



EL PRINCIPIO DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL

THE PRINCIPLE OF CONVENTIONALITY IN MEXICO IN THE LIGHT OF INTERNATIONAL LAW

José Carlos Rojano-Esquivel.
Facultad de Derecho,
Universidad Autónoma
de Querétaro.

Correo para correspondencia:
josecarlos.rojano@hotmail.com

Fecha de recepción: 12/05/2014
Fecha de aceptación: 25/08/2014

Resumen

El principio de convencionalidad es resultado de la labor de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el objeto de que los Estados miembros de dicho tribunal, reconozcan y apliquen los tratados internacionales desde el ámbito nacional. Sin embargo, México mantiene el llamado monismo nacional lo que hace que la Constitución se mantenga por encima de los tratados, pese a declararlos en igual jerarquía. De acuerdo a la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados de 1969, los Estados se obligaron de acuerdo a la norma *Pacta Sunt Servanda* a cumplir con las convenciones internacionales, por lo cual no pueden alegar normas constitucionales para evadir sus deberes internacionales. La Suprema Corte de Justicia de la Nación en precedente reciente, ha declarado que en caso de conflicto entre tratados y constitución, la última es la que ha de aplicarse lo cual genera responsabilidad internacional al

Estado Mexicano, sin embargo la propia ley fundamental puede interpretarse en el sentido de un Monismo Direccional, es decir, la Constitución es la que soberanamente remite a los tratados. La realidad es que la práctica judicial mexicana es lejana en la aplicación total de las convenciones internacionales, y como puede deducirse dentro de una metodología deductiva y reconstructivista, lo que limita varios principios internacionales como el de Convencionalidad, Universalidad de los derechos humanos y Pro Persona.

Palabras clave: Convenciones, convencionalidad, *Pacta Sunt Servanda*, Pro Persona, derechos humanos.

Abstract

The principle of conventionality is result of the work of the Inter-American Court of Human Rights so that the members of the tribunal, recognize and apply international treaties from the national level. However, Mexico maintains a National Monism which makes that Constitution is kept above the treaties, despite declaring them in equal hierarchy. According to the Vienna Convention on Law of Treaties of 1969, the States obligated according to the *Pacta Sunt Servanda* rule to comply with international conventions, which may not claim constitutional norms to evade international obligations. The Supreme Court of Justice of the nation in recent precedent, has declared that in the event of a conflict between treaties and Constitution, the

last is which has to be applied which generates international responsibility to the Mexican State, however the fundamental law can be interpreted in the sense of a directional monism, i.e., the Constitution is that sovereignty refers to the treaties. The reality is that the Mexican judicial practice is far in the full implementation of the international conventions, and how it can be within a deductive and reconstructivist methodology which limits several international principles such as those of conventionality, universality of human rights and Pro person.

Keywords: Conventions, conventionality, *Pacta Sunt Servanda*, Human Rights, Pro Homine.

1. Introducción.

Con la reforma constitucional de junio del 2011 como consecuencia de los efectos derivados por las sentencias dictadas a México por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el Principio de Convencionalidad se ha convertido en un tema de agenda prioritaria en el país, el cual ha sido abordado por sendos constitucionalistas aunque los estudiosos del Derecho de Gentes poco lo han hecho. De ahí que surgen diversos cuestionamientos acerca del alcance real de dicho principio en el derecho mexicano y si éste encuentra la debida recepción en el Derecho Internacional, hasta lo que entonces se ha identificado como principio de la *Pacta Sunt Servanda*.

Asimismo es necesario aclarar cuál es el papel que guarda dicho el orden jurídico internacional dentro del marco jurídico mexicano, en especial dar respuesta acerca de la jerarquía y nivel de los tratados como convenciones. Durante décadas, el nivel de competencia y jerarquía de los tratados internacionales en México ha sido objeto de diversos análisis, destacando en todo momento su posición frente a la Constitución de conformidad con lo que dispone el artículo 133 de la ley fundamental. De acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia anterior a los años noventa, el sistema monista interno fue evidente en este país toda vez que los tratados se colocaban por debajo de la ley fundamental, subrayando la primacía de la Carta Magna sobre tales instrumentos internacionales. Posteriormente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en una tesis aislada determinó a finales del siglo XX, que los tratados eran interpretados en atención al artículo 133 referido, como infraconstitucionales pero supralegales.

