la esfera competencial de tales órdenes jurídicos y, en su caso, salvaguardarla.¹⁴¹

Conclusión:

En 1999 la Corte se inclinó por un monismo orientado al internacionalismo dándole una mayor importancia a los tratados internacionales. Se estableció que la Constitución está en el nivel máximo superior, abajo los tratados internacionales y en un tercer lugar las leyes federales y las locales en una misma jerarquía (aunque tratándose de competencias distintas).

En 2007 la Suprema Corte se volvió a pronunciar sobre el tema después de mucha discusión al respecto y mantuvieron el mismo criterio. También agregaron que sí existen las leyes generales. En consecuencia, la jerarquía quedó: En primer lugar la Constitución, segundo los tratados internacionales y tercero las leyes generales.

Por otra parte quedó asentado en otra jurisprudencia que hay 5 órdenes jurídicos nacionales y no hay relación de jerarquía entre ellos si no de competencias diferentes.

DÉCIMA ÉPOCA

Tradicionalmente, la política exterior de México en materia de derechos humanos se fundaba en el principio de soberanía y la no intervención en los asuntos internos de los Estados. México no apoyaba injerencia en la situación de derechos humanos de otros países

¹⁴¹ Novena Época. Núm. de Registro: 177006. Pleno Jurisprudencia. Tomo XXII, Octubre de 2005. Tesis: P./J. 136/2005, 2062

ni aceptaba escrutinio interno.¹⁴²A partir de 1996 se comenzó a aceptar que la democracia y los derechos son temas legítimos de política exterior.¹⁴³

En el 2000 con el sexenio de Vicente Fox comenzó una verdadera política exterior de derechos humanos. Se habla de un giro de 180º en esta materia. Con la alternancia del gobierno, el país se quiso mostrar al mundo como un gobierno totalmente diferente que los anteriores. Se abrió al escrutinio internacional; invitó a todos los observadores internacionales que quisieran a estudiar la problemática nacional; cambió su posición respecto de los mecanismos de protección individual y promovió la codificación del derecho internacional de los derechos humanos.

La Cámara de Diputados advirtió la necesidad de armonizar el derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos y así comenzó en 2008 el proceso legislativo para la reforma constitucional en materia de derechos humanos en México.¹⁴⁴

El 10 de junio de 2011 se publicó la reforma en materia de Derechos Humanos que trajo muchas novedades en la manera de entender el papel de los DDHH en el orden jurídico. Solo en el primer artículo se incluyen los siguientes cambios:

- Se cambia el término Garantías Individuales por Derechos Humanos.
- La Constitución reconoce derechos en lugar de otorgarlos.
- Se introduce la “interpretación conforme” a la Constitución y tratados en materia de Derechos Humanos.
- Se incorpora el método de interpretación “pro persona”.
- Se establece la obligación del Estado de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.
- Se indica a las autoridades mexicanas cumplir con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos.
- Se introduce la obligación del Estado de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos.

¹⁴² Ana Covarrubias Velasco y Natalia Saltalamacchia Ziccardi, “La Trayectoria de los Derechos Humanos en la Política Exterior de México (1945-2006)” en *Derechos Humanos en Política Exterior. Seis Casos Latinamericanos* (México: Miguel Ángel Porrúa / ITAM, 2011) 162-78

¹⁴³ Ana Covarrubias, *Cambio de Siglo*, 116-117

¹⁴⁴ Carlos María Pelayo Moller, “*Las Reformas Constitucionales En Materia De Derechos Humanos*”, Comisión De Derechos Humanos Del Distrito Federal, Programa de Capacitación y Formación Profesional en Derechos Humanos, Fase de Actualización Permanente

También se reformaron otros artículos para incluir mandatos específicos para: incorporar los derechos humanos en la educación; hacer prevalecer los derechos humanos en el sistema penitenciario mexicano; colocar los derechos humanos como principio rector de la política exterior del país; entre otros.¹⁴⁵

La tesis de la Suprema Corte del 2007 sobre jerarquía normativa de los tratados internacionales dejó a muchos inconformes y varias preguntas sin resolver. No se trató si los tratados internacionales en materia económica están al mismo nivel que los tratados que contienen derechos humanos. No se resolvió nada sobre el control difuso de constitucionalidad. Tampoco se discutió como se incorpora el resto del derecho internacional (además de los tratados internacionales) al orden jurídico nacional.

Y dentro del nuevo paradigma enfocado en el respeto a los derechos humanos surgió la Contradicción Tesis 293/2011 que llevó a la Corte a replantearse nuevamente el lugar de los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano. Se propusieron resolver los siguientes puntos:

- (1) la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución;
- (2) el carácter de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos;
- y (3) el control de convencionalidad.

