

RELACIONES ENTRE EL TRATADO DE LIBRE COMERCIO  
Y LA LEGISLACIÓN MEXICANA

Jorge ADAME GODDARD

SUMARIO: *Introducción. I. El concepto de "tratado" en el Derecho mexicano. II. El tratado y la Constitución mexicana. III. El tratado y la legislación federal. IV. Conclusión negativa: un problema no resuelto. V. Una posible solución, a partir de un nuevo planteamiento: distinguir dos órdenes jurídicos autónomos, el nacional y el internacional.*

INTRODUCCIÓN

La eventual firma del tratado trilateral de libre comercio entre Canadá, Estados Unidos y México, dadas las consecuencias económicas tan importantes que podría tener para México, hace ver la necesidad de revisar el viejo problema, todavía no resuelto, de cuál es el lugar que ocupan los tratados internacionales en el orden jurídico mexicano. No se trata de un problema meramente doctrinal o teórico, pues de su solución dependen consecuencias muy importantes, que deberán tenerse en cuenta, no sólo cuando se llegue a aplicar el eventual tratado trilateral, sino de manera muy especial durante el curso de las negociaciones.

Definir cuál es el lugar que correspondería al tratado de libre comercio en el orden jurídico mexicano significa determinar cómo se relacionará con las demás leyes mexicanas. Un primer aspecto es el de las relaciones del tratado con la Constitución federal: ¿debe el contenido del tratado respetar el texto constitucional, o, por el contrario, puede el tratado contener disposiciones que contravengan el texto constitucional? Si se respondiera en el sentido de que el tratado debe respetar la Constitución, ¿podría entonces cualquier mexicano que se viera afectado por alguna cláusula del tratado que contraviniera la Constitución obtener protección de la justicia federal mediante el juicio de amparo?

Además del problema de lo que podría denominarse la "constitucionalidad" del tratado, está el problema de las relaciones del trata-

do con las demás leyes federales mexicanas. ¿Podrá el tratado contener disposiciones que contravengan leyes federales actualmente en vigor? Y si se diera ese caso, como es muy posible que suceda, ¿qué debe prevalecer, el tratado o la ley? Y ¿qué relación habrá entre el tratado y las leyes federales que se promulguen después de la entrada en vigor del primero?, ¿podrán las leyes posteriores modificar el contenido del tratado, o se entiende que éste debe prevalecer y que no puede ser modificado por la legislación posterior?

Este problema debe plantearse no sólo respecto del orden jurídico mexicano, sino también respecto de los sistemas jurídicos de Estados Unidos y Canadá. Es evidente que sería una mala negociación si se llega a la celebración de un tratado que, por decir algo, en el orden jurídico mexicano debe prevalecer respecto de toda ley federal anterior o posterior, pero que en el orden jurídico norteamericano no prevalece respecto de leyes anteriores y en el orden jurídico canadiense no prevalece respecto de leyes posteriores. De semejante situación resultaría que México quedaría obligado indefinidamente por el contenido del tratado, mientras que Estados Unidos podría limitar su aplicación alegando leyes anteriores vigentes al momento de su celebración, y Canadá podría modificarlo emitiendo nuevas leyes.

Un aspecto que deberá considerarse, entre otros, es el relativo a la forma como los tratados surten efectos en el orden jurídico interno. Conforme a Derecho mexicano, los tratados surten efecto al ser promulgados en el *Diario Oficial*, después de haber sido firmados por el Ejecutivo y aprobados por el Senado; el tratado vale entonces como norma jurídica por sí mismo. El tratado es, según este sistema, autoaplicativo. En el orden jurídico estadounidense, por el contrario, el tratado sólo surte efectos cuando el Congreso expide una ley que hace valer el tratado y que, a veces, indica algunos criterios para su interpretación y aplicación. En este sistema el tratado no vale por sí mismo, sino que vale como ley aprobada por el Congreso. Evidentemente que en el primer sistema el tratado puede tener mayor independencia, tanto en su interpretación como en su aplicación, respecto de las leyes nacionales que en el segundo.

El problema de las relaciones del tratado con las leyes nacionales es un problema espinoso, de difícil resolución, que a mi parecer sólo puede resolverse satisfactoriamente superando concepciones nacionalistas del Derecho y ubicando el tratado dentro del ámbito del Derecho Internacional. Pero para llegar a esa conclusión, en los tres países,

hace falta tiempo, un gran esfuerzo recíproco de comprensión, y una ardua labor doctrinal.

Relacionado con el problema de la ubicación del tratado en un orden jurídico determinado está el de la definición del órgano jurisdiccional competente para conocer de los conflictos derivados del tratado, y de las facultades y fuerza decisoria de dicho órgano. Aquí se presentan dos problemas fundamentales: ¿deberá el juez que conozca de un caso derivado de la aplicación del tratado juzgarlo preferentemente a la luz del tratado o deberá juzgarlo a la luz de la legislación interna? Y segundo, ¿será definitiva la decisión que tome el órgano de solución de controversias definido por las partes en el tratado, o podrá ser revisada ante un juez superior, de acuerdo con la estructura judicial y recursos procesales de cada país?

La respuesta de estas cuestiones depende fundamentalmente de la decisión que se tome respecto a las relaciones del tratado con el orden jurídico nacional. Es claro que si el tratado se contempla exclusivamente como si fuera una parte del Derecho interno, los jueces tenderán a interpretarlo conforme a los criterios, reglas y precedentes del Derecho interno, es decir como si fuera una más de las leyes nacionales; y se tenderá también a considerar las resoluciones judiciales relativas al tratado, como decisiones sujetas al régimen de apelaciones y revisiones a que están sujetas todas las demás decisiones judiciales. Si en cambio, se reconoce en el tratado una norma de Derecho internacional, los jueces podrán interpretarlo conforme a los criterios, reglas y precedentes jurídicos internacionales, y podrá aceptarse sin problema la existencia de una jurisdicción especializada no sujeta al control de los órganos jurisdiccionales propios de cada país.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> El acuerdo de libre comercio entre Estados Unidos y Canadá contiene dos capítulos en materia de solución de controversias. El capítulo 18 contempla instituciones y procesos para resolver controversias que surjan entre los Estados, cuando uno de ellos toma una "medida", esto es una decisión administrativa, un reglamento o una ley, que otro de los Estados considera que es violatoria de los derechos que le corresponden por el tratado. El capítulo 19 contempla la solución de controversias que surjan porque uno de los países intenta aprobar leyes sobre competencia desleal (*dumping*) o impuestos compensatorios que no son conformes con los criterios del tratado o del GATT, o porque resuelva controversias de este tipo entre particulares con soluciones que no son ajustadas a su propia legislación nacional. (Al respecto puede verse: TREVIÑO, Julio César, "El arbitraje en el contexto del tratado de libre comercio", en *Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio*, Universidad Iberoamericana, México, 1992, pp. 43 y ss. y SIQUEIROS, José Luis, "La resolución de controversias en el tratado trilateral de libre comercio entre México, Estados Unidos de América y Canadá", en *op. cit.*, p. 63 y ss.). Las decisiones derivadas de los procedimientos e instituciones previstas en dichos capítulos podrían impugnarse como