Más adelante el máximo tribunal del país fue dictando nuevos precedentes para destacar finalmente que los tratados están por debajo de la Constitución y por encima de las leyes generales así como de las leyes federales y leyes estatales; aunque es discutible la última tesis como se

verá más adelante. Sin embargo, poca atención se tuvo en el alcance de los tratados respecto al orden jurídico mexicano considerando los compromisos internacionales y la armonización de aquellos con la legislación mexicana, ni tampoco nunca se advirtió lo referente a las diversas categorías de tratados internacionales, debido a que no son iguales los relativos a derechos humanos con los de orden comercial o los de fronteras.

De esta manera, con la reforma reciente hecha en junio del 2011 en materia de derechos humanos, la Constitución mexicana establece el nuevo marco jurídico a través del estándar que en lo sucesivo éstos han de observar en el orden jurídico mexicano. La protección a los derechos humanos en México era relativa, toda vez que la ley fundamental se circunscribía a la simple tutela de las garantías dejando en otro plano la salvaguarda de los derechos humanos reconocidos en los tratados de los cuales el país forma parte. Igualmente, no se podía sostener una protección por excepción de tales derechos ni aplicar las convenciones internacionales de la materia dentro del mismo rango constitucional, lo que equivalía a un enorme atraso respecto de otros modelos en el mundo, sobretodo, los de tendencia principialista.

La cuestión radica ahora en determinar el alcance de los tratados en general y de igual manera, los que tocan al corpus iuris de los derechos humanos internacionales, lo cual representa toda una problemática debido al retraso causado por el paleopositivismo jurídico imperante en el país. El presente trabajo es una modesta aportación para determinar precisamente cuál es la naturaleza de los tratados internacionales en México, sobretodo, su alcance constitucional dentro del plexo reformado en materia de derechos fundamentales, bajo una propuesta dual: el Monismo Direccional y la reinterpretación de la pirámide jurídica en el derecho mexicano de conformidad con los artículos 1º y 133 constitucionales.

2. El Artículo 133 Constitucional.

Los tratados internacionales son una de las fuentes formales del derecho, sin embargo la recepción en el derecho nacional así como su nivel de competencia y jerarquía varían de conformidad con el derecho constitucional comparado. El artículo 133 constitucional es una versión idéntica del artículo VI de la constitución norteamericana, precepto que a mi juicio encierra una doble naturaleza debido a que se establece el nivel superior del orden jurídico como a la vez se determina una competencia específica: la constitucional.

Según Carlos Arellano García (Carlos Arellano, (2001) *La jerarquía de los Tratados en México en el artículo 133 constitucional, en Estudios en Homenaje a Víctor Carlos García Moreno*, VARIA IURIS, Porrúa-UNAM), son dos las razones de la importación de dicho artículo VI a nuestro sistema jurídico, primero por una orientación facilitada por el constituyente norteamericano, y la otra, por el número de tratados que tiene México con los Estados Unidos, y así estar en paridad de criterios, coincidiendo en la supremacía de la constitución respecto de los instrumentos internacionales.

Es así, que el precepto de la Constitución norteamericana señala en su artículo VI sección 2:

La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se aprobaran y todos los tratados celebrados o que se celebraren bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la suprema ley del país.

Los jueces de cada estado estarán obligados a observar la aun cuando hubiere alguna disposición en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier Estado.

Conforme al texto de la ley fundamental norteamericana, pareciera que estamos frente a una interpretación propia de la tesis monista nacionalista, pero se trata más bien de una tesis denominada *Dualista*. Lo anterior radica en que el modelo de los EUA obedece a su propia naturaleza federada, toda vez que un tratado para que opere en lo interno requiere de ser sancionado como ley

(*act*) tanto en lo federal como en lo local, de tal manera que considerando la llamada *federal clause*, las entidades de la Unión Americana tienen el derecho de vetar en el ámbito de su competencia el referido instrumento internacional, además de lo vertido en la doctrina Jay (JAY, *El Correo de Nueva York*, 7 de marzo de 1788, EL FEDERALISTA, LXIV).

La tesis vertida destaca que el Presidente y el Senado no pueden comprometerse mediante un tratado que sea contrario a la Constitución y con ello atentar contra el pacto nacional, poniendo en peligro su estabilidad pero tampoco pretendía colocarla por encima de los tratados internacionales, aunque tal criterio fue deformado con posterioridad para ser interpretado como a la fecha se hace hoy en día. Por ello, el orden nacional a decir de los dualistas Triepel y Anzilotti, difiere del orden internacional por sendas divergencias en sus respectivos ámbitos de validez, sobretodo el espacial y personal.

Para quienes sostienen en monismo internista o nacionalista, ambos órdenes –Derecho- la primacía como señala Jellinek radica en la propia Constitución, en tanto para Kelsen, el deber de observar los tratados genera una norma superior de derecho internacional que los coloca por encima de aquella, en lo que se identifica como *Monismo Internacionalista*.