Sobre el punto (1) la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución, la Corte resolvió:

TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN. Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial.

¹⁴⁵ Secretaría de Gobernación: “¿Por qué la Reforma Constitucional de Derechos Humanos de 2011 modificó la relación entre el gobierno y la sociedad?” 09 de junio de 2017

La SCJN decretó que los tratados internacionales que contienen derechos humanos son una clase especial de tratados que amplían el catálogo de derechos reconocidos, como una extensión de la Constitución y por ende deben de estar al mismo nivel que esta. La Corte consideró que la relación entre normas de derechos humanos de distintas fuentes no puede ser estudiada en términos de jerarquía. Y que el mismo artículo 1º incluye criterios hermenéuticos para la solución de posibles antinomias frente a la posible duplicidad en la regulación de un derecho humano.¹⁴⁶

Bajo un sistema de recepción de derecho internacional monista, el orden jurídico internacional se funde con el doméstico creando un solo orden jurídico donde alguno de los dos tiene primacía sobre el otro. En México, la Constitución tenía primacía sobre el derecho internacional, por lo que era un sistema de recepción del derecho internacional monista nacionalista.

Pero el nuevo criterio propuso que no hay relación de jerarquía entre normas de derechos humanos de distintas fuentes, lo que va más acorde con una tesis coordinadora o conciliadora del derecho internacional. *“Esta tesis, al igual que la monista, parte de la unificación de los dos órdenes en un solo sistema, con la diferencia de que considera que las relaciones entre el Derecho Interno y el Internacional son de coordinación y no de subordinación del uno al otro. Esta tesis reconoce la posibilidad de que se presenten conflictos entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno, los cuales no tienen carácter definitivo y encuentran su solución en la unidad del sistema jurídico.”*¹⁴⁷

De la misma manera, la corte propone que hay coordinación y no subordinación entre los derechos humanos de distintas fuentes. Y en caso de existir un conflicto de leyes, se deben de seguir dos criterios para resolverlos: Primero, el criterio pro persona, que indica que en caso de conflicto se debe de optar por el derecho que otorgue mayores garantías a la persona. El otro criterio a considerar es que en caso de que exista una restricción constitucional expresa, la restricción habrá de aplicarse. Esta conclusión parece contradecir la afirmación que establece la ausencia de jerarquía entre normas de derechos humanos constitucionales y convencionales y también va en contra del principio pro persona.

Con esta conclusión pareciera que la Corte regresa a una postura monista nacionalista de recepción de del derecho internacional y abandona la intención de adoptar la tesis coordinadora o coordinadora. Es un criterio que crea confusión porque quisieron mezclar

¹⁴⁶ Contradicción Tesis 293/2011. Entre Las Sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito Y el Séptimo Tribunal Colegiado En Materia Civil Del Primer Circuito Ministro Ponente: Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, 29 - 30

¹⁴⁷ Trejo, *Sistema de Recepción de los Tratados Internacionales en el Derecho Mexicano*

dos teorías de recepción del derecho internacional diferentes, la tesis monista nacionalista y la tesis conciliadora para llegar a un consenso.

La Corte volvió a pronunciarse sobre el tema en 2017, resolviendo que:

Conforme a lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la contradicción de tesis 293/2011, las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades prevalecen sobre la norma convencional, sin dar lugar a emprender algún juicio de ponderación posterior; sin embargo, nada impide que el intérprete constitucional, principalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al hacer prevalecer una restricción o limitación constitucional, también practique un examen de interpretación más favorable en la propia disposición suprema, delimitando sus alcances de forma interrelacionada con el resto de las disposiciones del mismo texto constitucional. En efecto, no porque el texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos deba prevalecer, su aplicación ha de realizarse de manera indiscriminada, lejos de ello, el compromiso derivado de lo resuelto en la aludida contradicción de tesis privilegia un ejercicio hermenéutico que lleve al operador jurídico competente a que, sin vaciar de contenido la disposición restrictiva, ésta sea leída de la forma más favorable posible, como producto de una interpretación sistemática de todos sus postulados.

Lo que indica que no se busca abandonar el principio pro persona, incluso en los casos en los que existan restricciones constitucionales. De esta manera se mantiene la intención de adoptar una tesis coordinadora del derecho internacional.