El presente trabajo pretende ser únicamente una aportación a la reflexión acerca del primer problema apuntado, el de las relaciones del tratado con la legislación mexicana. La solución de éste es la base para posteriormente considerar el problema de la eficacia de las decisiones emanadas de los órganos jurisdiccionales convenidos en el tratado. Estoy consciente de que esta es una visión parcial, pues para tener una visión completa acerca del mismo tendrían que considerarse las relaciones del mismo con la legislación estadounidense y con la legislación canadiense. Pero me parece que haciendo ver la problemática que suscita la ubicación del tratado en el orden mexicano se advertirá la necesidad de considerar este problema en los otros Derechos involucrados. Es además un trabajo que no ofrece una solución definitiva. Se limita a señalar la importancia de una problemática que puede generar dificultades serias en la aplicación del tratado, y a apuntar, por vía de hipótesis, lo que pudiera ser una solución a futuro: la superación de los nacionalismos jurídicos, y la consideración del tratado como un convenio que debe ser regido, interpretado y juzgado conforme a las normas del Derecho Internacional, y por órganos jurisdiccionales también internacionales.

#### I. EL CONCEPTO DE "TRATADO" EN EL DERECHO MEXICANO

La Constitución federal mexicana no contiene una definición o descripción de lo que entiende por tratado internacional, aunque se refiere a este tipo de instrumentos en diversos artículos (15, 76-I, 89-X, 94, 104-I, 117 y 133). En dichos artículos se emplea una terminología variante: el art. 15 habla de "convenios o tratados", el art. 76-I de "tratados y convenciones diplomáticas", los artículos 89-X, 94, 104 y 133 sólo hablan de "tratados", y el 117 de tratados, "alianzas y coaliciones". Esta variedad terminológica ha dado lugar a cuestionar si la Constitución prevé o no diferentes tipos o especies de tratados internacionales; especialmente se ha cuestionado si las palabras "convenciones diplomáticas" y "convenios internacionales" se refieren a acuerdos internacionales de menor jerarquía que los tratados internacionales.

La cuestión tendría importancia si se vinieran a definir dos tipos de instrumentos internacionales, unos, las convenciones y convenios, que, inconstitucionales, si se adopta una postura nacionalista, que contemple el tratado nada más como una ley nacional. Pero este problema requiere estudio especial.

según la expresión del artículo 133 constitucional, no serían "ley suprema de la Unión", y otros, los tratados en estricto sentido, que sí tendrían esa categoría.

Tena Ramírez<sup>2</sup> explica que en el constitucionalismo norteamericano fue preciso hacer esa distinción, porque el artículo II sección segunda de la constitución dice que los tratados tienen que ser aprobados por las dos terceras partes de los senadores. Esto daba lugar a que se limitara excesivamente la facultad del presidente de celebrar tratados, ya que difícilmente podría conseguir el número de votos requerido para su ratificación. Para obviar esta dificultad, se acudió a distinguir de los tratados las convenciones, como instrumentos internacionales que podía celebrar el Presidente de la República sin ser necesaria la aprobación del Senado. Pero esta distinción, opina el destacado constitucionalista mexicano, no tiene razón de ser en el Derecho constitucional mexicano, porque el artículo 76-I dice que es facultad del Senado aprobar, por simple mayoría, los tratados y convenciones. Ambos instrumentos, cualquiera que sea su denominación, deben ser aprobados por el Senado, y no hace falta la aprobación de la Cámara de Diputados.<sup>3</sup>

Si los tratados y las convenciones o convenios internacionales tienen que ser igualmente aprobados por el Senado, es lógico que tengan la misma jerarquía en el orden jurídico mexicano. Sería absurdo suponer que la jerarquía que da el artículo 133 constitucional a los "tratados" se reservaba exclusivamente a los instrumentos internacio-

<sup>2</sup> TENA RAMÍREZ, F., *Derecho constitucional mexicano*, 18a. ed., México, 1981, pp. 413 y ss.

<sup>3</sup> Recientemente, con motivo de las negociaciones del TLC, se ha discutido si la facultad de aprobar los tratados corresponde en exclusiva a la Cámara de Senadores, o corresponde a la Cámara de Senadores junto con la Cámara de Diputados, es decir al Congreso de la Unión. Al respecto José BARRAGÁN BARRAGÁN (en su trabajo incluido en este volumen) afirma, con apoyo en argumentos históricos que a la Cámara de Senadores, en exclusiva, le corresponde sólo aprobar los tratados de contenido diplomático, que no afecten los intereses del pueblo, y que corresponde a ambas cámaras la aprobación de los demás tratados. Si bien los argumentos de Barragán tienen peso histórico, no parecen adecuados para interpretar la actual fracción del artículo 76 constitucional, ya que la interpretación de una ley (interpretación histórica, gramatical o teleológica) no es necesaria cuando el sentido literal de la ley es claro, y dicha fracción dice, sin lugar a dudas, que corresponde al Senado "en exclusiva" la facultad de aprobar "los tratados internacionales y las convenciones diplomáticas"; tampoco existe otro artículo en la constitución que atribuya semejante facultad al Congreso de la Unión o que pueda hacer dudar de que el Senado no tiene esa facultad como exclusiva.

nales denominados "tratados" y no a los denominados convenciones o convenios que tienen que ser igualmente aprobados por el Senado. Al respecto, Jorge Palacios Treviño<sup>4</sup> ha dado argumentación convincente en el sentido de que ese fue el espíritu del artículo 133 actual y de su antecedente en la Constitución de 1857. Este autor aduce una tesis de la Suprema Corte de Justicia en la que se dice que la locución del artículo 133: "todos los tratados que estén de acuerdo con la misma [la Constitución]" se refiere a "las convenciones y tratados".<sup>5</sup>

En síntesis cabe afirmar que todos los instrumentos internacionales de que habla la constitución mexicana, llámense tratados, convenios o convenciones, deben ser aprobados por el Senado y tienen la misma jerarquía de "ley Suprema de la Unión", prevista en el artículo 133.