3. Los Tratados en el Constitucionalismo Mexicano.

Para el caso de México, el sistema de recepción de los tratados considerando el artículo 133 vigente, para establecer su nivel de jerarquía como de competencia resulta por demás obvia, (Reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 18 de enero de 1934) al ser una copia casi idéntica al precepto norteamericano, *precepto el cual establece: ESTA CONSTITUCION, LAS LEYES DEL CONGRESO DE LA UNIÓN QUE EMANEN DE ELLA Y TODOS LOS TRATADOS QUE ESTEN DE ACUERDO CON LA MIS-*

MA, CELEBRADOS Y QUE SE CELEBREN POR EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA, CON APROBACION DEL SENADO, SERÁN LA LEY SUPREMA DE TODA LA UNIÓN. LOS JUECES DE CADA ESTADO SE ARREGLARAN A DICHA CONSTITUCION, LEYES Y TRATADOS, A PESAR DE LAS DISPOSICIONES EN CONTRARIO QUE PUEDA HABER EN LAS CONSTITUCIONES O LEYES DE LOS ESTADOS.

Conforme al orden de ideas expresadas en el punto anterior, el modelo monista la respuesta parecería que estamos frente al esquema nacionalista o internista, debido a la primacía constitucional ya que parece infranqueable la subordinación de los tratados a la ley fundamental mexicana, y como no existe una incorporación federada de los tratados al estilo norteamericano, no hay posibilidad de dualismo, aunque el maestro Arellano García opina lo contrario.

La fórmula estadounidense se recogió en México en el artículo 237 del Decreto del 2 de octubre de 1814 y retomado en la ley fundamental mexicana de 1824 en el artículo 161 fracción III, para posteriormente quedar en la Constitución de 1857 en el artículo 126 en los siguientes términos:

ESTA CONSTITUCION, LAS LEYES DEL CONGRESO DE LA UNION QUE EMANAN DE ELLA Y TODOS LOS TRATADOS HECHOS O QUE SE HICIEREN POR EL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA, CON APROBACION DEL CONGRESO, SERAN LA LEY SUPREMA DE TODA LA UNION.

LOS JUECES DE CADA ESTADO SE ARREGLARAN A DICHA CONSTITUCION, LEYES Y TRATADOS, A PESAR DE LAS DISPOSICIONES EN CONTRARIO QUE PUEDA HABER EN LAS CONSTITUCIONES O LEYES DE LOS ESTADOS

En este tenor, siempre se pensó que los tratados si eran colocados por debajo de la Constitución, la soberanía nacional no peligraría frente a los actos internacionales de las grandes potencias, de tal manera que este texto prevaleció en la ley de 1917 hasta su reforma de 1934, para

quedar en el actual artículo 133 con la salvedad de sustituir lo relativo a la aprobación por parte del Congreso, para quedar a cargo del senado, sin mediar mayor explicación en dicha modificación y dejando un breve mecanismo de solución de conflicto entre tratados y Constitución, a través de la fórmula de no contradicción, lo que sin duda exige la revisión del sistema monista interno que observa el orden jurídico mexicano.

En efecto, se ratifica el modelo monista nacional o internista a fin de evitar la derogación de preceptos constitucionales por medio de la suscripción de tratados, probablemente con una idea equívoca de que norma posterior deja sin efecto a la anterior toda vez que un instrumento internacional por sí no hace tal acción, aunque sí compromete la adecuación de la legislación nacional, si tomamos como referente la Convención de Viena de Derechos de los Tratados de 1969, en virtud de que los artículos 26 y 27 respectivamente ordenan la primacía de los tratados a través de la convencionalización del principio *Pacta Sunt Servanda* y por ende, no podrá invocarse el orden constitucional para incumplirlos, salvo el caso previsto por el artículo 46 de la citada Convención. No obstante esta pretensión monista interna, la realidad indica una posición dualista al exigir un requisito de incorporación de los tratados al derecho nacional, debido a que las corrientes monistas no reclaman ello, al partir ambas ramas del derecho de un mismo sistema jurídico. Ante las diferencias que todavía existen en este rubro, es de proponerse un nuevo modelo monista, el que puede definirse como *Monismo Direccional*, para lo cual se parte de la propia Constitución. En efecto, existen varias disposiciones constitucionales en donde se remite al derecho de gentes como son los artículos 1º, 27, 42, 76-I, 89-X, 117-I y 133.