Sobre el punto (2) el carácter de la jurisprudencia en materia de derechos humanos emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos la Corte ya había decidido que en los casos en los que el Estado Mexicano es parte, las sentencias de la Corte Interamericana son vinculantes. En el expediente 912/2010 se acordó que: LAS SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO.¹⁴⁸

Hay que recordar que el artículo 133 Constitucional solo contempla la incorporación de los tratados internacionales al sistema jurídico doméstico. El único artículo constitucional que prevé resoluciones de tribunales internacionales es el artículo 21 que establece que el Senado podrá reconocer la competencia contenciosa de la Corte Penal Internacional. Pero nada indicaba qué es lo que procede en caso de una sentencia de la Corte Interamericana

¹⁴⁸ Novena Época. Núm. de Registro: 160482. Pleno. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1. Tesis: P. LXV/2011 (9a.), 556

de Derechos Humanos, a la cual el Estado mexicano le reconoció su competencia contenciosa desde 1999.¹⁴⁹

Este problema se presentó en la práctica cuando el 23 de noviembre de 2009 la Corte Interamericana de Derechos humanos dictó sentencia en el caso *Radilla Pacheco vs. el Estado mexicano*. El caso fue muy significativo por ser la primera vez que el Estado mexicano era condenado a reparaciones graves. La Corte Interamericana le ordenó al Estado llevar a cabo reformas estructurales para adecuar su derecho interno al derecho internacional.¹⁵⁰ Para estudiar que procedía la Suprema Corte de Justicia de la Nación abrió el expediente varios 912/2010 en el que resolvió:

*El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada... Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos...*¹⁵¹

La contradicción de tesis 293/2011 amplió el criterio, reconociendo que no solo cuando el Estado mexicano fue parte de la controversia debe ser vinculante la jurisprudencia de la Corte Interamericana:

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En

¹⁴⁹ Convención Americana Sobre Derechos Humanos, "Pacto De San José De Costa Rica", Comisión Interamericana De Derechos Humanos.

¹⁵⁰ "Caso Rosendo Radilla Pacheco", Comisión Nacional de Defensa y Protección de los Derechos Humanos

¹⁵¹ Novena Época. Núm. de Registro: 160482. Pleno. Tesis Aislada. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1. Tesis: P. LXV/2011 (9a.), 556

cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.¹⁵²

Esta nueva tesis incorpora toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana al derecho doméstico mientras esta sea más favorecedora a la persona y existan las mismas razones que motivaron el pronunciamiento. Por lo que el principio pro persona es la razón de incorporación de esta fuente de leyes al derecho nacional.

Y sobre el punto 3) Control de Convencionalidad, la Corte resolvió que:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO. Tratándose de los derechos humanos, los tribunales del Estado mexicano como no deben limitarse a aplicar sólo las leyes locales, sino también la Constitución, los tratados o convenciones internacionales conforme a la jurisprudencia emitida por cualesquiera de los tribunales internacionales que realicen la interpretación de los tratados, pactos, convenciones o acuerdos celebrados por México; lo cual obliga a ejercer el control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas y las supranacionales, porque éste implica acatar y aplicar en su ámbito competencial, incluyendo las legislativas, medidas de cualquier orden para asegurar el respeto de los derechos y garantías, a través de políticas y leyes que los garanticen.”

La corte abandonó definitivamente el criterio que prohibía el control difuso debido a que existe un procedimiento *ad hoc* para resolver sobre la constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad: el juicio de amparo. A partir de una interpretación sistemática de los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución se consideraba que el artículo 133 no implicaba una fuente de competencia para que los jueces efectúen el control de la constitucionalidad que estaba reservado a la federación.¹⁵³

¹⁵² Décima Época. Núm. de Registro: 2006225. Instancia: Pleno. Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Libro 5, Abril de 2014, Tomo I. Tesis: P./J. 21/2014 (10a.), 204

¹⁵³ Amparo administrativo en revisión 2873/33. Compañía Mexicana de Bienes Inmuebles, S. A. 14 de octubre de 1935. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Agustín Aguirre Garza. Relator: Jesús Garza Cabello. Semanario Judicial de la Federación, quinta época, t. XLVI, 948.

El nuevo criterio estableció que los jueces locales sí pueden analizar la constitucionalidad de normas e incluso están obligados a hacerlo. También se extendió este control difuso a las convenciones o tratados internacionales, introduciendo así el control de convencionalidad por el que todas las leyes deben estar conformes a las convenciones internacionales.

Conclusión:

En este momento la Suprema Corte introduce una nueva manera de recibir el derecho internacional cuando se trata de derechos humanos porque los considera una extensión de los preceptos constitucionales. Se eliminó la relación de jerarquía entre derechos humanos de distintas fuentes y se establecieron criterios como el principio pro persona para resolver conflictos de leyes. Esto encaja con una tesis coordinadora o conciliadora de recepción del derecho internacional.