Pero hay además, en la práctica de la cancillería mexicana, otro tipo de acuerdos internacionales, llamados "convenios o acuerdos administrativos", que celebra el presidente de la república con otros Estados, pero que no se someten a la aprobación del Senado. Esta es una práctica internacional generalmente seguida en todos los países. La Constitución mexicana no habla expresamente de este tipo de acuerdos, pero en general los autores coinciden en que el Presidente tiene facultad de realizarlos con apoyo en la fracción X del artículo 89 que le concede la facultad de "dirigir las negociaciones diplomáticas".<sup>6</sup>

Mientras redactaba este trabajo fue publicada en el *Diario Oficial* la primera *Ley sobre la celebración de los tratados*.<sup>7</sup> Ahí se distinguen dos tipos de instrumentos internacionales: los "tratados" y los "acuerdos institucionales".

Los "tratados" se definen como "el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre el Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos y uno o varios sujetos de Derecho Internacional Público, ya sea que para su aplicación requiere o no la celebración de acuerdos en materias específicas, cualquiera que sea su denominación, mediante el cual los Estados Unidos Mexicanos asumen compromisos".<sup>8</sup>

<sup>4</sup> PALACIOS TREVIÑO, J., *Tratados: legislación y práctica en México*, 2a. ed., México, 1986, p. 29 y ss.

<sup>5</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. XCVI, p. 1639. Sentencia dictada por la Primera Sala, en juicio de amparo, el 11 de junio de 1948, en la que se discutía la aplicación de una "convención" por la Procuraduría General de la República en perjuicio de un particular.

<sup>6</sup> Ver PALACIOS TREVIÑO, J., *op. cit.*, p. 50 y ss.

<sup>7</sup> *Diario Oficial de la Federación* del 02-01-92.

<sup>8</sup> Art. 2-I.

Hay varios elementos en esta definición que merecen destacarse: el más importante y de mayor alcance es la mención de que el tratado está regido por el Derecho internacional público; sin embargo, esta declaración no tiene todavía el alcance que debe tener, porque la misma ley, siguiendo el texto del artículo 133 constitucional, aclara que el contenido del tratado no debe contradecir la constitución, de modo que en cuanto a su contenido el tratado está normado, al menos limitativamente, por la propia Constitución; además, como la citada ley de tratados no aclara nada respecto a la jerarquía de los tratados en relación a las leyes federales mexicanas, se mantiene la duda acerca de si el tratado puede contravenir o no las leyes federales, es decir la duda si está o no regido, cuando menos limitativamente, por esas leyes.

La definición deja en claro que es tratado cualquier instrumento internacional por el cual "los Estados Unidos Mexicanos" asumen compromisos internacionales, independientemente de su denominación (tratados, convenio, convención, protocolo, etcétera), o de su forma de aplicación (autoaplicativos o de aplicación indirecta). Con esto se supera la polémica arriba mencionada acerca de si la denominación del tratado implicaba una naturaleza jurídica específica.

La misma ley define el "acuerdo interinstitucional" (que arriba llamé "acuerdo administrativo") como "el convenio regido por el derecho internacional público, celebrado por escrito entre cualquier dependencia u organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, Estatal o Municipal y uno o varios órganos gubernamentales extranjeros u organizaciones internacionales, cualquiera que sea su denominación, sea que derive o no de un tratado previamente aprobado".<sup>9</sup>

Es interesante que también se contemplen estos acuerdos interinstitucionales como regidos por el Derecho Internacional Público, no obstante que en su celebración intervengan organismos gubernamentales que no tienen personalidad jurídica reconocida en el Derecho internacional público. Esta declaración viene a suprimir dudas acerca de la posibilidad de que los ayuntamientos, los gobiernos de las entidades federativas u organismos descentralizados celebren este tipo de acuerdos, con la anuencia de la Secretaría de Relaciones Exteriores,<sup>10</sup> sin que se consideren como tratados que tienen que ser aproba-

<sup>9</sup> Art. 2-II.

<sup>10</sup> Art. 8.

dos por el Senado. La exigencia de la aprobación por parte de la Secretaría de Relaciones Exteriores es congruente con la doctrina constitucional que dice que la facultad de celebrar estos acuerdos es del Ejecutivo de la Unión, con base en la fracción X del artículo 89 la Constitución mexicana.<sup>11</sup>

La distinción entre tratados y acuerdos interinstitucionales es principalmente formal. Los primeros se realizan entre el Estado mexicano, como persona jurídica de Derecho internacional, y otra persona jurídica internacional (un estado, la Santa Sede, u organismos internacionales). Los acuerdos se realizan entre órganos gubernamentales, que no tienen personalidad jurídica internacional, o entre un órgano gubernamental y uno o varios organismos internacionales. Los tratados tendrán que ser aprobados por el Senado, de acuerdo con la fracción I del artículo 76 de la Constitución mexicana, y serán, como lo prevé el art. 133 de la misma constitución, "ley suprema de toda la Unión". En cambio, los acuerdos interinstitucionales no requieren la aprobación del Senado, ni tendrán la categoría jurídica de ley suprema de la Unión.

Por razón de su contenido no hay diferencia entre tratado y acuerdo interinstitucional, de modo que bajo la forma de tratado se puede convenir acerca de la extradición de reos, y bajo la forma de acuerdo acerca de políticas aduaneras, o viceversa. Lo único que distingue es el sujeto que celebra y la forma de aprobación. Esto da una nueva posibilidad a la negociación del tratado de libre comercio norteamericano. Conforme a Derecho mexicano podrá ser un tratado, aprobado por el Senado, o un acuerdo interinstitucional celebrado entre los ministerios de comercio de los tres países, o entre los mencionados ministerios y los Congresos de los tres países. La consecuencia de la elección de una u otra forma será la relación que el tratado o acuerdo llegue a tener con la legislación mexicana.

## II. EL TRATADO Y LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

El artículo 133 de la Constitución mexicana establece que los tratados tienen que ser conformes con la misma.<sup>12</sup> Como se sabe, dicho

<sup>11</sup> Ver *supra* nota 4.

<sup>12</sup> Textualmente dice: "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 Se-

artículo, cuyo origen es el artículo VI párrafo segundo de la constitución estadounidense, en su redacción original no exigía que los tratados fueran concordantes con el texto constitucional, pero fue reformado en 1934 con el propósito expreso de aclarar que todo tratado tiene que respetar, esto es no contradecir, el texto constitucional.<sup>13</sup> Desde entonces es un principio seguro que las disposiciones de un tratado que contravengan la constitución mexicana no tienen eficacia jurídica en México. Podrá aceptarse o criticarse este sistema, pero es el que está actualmente en vigor.