El artículo 1º introduce el principio de convencionalidad en materia de derechos humanos (como se tratará más adelante), en tanto el artículo 27, alude a la naturaleza jurídica de las embajadas extranjeras sitas en México, y de ma-

nera muy particular hago énfasis en el artículo 42, el cual expresamente reconoce en las fracciones V y VI al derecho internacional, más allá de los tratados que son su principal fuente formal.

La propuesta de monismo direccional nace de la propia Constitución, quien es la que remite al Derecho Internacional mismo para regular ciertos espacios, y no se trata de una jerarquización inicial, sino más bien de posicionamiento regulatorio, es más, puede aceptarse que la propia ley fundamental ordena una aparente primacía del orden internacional, sin perder soberanía, al ser precisamente un mandato *ius imperii*. En correlación con los artículos 76-I, 89-X y 133, en tales preceptos se alude al tema de los tratados como de los principios rectores de la política exterior mexicana, de tal manera que en lo primero hay otra remisión evidente al Derecho Internacional, y en particular aunque no se le cite, a la aplicación de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969; en cuanto a los principios, éstos no son más que las normas *Ius Cogens* previstas en los artículos 1 y 2 de la Carta de Naciones Unidas, sin olvidar que estas reglas representan al derecho de gentes del más alto nivel.

Los Estados se obligan a un mínimo de derecho obligatorio, inderogable e imperativo, cuya violación genera responsabilidad para el Estado infractor. El *Ius Cogens* en Derecho Internacional se traduce el conjunto de principios respetados y reconocidos por la comunidad de naciones como universales al margen de cualquier vínculo convencional. Ocupan el rango más alto dentro de la jerarquía normativa internacional, cuyo objeto es la protección de los intereses prevalecientes de la humanidad. De ahí que no requiera ser incorporado formalmente por los ordenamientos jurídicos nacionales, ni necesite su codificación en tratados. En el *Proyecto de Tratado sobre responsabilidades internacionales del Estado*, la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, en el artículo 19 contiene algunas normas de este tipo: 1.- Principio de soberanía; 2.- La No

intervención en asuntos internos; 3.- La obligación de arreglo pacífico; 4.- obligación de asegurar la paz; 5.- Prohibición de agresión; 6.- Auto-determinación de los pueblos; 7.- Obligación de la salvaguarda del ser humano; 8.- Prohibición de los atentados graves contra el medio ambiente.

Son normas jurídicas indispensables para la vida de la comunidad internacional y tutelan intereses colectivos que se fundan en la conciencia internacional, cuyas características son: 1.- Imperatividad: no pueden ser modificadas ni ignoradas, obligan en todo su contenido; 2.- Universalidad: se impone de forma general a todos los sujetos internacionales; 3.- Constitucionalidad: son exigencias de orden moral, ético, político, indispensables para la supervivencia de la comunidad internacional; 4.- Historicidad: son expresión de necesidades perentorias de la sociedad internacional en un momento concreto, pero que evolucionan porque se terminan asentando unas, y sobre esas se pueden producir nuevas cotas de respeto. Esas normas de *Ius Cogens* se equiparan a un orden público mundial, en una especie de garantismo internacional al proteger valores pero también intereses materiales. En suma, nos referimos a dos cosas: lo axiológico y positivo, por los contenidos inmediatos. Así, el contenido axiológico salvaguardado comprende: orden, paz, seguridad jurídica, seguridad internacional. Cuando el sistema internacional de normas positivas se ocupe de estos valores, será para garantizar el *Statu Quo*, de las personas, de las cosas a fin de consolidar los privilegios históricos alcanzados. Luego el contenido axiológico del Derecho Internacional actual, es un contenido sin autenticidad en sus valores, ya que éstos están distorsionados por comportamientos históricos de dominio, de carácter estático y de una justicia relativa, como consta en el artículo 53 de la Convención de Viena antes citada.

Ahora, en relación al artículo 117 fracción I, solamente se señala la prohibición de firmar tratados para las entidades federativas. En cuanto al artículo 133 constitucional, es de considerarse

una corriente más favorable en relación a nuestra tradición monista nacional, en la cual los tratados se colocan en un plano inferior a la ley fundamental, de tal manera que de acuerdo con el maestro Fernando A. Vázquez Pando (Loretta Ortiz Ahlf y Fernando A. Vázquez, 1994, *Aspectos jurídicos del TLC*, Themis), estamos frente a varios niveles de jerarquía y competencia. El jurista referido sostiene una triple base que contiene un nivel de jerarquía y competencia constitucional, otro de igual jerarquía pero distinta competencia: el federal y el local. De hecho, el criterio doctrinal y jurisprudencial prevaleciente definía el orden constitucional, el federal y el local, es decir, debajo de la constitucional estaban lo federal y lo local, pero el último nivel colocado en plano inferior al segundo de ellos. Así las cosas, se estableció la tesis de poner a los tratados en el nivel del orden federal, siendo ello incorrecto a decir de Vázquez Pando, ya que el primer nivel, se configura por la propia ley fundamental, las leyes reglamentarias constitucionales y los tratados, para estar en una situación inferior los órdenes federal como local, los cuales están en igual jerarquía pero con distinta competencia respectivamente.