Por otra parte se incorporó la jurisprudencia de la Corte Interamericana al derecho doméstico por el principio pro-persona. Y finalmente se estableció que todos los jueces pueden realizar un control difuso de constitucionalidad y convencionalidad, de esta manera cualquier juez puede inaplicar leyes violatorias de tratados internacionales.

Para sintetizar todo el capítulo: México mantuvo un régimen dualista de recepción del derecho internacional hasta que en la Constitución de 1857 adoptó la cláusula de supremacía constitucional que incluía la supremacía de los tratados internacionales. La única reforma que se hizo a tal artículo fue en 1934 para especificar que la Constitución es superior a los tratados internacionales y que solo el Senado participa en la creación de estos.

La Suprema Corte ha cambiado de criterios sobre la jerarquía que ocupan en el sistema jurídico los tratados internacionales. En 1946 determinó que la Constitución, las leyes constitucionales y los tratados internacionales forman un orden supremo que prevalece sobre el derecho federal y el derecho local. Posteriormente, en 1981 se perdió la distinción entre leyes constitucionales y leyes federales; por lo tanto, las leyes federales y los tratados internacionales tenían la misma jerarquía. En 1999 el criterio de la corte fue que la Constitución está en el nivel superior, abajo están los tratados internacionales y en un tercer lugar las leyes federales y las locales (en una misma jerarquía aunque tratándose de competencias distintas).

En 2007 la Suprema Corte se volvió a pronunciar sobre el tema y mantuvo la importancia de los tratados internacionales. También agregó que sí existen las leyes generales por lo que la jerarquía quedó de la siguiente manera: En primer lugar la Constitución, segundo los tratados internacionales y tercero las leyes generales. En este momento no se volvió a estudiar el tema de si hay jerarquía o competencias entre el derecho federal y local, pero

en otra jurisprudencia se resolvió que no relación de jerarquía entre los 5 órdenes jurídicos nacionales, únicamente se trata de competencias diferentes.

Y en 2011 se introdujo una nueva manera de recibir el derecho internacional de los derechos humanos acorde con la tesis coordinadora o conciliadora del derecho internacional. Los tratados internacionales que contienen derechos humanos se encuentran al mismo nivel que la constitución, los conflictos entre normas de distintas fuentes se resuelven aplicando dos criterios (El principio pro persona y atenerse a las restricciones constitucionales). La jurisprudencia de la Corte Interamericana se incorporó al orden jurídico doméstico en los casos en los que sus interpretaciones resulten más favorables a la persona. Y finalmente todos los jueces pueden ejercer el control difuso de convencionalidad. Lo que indica que el derecho internacional convive con el nacional de una forma más acorde con la tesis coordinadora del derecho internacional, sobre todo en el caso del derecho internacional de los derechos humanos.

CAPÍTULO III

DIFERENCIAS EVOLUCIÓN SISTEMA DE RECEPCIÓN

ORIGEN DE LA CLÁUSULA

La primera diferencia es cómo llegó a incorporarse el sistema de recepción de tratados internacionales dentro de la cláusula de supremacía de la Constitución. Al momento de la creación de ambas repúblicas, los tratados internacionales regulaban únicamente temas relacionados con la guerra, paz y comercio. Pero en Estados Unidos se presentó la necesidad de que los estados respetaran las obligaciones internacionales de la federación.

Estados Unidos comenzó la guerra de independencia en 1775, en 1777 concluyó tratados de alianza militar con Francia y España; y en 1783 logró firmar la paz con Gran Bretaña.¹⁵⁴ Gran Bretaña reconoció la independencia de las colonias con algunas condiciones, como pagar las deudas a acreedores británicos y dejar de confiscar propiedades. Sin embargo, si se incumplían estas condiciones, se reanudarían las hostilidades.¹⁵⁵

En cambio, México no logró negociar la paz con España hasta 1836, 15 años después de terminar la guerra. Estados Unidos lo reconoció como país en 1824, siguió el reconocimiento de Gran Bretaña y el de otros países Europeos. Los primeros tratados internacionales que se concluyeron fueron tratados comerciales y de préstamos.¹⁵⁶ Ese tipo de relación jurídica era relevante para las relaciones del Estado mexicano con el mundo, pero no afectaba las relaciones entre los estados y la federación.