Como consecuencia lógica de esta supremacía de la Constitución respecto de los tratados, se desprende que cualquier persona (física o moral) que resulte afectada por una disposición del tratado que contravenga la Constitución podrá solicitar y obtener protección de la justicia federal mediante el juicio de amparo. Al respecto existe una tesis de la Suprema Corte de Justicia que claramente expresa la procedencia del juicio de amparo contra actos de las autoridades realizados en cumplimiento de tratados internacionales. En la parte conducente, dice textualmente: "...ni el precepto constitucional contenido en el artículo 133 ni otro alguno de la propia Carta Fundamental o de la Ley de Amparo proscriben el juicio de garantías [amparo] contra la indebida aplicación de un tratado...", y más adelante añade: "...si el juicio de amparo es el medio de control de la legalidad de los actos de autoridad, debe estimarse procedente aunque se trate de la aplicación de tratado internacional, ya que de lo contrario se dejaría en estado de indefensión al particular afectado".<sup>14</sup> En otra tesis, el mismo alto tribunal afirma que el citado precepto constitucional "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".<sup>15</sup>

nado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados." La nueva *Ley sobre la celebración de tratados* repite esa exigencia de respetar la constitución (art. 2-I).

<sup>13</sup> Sobre el origen de este artículo, incluido primero en la constitución de 1857, y sus reformas en 1874 y luego en 1934, véase TENA RAMÍREZ, F., *Derecho Constitucional Mexicano*, 18a. ed., México, 1981, p. 40 y ss.

<sup>14</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, 6a. época, vol. XCVIII, tercera parte, p. 63, 13 de agosto de 1965.

<sup>15</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, 6a. época, vols. 151-156, sexta parte, p. 196.

La aplicación del tratado de libre comercio, podría originar conflictos de constitucionalidad respecto de los siguientes preceptos constitucionales: 5o. (libertad de trabajo y ejercicio de profesiones), 11 (emigración e inmigración), 13 (prohibición de tribunales especiales), 14 (garantía de debido proceso ante tribunales previamente establecidos), 25 (rectoría económica del Estado y exclusividad del mismo para la explotación de las "áreas estratégicas"), 27 (propiedad de tierras y aguas, aprovechamiento de los recursos naturales —aguas, minerales, petróleo, combustibles nucleares— generación de energía eléctrica y energía atómica), 28 (prohibición de monopolios, definición de precios máximos a bienes necesarios para la economía nacional o el consumo popular, exclusividad sobre áreas estratégicas: acuñación de moneda, correos, telégrafos, radiotelegrafía y comunicación vía satélite, emisión de billetes, petróleo e hidrocarburos, petroquímica básica, minerales radioactivos y generación de energía nuclear, electricidad, ferrocarriles y las demás actividades que pueden definir las leyes que expida el Congreso de la Unión), 32 (preferencia de los mexicanos respecto de los extranjeros para recibir concesiones del gobierno), 33 (posibilidad de expulsar a los extranjeros sin necesidad de juicio previo), 73 (facultades del Congreso, entre las cuales está la de legislar en materia de inversión extranjera, transferencia de tecnología y otras), 94 (facultad del Poder Judicial Federal para interpretar los tratados internacionales y constituir al respecto jurisprudencia obligatoria), 104 (facultad de los tribunales federales para conocer controversias que se susciten con motivo de la aplicación de tratados internacionales), 123 (condiciones de trabajo), 131 (facultades del Congreso en materia de comercio exterior), 134 (adquisiciones del gobierno federal).

No quiero decir que necesariamente vayan a darse conflictos de constitucionalidad del tratado en estas materias, sino tan sólo indicar que los negociadores deben tener en cuenta estas disposiciones constitucionales, y lo mismo el Senado antes de aprobar el tratado, a fin de que no se vaya a aprobar alguna disposición que posteriormente pueda ser cuestionado desde el punto de vista de su constitucionalidad. Es este un riesgo que se corre en virtud del principio actualmente en vigor de la primacía de la Constitución respecto de los tratados.

### III. EL TRATADO Y LA LEGISLACIÓN FEDERAL

Es más complejo el problema de las relaciones entre los tratados y las leyes federales aprobadas por el Congreso de la Unión. Para aclarar sus términos, conviene citar textualmente el artículo 133 constitucional, que dice:

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. . .

El problema que se sigue de este texto es si los tratados tienen igual, mayor o menor jerarquía que las leyes federales aprobadas por el Congreso de la Unión. La nueva *Ley sobre la celebración de tratados* inexplicablemente guarda absoluto silencio en esta cuestión. Esta omisión tiene una consecuencia que resulta irónica: la de que ahora tiene que plantearse la cuestión de si los tratados tienen mayor o menor jerarquía que la ley de tratados y, en caso de que resulte que tienen mayor jerarquía, entonces las disposiciones restrictivas que tiene esa ley, por ejemplo las relativas a la integración de órganos internacionales de solución de controversias (arts. 8 a 11) podrían ser contradichas válidamente por cualquier tratado.

Como el artículo 133 habla, no de todas las leyes, sino exclusivamente de las leyes "emanadas" de la constitución, conviene subdividir el problema de interpretación que plantea en dos cuestiones: a) ¿son las citadas leyes "emanadas" de la Constitución todas las leyes aprobadas por el Congreso o una categoría especial de leyes? y b) ¿qué relación hay entre esas leyes y los tratados?

a) *Cuáles son las leyes "emanadas" de la Constitución y aprobadas por el Congreso de la Unión.*

Mario de la Cueva,<sup>16</sup> partiendo de una idea que ya antes había expresado el constitucionalista del siglo pasado Mariano Coronado, quien afirmó que las leyes que emanan de la Constitución son las "reglamentarias que desarrollan algún precepto del Código Político",<sup>17</sup> y

<sup>16</sup> DE LA CUEVA, M., *Teoría de la constitución*. México, 1982, pp. 113 y ss. Ideas semejantes había afirmado en una obra previa: *Apuntes de Derecho Constitucional*. México, 1965, pp. 46-48.

<sup>17</sup> *Elementos de derecho constitucional mexicano*, Guadalajara, 1887, p. 180.

de la distinción entre leyes que emanan formal y materialmente de la Constitución y leyes que sólo emanan formalmente de ella, afirma que las leyes "emanadas" de la Constitución a que se refiere el artículo 133, que él llama "leyes constitucionales", son las que "constituyen el desarrollo de los preceptos constitucionales" o bien "normas que hacen explícito el sentido pleno de los textos constitucionales". Clasifica estas leyes en tres tipos: las leyes orgánicas, que estructuran los órganos previstos en la Constitución, las leyes reglamentarias, que desenvuelven las normas constitucionales, y las leyes sociales, que desarrollan los derechos sociales. Dice que esta distinción entre leyes constitucionales (orgánicas y reglamentarias) y leyes ordinarias (federales o locales) tiene apoyo en el artículo 16 transitorio de la Constitución, que habla de unas "leyes orgánicas de la Constitución", como una categoría diversa de las demás leyes que expediría el Congreso de la Unión. De aquí concluye que los tratados internacionales tienen la misma jerarquía que las leyes constitucionales, pero están por encima de las leyes ordinarias.