Para efectos de interpretación del artículo 133 constitucional los criterios y tesis son precarios por parte de la Suprema Corte de Justicia, inclusive han sido muy variados. El criterio que constata la posición federalizada de los tratados y de rango inferior a la Constitución se da en 1992 (Tesis aislada, A.R. 2069/91, Gaceta SJF, Octava Época, Tomo 60, 1992, pág.27). En otra tesis suscrita en 1998 la Corte colocó a los tratados en igual jerarquía que las leyes reglamentarias de la Constitución, y es hasta 1999 el abandono de esas posiciones para llegar a la tesis del tratado infra constitucional, pero supra legal, criterio que marca la primera diferencia sustancial, y en el cual se señaló:

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

Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión "... serán la Ley Suprema de toda la Unión ..." parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de "leyes constitucionales"; y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier mate-

ria, 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.

Precedentes: Amparo en revisión 1475/98. Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. 11 de mayo de 1999. Unanimidad de diez votos. Nota: Esta tesis abandona el criterio sustentado en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación Número 60, Octava Época, diciembre de 1992, página 27, de rubro: “LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA.”

Más adelante se ha venido manteniendo la infraconstitucionalidad de los tratados en otra tesis más como la siguiente: *TRATADOS INTERNACIONALES. SU INTERPRETACIÓN POR ESTA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN AL TENOR DE LO ESTABLECIDO EN LOS ARTÍCULOS 31 Y 32 DE LA CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE EL DERECHO DE LOS TRATADOS (DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN DEL 14 DE FEBRERO DE 1975).*

Un criterio más que alude a la infraconstitucionalidad de los tratados, aparece bajo el ru-

bro: *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.* Registro No. 172650, Localización: Novena Época, Instancia: Pleno, XXV, Abril de 2007, Página: 6, Tesis: P. IX/2007, Tesis Aislada, Materia(s): Constitucional.

Otras tesis que han seguido el criterio de los años noventa en la materia, pero ya distinguen la jerarquía de los tratados con la Constitución y con las leyes generales como reglamentarias constitucionales son: a) *TRATADOS INTERNACIONALES. ADMITEN DIVERSAS DENOMINACIONES, INDEPENDIENTEMENTE DE SU CONTENIDO.* Tesis de jurisprudencia 10/2007. Aprobada por la Segunda Sala de la SCJN del treinta y uno de enero de dos mil siete; b) *SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.* (Localización: 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXV, Abril de 2007; Pág. 6; [T.A..])

Pero la que más llama la atención por la equívoca interpretación de la Suprema Corte es la tesis intitulada: *TRATADOS INTERNACIONALES. ADMITEN DIVERSAS DENOMINACIONES, INDEPENDIENTEMENTE DE SU CONTENIDO.*

Dicho criterio señala en concreto lo siguiente: *Aun cuando generalmente los compromisos internacionales se pactan a través de instrumentos en la modalidad de tratados, debe tomarse en cuenta que conforme al artículo 2, apartado 1, inciso a), de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de la que es parte el Estado mexicano, por “tratado” se entiende el acuerdo celebrado por escrito entre uno o varios Estados y una o varias organizaciones internacionales, o entre organizaciones internacionales, ya conste ese acuerdo en un instrumento único o en varios conexos, cualquiera que sea su denominación particular, de lo que resulta que la noción de tratado es puramen-*

te formal siempre que su contenido sea acorde con su objeto y finalidad, pues desde el punto de vista de su carácter obligatorio los compromisos internacionales pueden denominarse tratados, convenciones, declaraciones, acuerdos, protocolos o cambio de notas, además de que no hay consenso para fijar las reglas generales a que deben sujetarse las diferentes formas que revisten tales compromisos internacionales, los que, en consecuencia, pueden consignarse en diversas modalidades. Situación que se sustenta, además, en el artículo 2o., fracción I, párrafo primero, de la Ley sobre la Celebración de Tratados, publicada en el Diario Oficial de la Federación el dos de enero de mil novecientos noventa y dos. (Tesis de jurisprudencia 10/2007. Aprobada por la Segunda Sala de la SCJN del treinta y uno de enero de dos mil siete.)