En Estados Unidos, los esfuerzos deliberados de los estados para violar el Tratado de paz con Gran Bretaña fueron fundamentales para la creación de una nueva Constitución y para la inclusión de los tratados internacionales en la cláusula de supremacía. La propuesta presentada por el Secretario de Estado John Jay al Congreso para enfrentar las violaciones a los tratados que posteriormente se convirtió en la cláusula de supremacía constitucional respondía a esa necesidad. En cambio en México, no se incluyó la supremacía de los

¹⁵⁴ Ignacio Díaz de la Serna, *“Los Primeros Tratados Internacionales Estadunidenses”*, Año 3, Nº1 (2008)

¹⁵⁵ “Transcript of Treaty of Paris (1783),” Ourdocuments.gov

¹⁵⁶ Roberta Lajous Vargas, *“Historia mínima de las relaciones exteriores de México (1821-2000)”* (México: El Colegio de México, 2013)

tratados en la misma cláusula de supremacía de la Constitución hasta la Constitución de 1857. Y se adoptó siguiendo exactamente la misma redacción que la estadounidense, sin registro de discusión o argumentos que justifiquen el cambio.

Otras diferencias menores entre ambos sistemas fueron, por ejemplo, la creación del supremo poder conservador en México. Al momento de discutir en Estados Unidos el sistema para la supremacía del derecho federal y los tratados internacionales existieron dos propuestas: el Plan de Virginia y el Plan de Nueva Jersey. El primer plan consistía en un derecho de veto del Congreso Federal para anular la legislación estatal inconsistente con la ley federal; el segundo plan consistía en otorgarle a las cortes estatales la facultad de invalidar el derecho estatal en conflicto. En México, durante el gobierno conservador de 1836, se experimentó 4 años con un sistema similar al propuesto por el Plan de Virginia

El supremo poder conservador ejercía el control de constitucionalidad de los actos de todos los demás poderes. Fue una institución de la esfera política que no funcionó, sus determinaciones obedecieron poco a la argumentación jurídica y más a la oportunidad.¹⁵⁷ Eventualmente ambos países adoptaron la estructura de dejar el control de constitucionalidad en las cortes, lo que ha logrado que este poder se ejerza con argumentos jurídicos y no con consideraciones políticas.

Otro aspecto a comparar en ambos países, es que se tomó la decisión de otorgarle únicamente al Senado la facultad de participar en la aprobación de los tratados y no al Congreso en su conjunto. En México el Congreso tenía esa facultad hasta la reforma de 1934, cuando se le volvió a otorgar la facultad exclusiva al Senado. El Senado había sido suprimido en la Constitución de 1857 porque se percibía como demasiado conservador y aristocrático, también para facilitar el proceso de aprobación de las reformas liberales pero se generó un desequilibrio de poder que provocó su reinstauración en 1873.¹⁵⁸

En Estados Unidos los federalistas argumentaron que la Cámara de Representantes era demasiado grande para participar en las negociaciones diplomáticas y que el Senado, al representar a todos los estados por igual, era el representante idóneo de la Federación. Durante las ratificaciones de la nueva Constitución James Wilson presentó una propuesta

¹⁵⁷ Eduardo G. Barrera Roblero, *"A 180 años del Supremo Poder Conservador, una reflexión"*, Nexos, El Juego de la Suprema Corte, Mayo 4 2016

¹⁵⁸ *"La Restauración del Senado en 1874"*. Puntos Constitucionales. Senado de la República. Noviembre de 2015

formal para que sea el Congreso y no solo el Senado la parte responsable de aprobar los tratados internacionales pero esta no prosperó.

Dejar fuera a la Cámara de Representantes del proceso provocó diferencias ideológicas entre los federalistas y los republicanos. En consecuencia, cuando los republicanos controlaron la Cámara de Representantes, lucharon por ser considerados en el proceso de creación de tratados internacionales, al menos cuando estos se traten sobre facultades exclusivas del Congreso; en México no hubo ese interés y nunca se desarrolló la teoría constitucional de la auto-ejecución de los tratados.

DIFERENCIAS EN LA JERARQUÍA NORMATIVA

En países con un sistema de recepción del derecho internacional dualista (Gran Bretaña, Australia o Canadá) el tema de la jerarquía de normas no es relevante porque para que una norma internacional forme parte del sistema doméstico, esta debe ser transformada en una norma nacional.

Tanto en Estados Unidos como en México existía un sistema de recepción monista del derecho internacional debido a la cláusula de supremacía. No obstante, en Estados Unidos se desarrolló la teoría de la auto-ejecución de los tratados internacionales. Así que se crearon dos tipos de tratados internacionales: los tratados auto-ejecutables que siguen un sistema de recepción monista; y los tratados no auto-ejecutables que siguen un sistema de recepción dualista. Presumiblemente todos los tratados son no auto-ejecutables a menos que se especifique lo contrario.

Para los tratados internacionales que sí se incorporan automáticamente al derecho nacional, puede darse el caso de un conflicto de normas entre una de origen nacional y otra de origen internacional. En ambos países quedó claro que si la norma en conflicto con un tratado internacional era una norma local (estatal) prevalecía el tratado internacional. En Estados Unidos la jurisprudencia aclaró este tema desde 1796, en el caso *Ware v. Hylton*, en el cual se resolvió que los tratados internacionales prevalecen sobre el derecho y las constituciones locales; pero no sobre la Constitución federal.