Jorge Carpizo<sup>18</sup> acepta la distinción entre leyes constitucionales y leyes ordinarias, y concluye que el artículo 133 se refiere con la expresión "leyes emanadas" a las leyes constitucionales. Por consecuencia concluye en el mismo sentido: que los tratados internacionales están al mismo nivel que las leyes constitucionales y por encima de las leyes ordinarias.

Esta doctrina la aceptan en general los constitucionalistas mexicanos. Sin embargo, recientemente ha sido impugnada por Jacinto Faya Viesca. Él acepta la distinción entre leyes constitucionales (orgánicas y reglamentarias) y leyes ordinarias, pero niega que el artículo 133 establezca una jerarquía entre ellas. Opina que todas las leyes aprobadas por el Congreso de la Unión tienen la misma jerarquía, y son todas "emanadas" de la Constitución; para sostener esta igualdad argumenta que las leyes ordinarias son muchas veces de mayor importancia socioeconómica que las leyes orgánicas o reglamentarias.<sup>19</sup> Aplicada esta doctrina a la cuestión de las relaciones de los tratados internacionales con las leyes federales, se llegaría a la conclusión que aquéllos tendrían igual jerarquía que cualquier ley aprobada por el Congreso de la Unión.

<sup>18</sup> "La interpretación del artículo 133 constitucional", en *Estudios Constitucionales*, México, UNAM, 1980, p. 30 y ss.

<sup>19</sup> FAYA VIESCA, J., *Leyes Federales y Congreso de la Unión*, México, 1991, pp. 93 y ss.

La Suprema Corte de Justicia ha analizado este problema y resuelto, en cinco tesis sucesivas, que por lo tanto constituyen jurisprudencia obligatoria, que las leyes "emanadas de la Constitución" a que se refiere el artículo 133, son las leyes reglamentarias de preceptos constitucionales.<sup>20</sup> En todos los casos que resolvió se trataba la cuestión de si la Ley de Amparo, ley reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, debía prevalecer o no respecto de una ley federal posterior, aprobada por el Congreso de la Unión, que daba a la empresa Petróleos Mexicanos un privilegio procesal.

El extracto de las cinco tesis mencionadas que fue publicado como jurisprudencia obligatoria en los "Apéndices de Jurisprudencia" del *Semanario Judicial de la Federación* textualmente dice:

La Ley de Amparo, por ser reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales, está colocada en un plano superior de autoridad respecto de cualesquiera otras leyes de carácter local o federal. . .<sup>21</sup>

Esta tesis jurisprudencial deja claro que las leyes reglamentarias de preceptos constitucionales tienen mayor jerarquía que "cualquiera otras leyes de carácter local o federal". La razón y fundamento de esta decisión, tal como se explica en los "considerandos" de una de las sentencias, es que las leyes reglamentarias son unas de aquellas leyes "emanadas" de la Constitución y previstas en el artículo 133. Textualmente dice la mencionada sentencia:<sup>22</sup>

Por otra parte, no es exacto que el artículo 133 de la 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 se extiende a toda clase de leyes, bien sean federales o locales. La teoría

<sup>20</sup> Son cuatro tesis de la Sala Civil (las primeras) y una del Pleno, publicadas en *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. LXXXIV, p. 2156 (tesis del 11 de junio de 1945); t. LXXXVI, p. 1526 (tesis del 30 de noviembre de 1945); t. LXXXVIII, p. 1417 (tesis del 4 de mayo de 1946); t. CII, p. 35 (tesis del Pleno del 30 de noviembre de 1965).

<sup>21</sup> *Apéndice de Jurisprudencia. Poder Judicial de la Federación. Tesis de ejecutorias de 1917-1985*, 9a. parte, México, 1985, p. 206, tesis 155.

<sup>22</sup> Tesis de la Sala Civil de 4 de mayo de 1946; ver nota anterior.

admitida<sup>23</sup> explica que hay un orden jerárquico en las leyes, que tiene por cima 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 establecidas en nuestra Carta Fundamental, y por último, coloca en el mismo plano de jerarquía a los tratados celebrados de acuerdo con la propia Constitución... , toda vez que considera a una y a otros como la ley suprema de la Nación.

Puede concluirse, a la vista de esta tesis de jurisprudencia y de la doctrina citada que el ordenamiento jurídico mexicano distingue dos tipos de leyes federales: las "leyes emanadas" de la Constitución, que son las leyes orgánicas o reglamentarias de preceptos constitucionales,<sup>24</sup> y las demás leyes federales o leyes ordinarias. Las primeras tienen, junto con la Constitución y los tratados internacionales, la jerarquía de ley suprema de la Unión; las segundas tienen una jerarquía inferior, por lo que en caso de conflicto entre una ley orgánica o reglamentaria y una ley ordinaria, debe prevalecer la primera.<sup>25</sup>

<sup>23</sup> Es interesante notar que para fundamentar su decisión, la sentencia se refiere a una "teoría admitida", que posiblemente sea la doctrina que en el siglo pasado habían sustentado Mariano Coronado y otros constitucionalistas (ver arriba nota). Es éste un ejemplo concreto de la trascendencia que de hecho tiene la doctrina como fuente del Derecho, a pesar de que el sistema jurídico no reconozca más fuentes que la ley y las decisiones judiciales.

<sup>24</sup> Mario de la Cueva incluye las leyes sociales en la categoría de leyes constitucionales, pero en este punto la doctrina no ha refrendado esa opinión, ni tampoco la Suprema Corte que sólo habla de las leyes orgánicas y de las leyes reglamentarias de preceptos constitucionales.

<sup>25</sup> Sin embargo, hace poco el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (*Semanario Judicial de la Federación*, 8a. época, t. I, 2a. parte, enero-junio de 1988, p. 394), ha sostenido la tesis siguiente: "no es correcta la apreciación de que una ley reglamentaria de algún precepto constitucional, como lo es la Ley del Seguro Social, sea, por naturaleza propia, jerárquicamente superior a otros ordenamientos generales, como también lo son las leyes orgánicas, las leyes ordinarias o códigos de materias específicas...". Según esta tesis, la jerarquía de las leyes se resuelve de la siguiente manera: "la unidad de esas normas hállase constituida por el hecho de que la creación de las de grado más bajo, se encuentra determinada por otras de nivel superior, cuya creación es prevista, a su vez, por otra todavía más alta, hasta llegar a la norma primaria o fundamental que representa, siempre, la suprema razón de validez de todo orden jurídico. Las normas generales creadas por órganos legislativos constituidos, representan un nivel inmediatamente inferior al de la Constitución de la República en el orden jerárquico del derecho. Esta es precisamente la intención del constituyente manifiestamente expresada en el texto del artículo 133 constitucional...". No obstante, la tesis de

Trasladando esta doctrina al problema de la jerarquía de los tratados, puede concluirse que de acuerdo con el artículo 133 los tratados tienen la misma jerarquía que las leyes reglamentarias u orgánicas, y mayor jerarquía que las leyes ordinarias. En una sentencia de la primera sala de la Suprema Corte de Justicia, dada el 11 de junio de 1948, se admite expresamente esta conclusión donde dice que el tratado, cuya aplicación se discute, "tiene rango de constitucional".<sup>26</sup>

b) *Qué relación hay entre los tratados y las leyes "emanadas" de la Constitución*

El artículo 133 no hace ninguna distinción de jerarquía entre los tratados y las leyes emanadas de la Constitución, ni da pie para hacerla. Esto ha provocado una inseguridad que se refleja en las distintas opiniones doctrinales al respecto.