Lo interesante de esta tesis es la interpretación hecha por la Suprema Corte de Justicia la cual se limita dentro del contexto local o territorial, y ciertamente a la luz del referido artículo 133 constitucional en donde el control de los tratados queda en el plano infra constitucional, lo que provoca que las teorías dualista y monistas se confronten en el derecho mexicano, ya que de las lecturas hechas se está en un primer escenario ante dos derechos distintos, y en otro en una lucha de primacía. Así las cosas, la visión de nuestros tribunales es en extremo nacionalista y se ha perdido de vista tanto la realidad imperante de nuestros días al no contemplar las distintas clases de tratados, como la exigencia internacional de los mismos. México no puede eludir ni evadir sus compromisos internacionales por el simple dicho de nuestro máximo tribunal, ya que las obligaciones contraídas en instrumentos internacionales no eximen de responsabilidad ante un incumplimiento de sus normas, subrayando que los tratados no son de entrada leyes en sí mismos en *strictu sensu*, al tratarse de otra fuente formal del derecho además de que los mismos se refieren a distintas materias que son propias de los órdenes constitucional, federal como local desde el punto de vista competencial, lo que los coloca como normas

generales que reclamarán la adecuación de la legislación mexicana; no es posible que un tratado abrogue leyes ni que éstas abroguen tratados, ya que el criterio real es el compromiso de equalizar el orden nacional mediante las obligaciones contraídas internacionalmente, siendo desde hace tiempo necesaria una reforma al multicitado artículo 133, considerando el nuevo escenario global. (Leonel Péreznieta, *El artículo 133: una relectura, jurídica*, México, 1995, núm 25, pp. 282-283)

Esto incluye el que la Suprema Corte y sus tribunales se adentren en el plexo internacionalista, ya que he escuchado criterios y conferencias recientes en donde algunos de sus integrantes manifiestan su postura ante el llamado Principio de Convencionalidad, el cual limitan por su idea de infra constitucionalidad de todo tratado, haciendo igual énfasis con el Principio Pro Persona, para dar cuenta de un monismo jurisprudencial nacionalista cuando afirman que la misma Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, limita a éstos últimos conforme a los artículos 27 y 46 del referido instrumento internacional, ya que sostiene – a mi juicio, equívocamente- que un tratado es nulo cuando viola disposiciones fundamentales de una Constitución, de ahí entonces que según ellos hay tal subordinación del tratado a la ley fundamental, y esto es coincidente con el mencionado artículo 133 constitucional. Se difiere de este criterio jurisprudencial, toda vez que la jurisprudencia y doctrina internacional sumando el contexto de la propia Convención, coinciden en que tal limitante es cuando alguien distinto a quien tiene la facultad constitucional de suscribir tratados lo hiciere, es que los mismos corren la suerte de nulidad, y no es entonces en el sentido de lo afirmado por nuestros jueces mexicanos.

4. El Monismo Direccional, Nueva Pirámide Jurídica y Reforma Constitucional en Derechos Humanos.

Ante la diversidad de tratados, el nuevo orden internacional como la reciente reforma consti-

tucional de junio del 2011, es prudente sugerir un nuevo monismo, al que ahora se denomina MONISMO DIRECCIONAL y a su vez, una relectura de la pirámide jurídica en el derecho mexicano. Primeramente, a través de la interpretación *Monista Direccional* sugerida y ante una nueva visión de la pirámide jurídica del derecho mexicano, no debe olvidarse la remisión al Derecho Internacional hecha por la propia Constitución de conformidad con los artículos 1º, 27, 42, 76-I, 89-X, 117-I y 133 respectivamente.

Considerando la jerarquización de los propios tratados tomando como referente el artículo 1º constitucional reformado, también lleva a la distinción de los primeros en el derecho mexicano. En principio el artículo 133 constitucional los coloca en un plano infra constitucional, pero también es cierto que hay diversas clases de pactos que reclaman por consiguiente una jerarquía entre los mismos, es decir, no tienen el mismo rango los de derechos humanos, que los de fronteras, los de orden comercial, entre otros. De ahí que los tratados de derechos humanos como límites y legitimación de la autoridad, se colocan a la par de la Constitución, en tanto que el resto de ellos, es decir, tratados generales, se sitúan en un estrato inferior, sin olvidar el deber de observancia de todo instrumento internacional en los ámbitos interno como internacional.