Aunque por el texto de ambas cláusulas de supremacía pudiera entenderse que la Constitución y los tratados internacionales están en el mismo nivel, la Constitución es la norma fundante de una nación. De ella emanan las demás normas, incluidas las relativas a la competencia para crear tratados internacionales y su validez; por lo que la Constitución siempre será superior. En México, se consideró adecuado especificar durante la reforma de 1934 que solo los tratados que estén de acuerdo con la Constitución serán ley Suprema de

la Unión. Para dejar más claro que la Constitución se encuentra en un nivel jerárquico normativo superior a los tratados.

En el caso de conflicto de normas entre el derecho federal y un tratado internacional en México hubo varios criterios cambiantes, tanto en México como en Estados Unidos.

En México en 1946 los tratados internacionales estaban por encima de las leyes federales. En 1981 estaban al mismo nivel. En 1999 los tratados internacionales son superiores a las leyes federales otra vez. En 2007 se afirmó el mismo criterio. Y en 2011 se determinó que los tratados internacionales en materia de derechos humanos están en el mismo nivel que la Constitución.

En Estados Unidos desde el caso *Taylor v Morton* comenzó el precedente que establece que tanto los tratados internacionales como el derecho federal se encuentran en el mismo nivel y si hay conflicto entre ambos el último publicado es el que debe de regir.

Así que la jerarquía en cada país quedó de la siguiente manera:

Estados Unidos: Primero la Constitución. En segundo lugar los tratados internacionales auto-ejecutables y el derecho federal (prevalece el último en tiempo en caso de conflicto). En tercer lugar el derecho local.

En México: Primero la Constitución y los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sin jerarquía. En segundo lugar los tratados internacionales. Y en tercer lugar el derecho federal y local en el ámbito que les competa.

Podemos ver que aunque ambos países partieron de la misma base, el artículo de supremacía constitucional, cada uno fue modificó los criterios jurisprudenciales que establecían el rango que los tratados internacionales tienen en el sistema jurídico doméstico. Y estas determinaciones se relacionan con los objetivos prioritarios nacionales.

DIFERENCIAS RÉGIMEN DUALISTA DE RECEPCIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL

Debido al desarrollo de la teoría de la auto-ejecución de los tratados en Estados Unidos los tratados no auto-ejecutables siguen un sistema dualista de recepción del derecho internacional.

En México nunca se creó la distinción entre tratados auto-ejecutables y tratados no autoejecutables. Por lo que no hay tratados internacionales que sigan un régimen de recepción dualista del derecho internacional.

Casi todos los doctrinarios concuerdan que México sigue un sistema monista nacionalista de recepción del derecho internacional. Con la excepción de Loretta Ortiz Ahlf, quien considera que en México se sigue la teoría dualista al mencionar que:

...puede afirmarse que la posición adoptada por nuestro art 133 constitucional es en realidad la del dualismo, que el derecho internacional requiere, conforme a nuestro sistema, de un acto de incorporación; de seguirse la tesis monista no se requeriría acto de incorporación alguno, por formar ambas normas parte de un mismo sistema jurídico.¹⁵⁹

Ningún otro doctrinario concuerda con dicha posición porque el régimen monista requiere un acto de transformación diferente a las formalidades para la entrada en vigor del tratado.

160

CONCLUSIONES

En Estados Unidos se diseñó la cláusula de supremacía de los tratados porque el incumplimiento de la ley federal y de los tratados internacionales amenazaba la seguridad nacional en los primeros años de la nación, esta cláusula introdujo un régimen monista de recepción del derecho internacional. Para México el cumplimiento de los tratados internacionales no era fundamental en los primeros años, el país siguió un régimen dualista de recepción de derecho internacional hasta la Constitución de 1857, cuando incluyó la cláusula de supremacía de los tratados casi igual que en la Constitución de Estados Unidos y no quedó registro de las razones que motivaron dicho cambio.

Pero a pesar de contar una cláusula de supremacía casi idéntica, cada constitucionalismo se desarrolló de manera muy diferente. Tenemos dos historias de transformación constitucional.

En Estados Unidos a partir de 1920 se reinterpretó el caso *Foster v. Nielson* para concluir que existen tratados auto-ejecutables y no auto-ejecutables y que el elemento para distinguirlos es la intención de los creadores del tratado. Posteriormente debido al rechazo doméstico del desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, la Suprema

¹⁵⁹ Loretta Ortiz Ahlf, “Derecho Internacional Público” (México: Harla, 1993) 9

¹⁶⁰ Fabián Novak Talavera, Fabián Novak, Luis García-Corrochano Moyano, “Derecho Internacional Público”, Pontificia Universidad Católica del Perú. Instituto de Estudios Internacionales (Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, 2000) p. 325.