César Sepúlveda, sin distinguir entre ley emanada de la Constitución y leyes ordinarias, dice:

...la Constitución tiene primacía sobre tratados y leyes federales —que se han de adecuar a ella— pero estos dos últimos poseen entre sí un grado equivalente frente a la Constitución... Ello significa... que en caso de oposición entre el pacto internacional y una ley federal ordinaria, deben regir las normas reconocidas [sic] de que "la ley posterior deroga a la anterior que se oponga".<sup>27</sup>

Mario de la Cueva<sup>28</sup> separa dos cuestiones: una, la de si puede una ley emanada de la Constitución derogar un tratado, y la otra, la de si puede un tratado modificar una ley emanada de la Constitución. Respecto de la primera, contradiciendo la opinión de Sepúlveda, responde:

No podemos admitir que una ley del congreso derogue las normas contenidas en un tratado: ni los artículos 89 y 76 que autorizan a los poderes federales para celebrar tratados, ni el 133... , ni otro alguno, autorizan al congreso para desconocer las obligaciones legítimamente contraídas; por lo tanto, puesto que el

jurisprudencia obligatoria definida por la Suprema Corte (en el texto citada) prevalece respecto de esta tesis del tribunal colegiado.

<sup>26</sup> *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. XCVI, p. 1639.

<sup>27</sup> "Los tratados en el orden legal mexicano", en *Comunicaciones Mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, UNAM, 1962, p. 209.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, pp. 112-119.

Estado mexicano sólo puede actuar por procedimientos jurídicos y en ejercicio de las atribuciones que le confiere la Constitución, concluimos en la imposibilidad jurídica de romper las obligaciones.

El argumento de fondo de esta tesis es el conocido principio jurídico, base del derecho internacional público, que dice que los tratados deben cumplirse (*pacta sunt servanda*).

Y respecto de si un tratado puede modificar una ley emanada de la Constitución opina De la Cueva que ésta es una cuestión "espinosa", ya que la ley fue aprobada por las dos cámaras del Congreso, mientras que el tratado sólo por el Senado, y el art. 72 inciso f de la Constitución dice que para la derogación de las leyes se observará el mismo procedimiento que para su formación. Por lo tanto, no puede un tratado, aprobado exclusivamente por el Senado, derogar una ley aprobada por las dos Cámaras.

Recientemente, Fernando Vázquez Pando ha analizado el problema de las relaciones de los tratados con las leyes mexicanas.<sup>29</sup> Él parte de una distinción entre "leyes nacionales", como la Constitución federal y los tratados, "leyes federales" y "leyes locales". Reconoce que los tratados deben estar de acuerdo con la Constitución, aunque advierte que no toda contradicción de la Constitución por un tratado es causa para anular el tratado. En cuanto a las discrepancias entre una ley federal y un tratado dice que no sirve el criterio de jerarquía de la ley para discernir cuál debe prevalecer, porque la propia Constitución no establece diferencia alguna de rango entre el tratado y la ley federal.<sup>30</sup> Propone en cambio un criterio de discriminación interesante: el de preferir la ley especial (el tratado) respecto de la ley general (la ley federal).<sup>31</sup>

Esta proposición me parece que aporta elementos nuevos a la discusión del problema, que más abajo trataré de aprovechar (*sub V*), especialmente las observaciones de que los tratados no son leyes en

<sup>29</sup> VÁZQUEZ PANDO, F., "Jerarquía del Tratado de Libre Comercio en el Sistema Constitucional Mexicano", en *Panorama Jurídico del Tratado de Libre Comercio*, Universidad Iberoamericana, México, 1992, pp. 35 y ss.

<sup>30</sup> En otro lugar ("Comentarios a la Convención sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías a la luz del Derecho mexicano", en *Anuario Jurídico Mexicano X*, 1983, pp. 43 a 45, México), este autor había concluido: "... el artículo 133 podría fundamentar la superioridad del tratado ante las leyes locales, mas no ante las federales. Urge aquí una ley reglamentaria que resuelva satisfactoriamente el problema."

<sup>31</sup> *Ibid.*, p. 39.

sentido estricto, y que el problema de sus relaciones con las leyes federales se resuelve, no acudiendo al criterio de jerarquía de la ley, sino mediante un "análisis de los ámbitos de validez de las normas respectivas".<sup>32</sup> Él piensa que dichos ámbitos de competencia se discriminan mediante el criterio de ley general/ley especial. Pero la aplicación de este criterio en concreto, tal como lo propone, tropieza con la objeción de que la propia Constitución establece (art. 13) que nadie puede ser juzgado por "leyes privativas", es decir leyes relativas a personas determinadas.<sup>33</sup> La distinción entre ley general y ley especial suele hacerse en atención a la materia que rigen, y no a las personas a quienes obligan. En este sentido objetivo, ley general sería, por ejemplo, el *Código de Comercio*, y ley especial la *Ley de Quiebras* o la *Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito* (pues aunque esta última se llame "general", es sin embargo especial en relación a toda la materia mercantil). El tratado no sería ley especial en este sentido, sino en sentido subjetivo, en cuanto sólo vincula a personas determinadas; sería, según la terminología del artículo 13 constitucional, una "ley privativa", conforme a la cual no puede juzgarse a ninguna persona.

La Suprema Corte de Justicia no se ha pronunciado expresamente al respecto.<sup>34</sup> Sólo hay una decisión del Tribunal Colegiado, tercero en materia administrativa, del Primer Circuito, que sostiene lo ya sabido, que el artículo 133 no establece primacía de los tratados respecto de las leyes emanadas de la Constitución. Textualmente dice:

El artículo 133 constitucional no establece preferencia alguna... 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 supe-

<sup>32</sup> *Ibid.*, p. 40.

<sup>33</sup> Para una referencia general sobre el significado de "ley privativa" puede verse el comentario de A. SCHROEDER al art. 13 constitucional en *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Comentada*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM-Colección Popular Ciudad de México, 1990, p. 56.