Es el caso, que el citado artículo 1º constitucional ubica ya a los tratados de derechos humanos a la par de la propia ley fundamental, por lo cual los mismos adquieren rango constitucional, y en caso de un posible conflicto entre la ley suprema y un derecho humano previsto en un tratado, de acuerdo a los principios de convencionalidad y pro Persona, entonces el derecho humano en pugna deberá preferirse junto con el instrumento internacional que lo reconoce. Con motivo de la reforma Constitucional de junio del 2001, el Derecho Internacional, en especial el de los Derechos Humanos, adquiere una especial relevancia, toda vez que se da la constitucionalización definitiva de los

derechos humanos, al ser referidos únicamente en el apartado B) del artículo 102 de dicho ordenamiento. Asimismo, otra cuestión de relevancia sustancial es lo relativo a los tratados en esta materia, los cuales son elevados a la categoría reservada a citada la ley fundamental como así dispone el nuevo artículo primero de esta Carta Magna.

De igual manera, se da un paso importante con la inclusión del denominado principio de convencionalidad como del principio *Pro Homine*, éste último para resolver la prevalencia de un derecho fundamental en caso de conflicto con un acto o norma de autoridad. Es de subrayar, al igual, el reconocimiento constitucional respecto del carácter universal de tales derechos como se establece en el artículo 1º constitucional.

El citado precepto renovado establece:

ARTICULO 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está...
(...)

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas. (Reformado mediante decreto, Diario Oficial de la Federación, 10 de junio del 2011)

Resulta significativo que ahora la Constitución tenga un título especial para reconocer y proteger a los derechos humanos, sobretodo distinguirlos de las denominadas garantías, aunque el positivismo propio del precepto se mantiene. Sin embargo, la permisión a cierto contenido iusnaturalista es bienvenido, aunque debe aclararse que aún se entiende por persona, al eliminarse el vocablo *individuo*. (La Convención Americana de Derechos Humanos, establece el término persona como equivalente a ser humano, saliendo de la definición clásica de persona física. Cabe señalar que este tratado reconoce a la persona desde la concepción, cosa que no hace el derecho civil, la que la conceptúa a partir del nacimiento)

Entonces, considerando este Monismo Direccional, si se da un conflicto entre un derecho humano previsto en un tratado con la propia ley fundamental, de acuerdo a tales principios, el instrumento internacional desplaza a la ley constitucional, dando lugar a un monismo internacionalista, que es el estándar de hoy en día en otras naciones. Lo anterior sin lugar a dudas, resulta por mandato implícito del propio artículo primero constitucional.

Finalmente la aplicación del Corpus Iuris Internacional de los Derechos Humanos, considerando también a los principios *Pro Homine* como el de universalidad, se exigirá en lo sucesivo el aplicar otros instrumentos normativos: declaraciones, resoluciones, jurisprudencia de otros

tribunales internacionales y tratados de igual rubro, de los que México no es parte, al fin y al cabo es el Derecho Objetivo de los derechos fundamentales de nuestros tiempos como de los que vienen; en suma, las autoridades locales tienen la problemática y el reto de hacerlos valer.

Ciertamente que de acuerdo al principio de convencionalidad existe el mandato constitucional de observar los tratados internacionales, el efectuar una interpretación conforme a dichos instrumentos como a la jurisprudencia internacional misma, pero de la redacción del primer párrafo del artículo 1º. Constitucional y de la reciente tesis de contradicciones 293/2011, es de advertir una aparente paraconstitucionalidad de las convenciones de derechos humanos, ya que se ha sostenido al final de cuentas que en caso de conflicto entre dichos tratados y la ley fundamental mexicana, ésta última es la que habrá de prevalecer lo que vulnera la universalidad de los derechos humanos y menoscaba el propio principio de convencionalidad referido, conculcándose de manera grave el artículo 26 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, lo que puede generar al Estado Mexicano, responsabilidad internacional.

Se concluye que existen dos principios más derivados del derecho internacional, y que son el de obligatoriedad de resultado y el de eficiencia interpretativa, los que requieren de análisis en otro lugar y en otro momento.

En suma, estamos frente a una convencionalidad aparente y quizá en una especie de simulación frente a la comunidad internacional, a pesar de los pros y contras de la multireferida reforma constitucional del 2011. El control difuso en la realidad no se ejerce por las autoridades mexicanas, de tal manera que sigue operando la regla de acción e interés jurídico, limitando el llamado interés legítimo o difuso todavía en el derecho mexicano, pese a lo previsto por el artículo 17 constitucional y los artículos 103 y

107 de dicha ley fundamental respectivamente.