Corte estadounidense argumentó que un tratado vago es no auto-ejecutable y un tratado no auto-ejecutable no prevalece sobre el derecho estatal; lo cual creó una nueva excepción a la cláusula de supremacía.

En el Senado se discutió la posibilidad de modificar la cláusula de supremacía constitucional para que todos los tratados internacionales sean presumiblemente no auto-ejecutables. No prosperó la iniciativa pero los opositores de los derechos humanos lograron hacer esta transformación sin necesidad de modificar la Constitución. Hoy en Estados Unidos impera un sistema preponderantemente dualista de recepción del derecho internacional. Esto se visibiliza en casos como *Medellín v. Texas*, en el cual no pudo ser implementada una decisión de un tribunal internacional porque todos los tratados que fundamentan la actuación de dicho tribunal son considerados no auto-ejecutables.

Por otra parte, el constitucionalismo mexicano se enfocó en resolver las colisiones entre normas de distintas fuentes inherentes a un régimen monista, decretando la jerarquía de un orden jurídico sobre el otro. El principal problema era determinar si las leyes federales estaban en el mismo nivel que los tratados internacionales o en el nivel inferior. En 1946 los tratados internacionales prevalecían sobre el derecho federal. En 1981 estaban en el mismo nivel.

Sin embargo, a partir de 1999 comenzó una transformación hacia un monismo más orientado al internacionalismo, la Corte afirmó que los tratados internacionales están en un nivel superior a las leyes federales y las locales (las cuales están en la misma jerarquía aunque tratándose de competencias distintas). Esto fue porque se vivía un momento de mayor importancia de los tratados internacionales. La jerarquía quedó de la siguiente manera: En primer lugar la Constitución, segundo los tratados internacionales y tercero las leyes generales. Debajo de este orden quedaron en la misma jerarquía el orden federal, local o estatal, municipal y el del Distrito Federal, cada uno en el ámbito de sus competencias.

Finalmente en 2011 se decidió que los tratados internacionales en materia de derechos humanos están en el mismo nivel que la Constitución, sin jerarquía alguna. Lo que va más acorde con una tesis coordinadora o conciliadora del derecho internacional por la ausencia de jerarquía y el establecimiento de criterios para resolver eventuales conflictos.

Conclusiones finales:

1.- Del monismo hacia el dualismo o hacia una tesis coordinadora del derecho internacional.

Ambos países comenzaron con un régimen de recepción monista del derecho internacional. Estados Unidos se fue orientando hacia un régimen preponderantemente dualista debido a

que hoy en día los tratados internacionales son presumiblemente no auto-ejecutables y es necesario un acto del Congreso para su implementación. Por otra parte, México poco a poco se fue hacia el internacionalismo hasta llegar al actual criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que adopta una tesis coordinadora o conciliadora del derecho internacional para el caso de tratados internacionales en materia de derechos humanos.

2.- Transformación constitucional sutil o disruptiva

En Estados Unidos la teoría de la auto-ejecución moderna surgió a partir de la reinterpretación de un caso de 1829. La falta de conocimiento en la materia y la obscuridad de los términos legales permitió que se difundiera dicha teoría. Especialmente cuando acomodaba los intereses políticos de la época (Aumentando la discrecionalidad del poder ejecutivo en política exterior; frenando la aplicación doméstica del derecho internacional de los derechos humanos inclusive incumpliendo sentencias condenatorias de tribunales internacionales). Así a través de la jurisprudencia; la doctrina; la práctica ejecutiva y diplomática se transformó a un sistema preponderantemente dualista, sin necesidad de modificar la Constitución.

La transformación constitucional de México fue menos sutil. La jerarquía de los tratados internacionales en el sistema jurídico ha sido motivo de amplias discusiones e investigaciones académicas, jurídicas y políticas. El debate sobre cada nuevo posicionamiento de la Suprema Corte fue muy visible en la opinión pública.

3.- Tendencias generales

La tendencia en Estados Unidos ha sido obligarse cada vez menos por medio de tratados internacionales. En los primeros años de la Nación era de vital importancia cumplir con los tratados internacionales pero a medida que ha crecido su poder geopolítico se ha debilitado la fuerza que tienen los tratados internacionales en el sistema jurídico doméstico.