<sup>34</sup> No he encontrado una tesis al respecto ni en la muy útil recopilación de tesis jurisprudenciales referentes a la Constitución elaborada por Ezequiel Guerrero (*La Interpretación constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, 4 tomos, México, UNAM, 1985), ni en el *Apéndice de Jurisprudencia. Poder Judicial de la Federación. Tesis de ejecutorias de 1917-1985*, México, 1985.

rior a las leyes del Congreso emanadas de esa Constitución, sino que el rango que les confiere a unos y otras es el mismo.<sup>35</sup>

Sin embargo, la Suprema Corte de Justicia ha resuelto una contradicción de tesis entre dos tribunales colegiados, que es por lo tanto jurisprudencia obligatoria,<sup>36</sup> en la que se discutía si eran registrables o no las marcas de servicios. La tesis que lo negaba aducía que la antigua Ley de Propiedad Industrial no contemplaba el registro de marcas. La tesis afirmativa se apoyaba en que México había ratificado el Convenio de París para la protección de la propiedad industrial, en el cual se disponía que debían protegerse las marcas de servicio. La decisión de la Segunda Sala de la Supremo Corte en el sentido de que sí debían registrarse las marcas de servicio se basaba precisamente en que por virtud del citado tratado México estaba obligado a proteger dichas marcas, y consecuentemente que la Secretaría de Comercio estaba obligada a conceder el registro.

En ese caso no había una contradicción entre el tratado y la ley, ya que la ley de propiedad industrial no prohibía que se registraran las marcas de servicio, sino que sólo era omisa al respecto. Como la decisión de la Suprema Corte no resuelve una contradicción entre el tratado y la ley, no puede interpretarse que esa tesis de jurisprudencia ha afirmado la supremacía general de ese tratado respecto de la ley; sólo dice que si el tratado tiene regulaciones más amplias que la ley, debe el tratado aplicarse para suplir las lagunas o deficiencias de la ley. Es un criterio importante, que ciertamente demuestra el respeto de la Suprema Corte a las obligaciones contraídas por el Estado mexicano en los tratados internacionales, pero que no decide todavía la cuestión de jerarquía entre el tratado y las leyes federales.

De este análisis me parece que lo único que puede concluirse con certeza es que los tratados y las leyes emanadas de la Constitución tienen igual jerarquía, y que en caso de conflicto entre ellos no puede aplicarse el principio de que la ley posterior deroga a la anterior, ya que si una ley posterior deroga un tratado se contradice el principio fundamental de que los tratados deben cumplirse (*pacta sunt servanda*), y si un tratado posterior derogara una ley se contradiría el ar-

<sup>35</sup> Publicada en *Semanario Judicial de la Federación*, séptima época, vols. 151-156, sexta parte, p. 195 (tesis del 9 de julio de 1981).

<sup>36</sup> *Jurisprudencia 1917-1988. Apéndice del Semanario Judicial de la Federación*, segunda parte, México, 1989, p. 1827, tesis 1136.

tículo 72-f de la Constitución que exige que las leyes sean derogadas con aprobación de ambas cámaras.<sup>37</sup>

Refiriendo esta conclusión al posible tratado de libre comercio en la zona norteamericana, se advierte que podrían presentarse conflictos entre dicho tratado y, entre otras, las siguientes leyes orgánicas y reglamentarias: *Ley Reglamentaria del artículo 5o. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal*, *Ley orgánica del artículo 28 constitucional en materia de monopolios*, *Ley de imprenta* (reglamentaria de los artículos 6o. y 7o. constitucionales), *Ley reglamentaria del artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Comercio Exterior*, *Ley Orgánica de la fracción I del artículo 27 de la Constitución General* (relativa a la prohibición a los extranjeros de adquirir el dominio de tierras y aguas nacionales o para obtener concesiones mineras), *Ley reglamentaria del artículo 27 constitucional en materia de petróleo*, *Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, *Ley Federal del Trabajo* (reglamentaria del artículo 123 constitucional).

No he pretendido hacer un listado completo de todas las leyes que expresamente se llaman "orgánicas" o "reglamentarias" de preceptos constitucionales, sino tan sólo advertir el amplio campo de conflictos que pueden suscitarse con motivo de contradicciones entre esas leyes y el posible tratado de libre comercio. Además, habría que tomar en cuenta otras leyes que aunque no llevan el nombre de "orgánicas" o "reglamentarias" podrían materialmente serlo.

Podría pensarse, dado que sólo hay pocas decisiones de la Suprema Corte de Justicia que se refieran a esta cuestión de jerarquía de los tratados y las leyes constitucionales, que se trata de un problema teórico y no práctico. Pero debe tenerse en cuenta que en la historia de México pocos tratados han afectado tanto y tantos intereses particulares como podrá hacerlo el eventual tratado de libre comercio de la zona norteamericana. Esto necesariamente conducirá a un incremento de los litigios acerca de esta cuestión.

<sup>37</sup> Esta incongruencia ha sido denunciada claramente por Ruperto PATIÑO ("Cuestiones jurídico-constitucionales relacionadas con la incorporación de México a la ZLCAN", en *Acta*, año 1, núm. 8-9, julio-agosto de 1991, p. 40, México), quien observa que de admitirse la derogación de leyes por medio de tratados, se convertiría al Presidente en "un legislador irregular no autorizado por la propia Constitución Política".

#### IV. CONCLUSIÓN NEGATIVA: UN PROBLEMA NO RESUELTO

Del anterior análisis se desprende que en el Derecho mexicano el problema de la ubicación de los tratados, y eventualmente el caso de la ubicación del tratado de libre comercio en el orden jurídico mexicano, es un problema no resuelto y que no tiene aparentemente una solución, de seguirse con los planteamientos con los que hasta ahora se ha tratado de abordarlo.

El planteamiento con que hasta ahora se ha visto la cuestión de las relaciones entre el tratado y la legislación federal, esto es analizar el tratado bajo la perspectiva de su incorporación y lugar en el orden jurídico nacional, es un planteamiento que ya agotó todas sus posibilidades y que sólo conduce a un callejón sin salida: o se decide que los tratados prevalecen sobre la legislación federal, y entonces se contradiría la Constitución en cuanto dispone que las leyes aprobadas por el Congreso no pueden modificarse o derogarse, sino a través del mismo procedimiento que las llevó a su publicación. O se resuelve que prevalecen las leyes aprobadas por el Congreso y entonces se permitiría que el Congreso modificara unilateralmente el contenido de los tratados, violando así el principio *pacta sunt servanda*.