Lo más preocupante, es que se sigue efectuando el estudio y análisis de los tratados y convenciones internacionales a la luz del derecho constitucional y por juristas especialistas en el área, sin que los internacionalistas participen de una manera más activa y decidida. El derecho decimonónico sigue prevaleciendo en las plumas del legislador como de los jueces, aunque afortunadamente ya existen quienes empezaron a romper el paradigma, de ahí que en las facultades de derecho existe un alto compromiso de ampliar el tratamiento de la ciencia jurídica a la luz de las nuevas directrices, pero en donde también hace falta la reconciliación entre positivistas y iusnaturalistas.

Urge el diálogo judicial entre jueces nacionales e internacionales, el hacer uso de nuevas fuentes formales del derecho, aunque sea como criterios de orientación o referencia, tal y como lo hacen la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

5. Conclusiones

PRIMERA: El Constituyente mexicano no imaginó que vía tratados internacionales se legisla de manera general para el Estado Mexicano, de tal manera que no se advirtió la diversidad de competencia y temática de los mismos conforme al orden jurídico nacional, así como se adoptó la fórmula del constitucionalismo americano, el cual observa el dualismo entre derecho nacional y derecho internacional, lo que dificulta su aplicación interna. Si bien se prefirió orientar el artículo 133 constitucional en un monismo nacionalista, se perdió de vista el compromiso convencional de acuerdo a lo pactado en la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados, en especial el mandato del artículo 26 que a través del principio *Pacta Sunt Servanda*, obliga al país a cumplir con dichos tratados pese a lo que señale el orden constitucional, de tal manera que de acuerdo al derecho de gentes,

no es viable su evasión mediante criterios legales ni jurisprudenciales, siendo que las distintas tesis de la Suprema Corte de Justicia, confirman la poca claridad del artículo 133 constitucional.

SEGUNDA: Sin embargo, es posible advertir en una relectura de la Constitución, un monismo internacional conciliador, implícito por mandato de la propia ley fundamental, que se traduce en un Monismo Direccional, que exige una nueva pirámide jurídica en el derecho mexicano. Lo anterior se traduce en que es la propia Constitución la que sin menoscabo de soberanía, por ser expresión de ésta, hace la remisión al derecho internacional, y de conformidad con la referida Convención de Viena, por disposición de la ley suprema, los tratados se colocarían a la par o en su momento por encima de ésta, en otras palabras, la Constitución ordena colocar al derecho internacional en un contexto supraconstitucional a los tratados.

TERCERO: El principio de convencionalidad no es más que la aplicación del principio *Pacta Sunt Servanda* elevado en el corpus iuris de los derechos humanos, pero en una interpretación paleopositiva como la ya hecha en la tesis 293/2011, se da una regresión monista nacional para dejar en una aparente paraconstitucionalidad a los tratados de derechos humanos, pero como se dijo, en caso de conflicto, la ley fundamental es la que prevalecerá a final de cuentas.

En suma, para el derecho internacional, el principio de convencionalidad en México es relativo o aparente, quizá simulado, de tal manera que se conculca la naturaleza universal de los derechos humanos y se lesiona al principio Pro Persona, al relativizarlo de igual manera. Se infringen a su vez dos principios más que se deducen del convencionalismo y de la norma *Pacta Sunt Servanda*, que es la obligatoriedad de resultado como el de eficiencia interpretativa, con lo cual la llamada interpretación conforme prevista por la propia constitución mexicana, es reductivista, ya que no se razona ni argumenta también a la luz del derecho de gentes.

Resumen Curricular:

José Carlos Rojano Esquivel, Doctor en Derecho, Profesor de tiempo completo Categoría VII, Presidente de la Academia Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro.

Referencias bibliográficas.

Arellano Carlos, (2001). La jerarquía de los Tratados en México en el artículo 133 constitucional, en Estudios en Homenaje a Víctor Carlos García Moreno, Ed. Porrúa-UNAM.

Ayala Corao Carlos (2013). Del diálogo jurisprudencial al control de convencionalidad, Ed. Porrúa.

Becerra Ramírez Manuel, (2013). El control de la aplicación del derecho internacional, Ed. UNAM.

Caballero Ochoa José Luis, (2013). La Interpretación Conforme, Porrúa, 90, 2013.

Ferrer Eduardo y Saiz Alejandro, Coord., (2013) Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial, Ed. Porrúa.

Jay, El Correo de Nueva York, 7 de marzo de 1788, EL FEDERALISTA, LXIV.

Ortiz Ahlf Loretta y Vázquez Fernando A. (1994). Aspectos jurídicos del TLC, Ed. Themis,

Pérezniето Leonel, El artículo 133: una relectura, jurídica, México, núm. 25.