La doctrina de la auto-ejecución de tratados se convirtió en una alternativa para incluir un sistema dualista de recepción del derecho internacional, en el que los tratados no auto-ejecutables no formen parte del orden jurídico doméstico. Y debido al rechazo al derecho internacional de los derechos humanos, todos los tratados internacionales se convirtieron en presumiblemente no auto-ejecutables. Esto aunado a otras prácticas como crear legislación federal que contravenga tratados internacionales, negociar acuerdos internacionales que no tengan la categoría de tratados o negociar acuerdos/tratados con lenguaje menos vinculante hacen que el derecho internacional este cada vez menos presente en la aplicación doméstica de las leyes.

Mientras que en México desde la década los 80's el país busco ser parte de la economía global, lo que requería compartir una misma ideología, reglas, principios e instituciones. Los tratados internacionales comenzaron a regular cada vez más áreas domésticas y desde 1999 los tratados internacionales se encuentran en un nivel superior a las leyes federales. De esta manera el Congreso no puede crear legislación que invalide un tratado internacional, como sucede en Estados Unidos.

En el mismo sentido, debido a cálculos políticos internos los derechos humanos comenzaron a ser un tema cada vez más presente en la agenda de política exterior. Lo que ocasionó que se busque la armonización del derecho interno con el derecho internacional de los derechos humanos. Así se logró la unificación de dos ordenes jurídicos que no tienen una relación de subordinación, si no de coordinación.

El contraste entre ambas historias ilustra la relevancia que le da cada país a los tratados internacionales. A través de la comparación entre países y la evolución histórica es posible poner en perspectiva las conclusiones y criterios que hoy damos por sentados. Y es posible comprender en su contexto histórico cómo cada país llegó a adoptar un régimen monista de recepción de derecho internacional, cómo cada país resolvió el conflicto de normas inherente a dicho modelo y cómo cada país se fue alejando poco a poco de ese sistema monista nacionalista.

BIBLIOGRAFÍA

- Becerra Ramírez Manuel, Jorge Carpizo, & Edgar Corzo Sosa. 2000. "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*. Número 3
- Covarrubias, Ana. 2010. "Cambio de Siglo, la Política Exterior de la Apertura Económica y Política" en *México y el Mundo Historia de sus Relaciones Exteriores* México: El Colegio de México
- Del Rosario Rodríguez, Marcos. 2011. *La Cláusula de Supremacía Constitucional*, el Artículo 133 Constitucional a la Luz de su Origen, Evolución Jurisprudencial y Realidad Actual. México: Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional
- Dickinson, Edwin. 1926. "Are the Liquor Treaties Self-Executing?" *The American Journal of International Law*, Vol. 20, Nº 3
- Flores, Imer. 2005. "Sobre la Jerarquía Normativa de Leyes y Tratados. A Propósito De La (Eventual) Revisión De Una Tesis", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*. Nº13
- Hamilton, Alexander John Jay & James Madison. 2003. *The Federalist Papers*. Estados Unidos: Singet Classics Printing
- Ku, Julian. 2005. "Treaties as Laws: A Defense of the Last-in-Time Rule for Treaties and Federal Statutes", *Indiana Law Journal*. Vol. 8 Nº 2. Art. 3
- Lajous Vargas, Roberta. 2013. "Historia mínima de las relaciones exteriores de México (1821-2000)." México: El Colegio de México
- Lajous, Roberta. 2012. "*Historia Mínima de las Relaciones Exteriores de México*." México: El Colegio de México
- Perezcano Díaz, Hugo. 2007. "Los Tratados en el Orden Jurídico Mexicano", en *Bernardo Sepúlveda, Juez de la Corte Internacional de Justicia*. México, Colegio de México

- Puppo, Alberto. 2016. *“De Kelsen a la Contradicción de Tesis 293/2011”*. Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Nueva serie, año XLIX, núm. 147. 173-213
- Sloss, David. 2016. *“The Death of Treaty Supremacy: An Invisible Constitutional Change”*. Oxford University Press
- Tena Ramírez, Felipe. 2005. *Leyes Fundamentales de México 1808 – 2005*. México: Editorial Porrúa 24 ed
- Trejo García, Elma del Carmen. 2006 *“Sistema de Recepción de los Tratados Internacionales en el Derecho Mexicano” Centro de Documentación, Información y Análisis Dirección de Servicios de Investigación y Análisis Subdirección de Política Exterior, SPE-ISS-07-06*
- Vagts, Detlev. 1998. *“Taking Treaties Less Seriously,” American Journal of International Law Vol.92 N°3*
- Yoo, John. 1999. *“Globalism and the Constitution: Treaties, Non-Self Execution, and the Original Understanding”*, *Columbia Law Review* Vol. 99 N° 8. 986-1998