La única posibilidad de salir del problema, que no resolverlo, es procurar que las leyes de los países partes de un tratado sean uniformes en las materias concernientes al tratado. Ésta parece ser la política que han optado por seguir los gobiernos involucrados en el tratado de libre comercio de la zona norteamericana. Pero es sólo una solución provisional, puesto que sigue latente la cuestión de si el Congreso podrá modificar por sí mismo esa legislación uniforme que aprobó para armonizarla con las disposiciones del tratado, o tendrá que esperar a que el Presidente de la República, de acuerdo con sus homologos de los otros países, modifique el tratado. Además, esta vía de uniformar la legislación viene, en cierto modo, a anular los efectos del tratado, pues los países partes del mismo podrán exigir el respeto a lo convenido en el tratado, no porque sea materia convenida y acordada, sino porque es materia prevista en las leyes nacionales. Y lo mismo podrán exigir los nacionales de otros países que no sean miembros del tratado. Al uniformarse la legislación, se hacen generales las concesiones que en el tratado se prevén sólo para países específicos.

Es significativo que la nueva ley de celebración de tratados no dijera ninguna palabra al respecto. No puede pensarse que el silencio

del legislador se debiera a ignorancia del problema, puesto que éste es un problema bien conocido. Cabe entonces interpretar ese silencio como mera cautela de no dar una solución precipitada.

Le va a tocar a la Suprema Corte de Justicia definir el problema, en cuanto se le presente un caso de contradicción entre el tratado de libre comercio y una ley orgánica o reglamentaria de preceptos constitucionales, o bien cuando se le presente el caso de si puede ser revisada o impugnada, mediante juicio de amparo, una de las decisiones que llegara a tomar el organismo de solución de controversias erigido por el tratado y que afecte derechos tutelados por alguna de aquellas leyes.

En esa situación, los jueces no sólo tendrán que considerar el orden jurídico mexicano, sino también cuál es la posición jurídica del tratado en los otros países que sean partes. No sería justo, ni jurídico, reconocer al tratado una posición preferente respecto de todas las leyes federales mexicanas, si no tiene la misma posición en los demás países. No bastará, por consiguiente, que los jueces justifiquen su decisión acudiendo solamente a principios y categorías jurídicas de derecho nacional, sino que tendrán que considerar, como es esencial en todos los tratados, la conducta recíproca de los otros países.

Éste va a ser un punto que se solucionará cuando lleguen a plantearse casos concretos y que requerirá que los tres países unifiquen criterios al respecto y actúen con comprensión recíproca. La construcción de una doctrina común al respecto, que no tiene por qué ser publicada en forma de leyes o tratados, sino tan sólo como un común entendimiento o *communis opinio* respecto del problema, que sea respetada por jueces y legisladores de los tres países, puede ser un medio que permita dar a este problema, que no es en rigor un problema de Derecho nacional sino de Derecho internacional, una solución adecuada, es decir internacional.

#### V. UNA POSIBLE SOLUCIÓN, A PARTIR DE UN NUEVO PLANTEAMIENTO: DISTINGUIR DOS ÓRDENES JURÍDICOS AUTÓNOMOS, EL NACIONAL Y EL INTERNACIONAL

El planteamiento que se ha venido haciendo del problema parte de la adopción, por el orden jurídico mexicano, de la llamada "teoría monista" del Derecho Internacional, que concibe que el Derecho Internacional y el Derecho Nacional constituyen un solo orden jurídico.

Algunos opinan que en ese orden prevalece el Derecho Nacional (monistas nacionalistas), y otros que prevalece el Derecho Internacional (monistas internacionalistas).

Un nuevo enfoque del problema puede obtenerse retomando la llamada "teoría dualista" del Derecho Internacional, que concibe, a diferencia de la "teoría monista", que el Derecho Internacional y el Derecho Nacional son dos órdenes jurídicos autónomos y diferenciados.<sup>38</sup> Cada orden jurídico tiene sus propias fuentes, sus propios ámbitos de competencia y sus propios órganos jurisdiccionales. Las relaciones que se dan entre el Derecho Nacional y el Derecho Internacional no son entonces relaciones de jerarquía dentro de un orden jurídico unitario, sino relaciones de coordinación entre órdenes jurídicos diferenciados. Cuando ocurra que una determinada materia es objeto del Derecho internacional tanto como del Derecho nacional, la solución no está en ver cuál tiene mayor jerarquía, sino en definir si el problema se encuadra en el ámbito de competencia del Derecho internacional o del Derecho nacional. La cuestión es, como sugiere Vázquez Pando (arriba citado) determinar ámbitos de competencia, pero no de una ley especial respecto de una ley general, sino de un orden o estrato jurídico diferenciado (el Derecho nacional) respecto de otro orden o estrato jurídico diferenciado (el Derecho internacional).

Con un ejemplo procuraré aclarar esa idea. Canadá, Estados Unidos y México tienen leyes y procedimientos en materia de competencia desleal (*dumping*). El eventual tratado de libre comercio, también dirá algo al respecto, y posiblemente haga referencia a otro tratado, el llamado Código de Conducta del GATT sobre competencia desleal. Si estando ya vigente el tratado de libre comercio, un productor mexicano iniciara un procedimiento para imponer una cuota compensatoria a un importador que ha introducido al mercado mexicano productos estadounidenses en condiciones de competencia desleal, la Secretaría de Comercio, que es la autoridad competente en la materia, y eventualmente el Tribunal Fiscal que conociera del recurso de revisión, tendrían que considerar su decisión a la luz, no sólo de la ley mexicana, sino también a la luz del tratado de libre comercio y del GATT, porque su decisión podría verse superada por la decisión ina-

<sup>38</sup> Sobre las líneas generales de esta teoría, con referencias a sus expositores más destacados, puede verse SEPÚLVEDA, César, *Derecho Internacional Público*, 10a. ed., México, 1979, pp. 67 y ss.

pelable de un panel de expertos constituidos expresamente para revisar ese tipo de decisiones, de acuerdo con prescripciones semejantes a las que tiene el capítulo 19 del acuerdo de libre comercio entre Canadá y Estados Unidos. Si, en cambio, se presenta un caso de competencia desleal respecto de productos que son importados de un país con el que México no tiene compromisos internacionales sobre la materia, la Secretaría de Comercio y el Tribunal Fiscal pueden juzgar con estricto apego a las leyes y precedentes nacionales.

El primer caso es un problema que cae en el ámbito de competencia de Derecho internacional y que será resuelto en definitiva por un órgano jurisdiccional internacional. El segundo es un problema que compete al Derecho nacional y que resuelve en definitiva un órgano nacional.

De acuerdo con el planteamiento derivado de la teoría dualista habría que analizar si se trata de un problema de Derecho nacional o de Derecho internacional. Como en el primer caso se trata de una materia regulada por un tratado, en la que incurren personas e intereses que pertenecen a los países partes del tratado, el problema es de Derecho internacional, la ley competente sería el tratado internacional, y la solución definitiva depende de un órgano jurisdiccional internacional. Esto no quiere decir que se abrogue o modifique la ley nacional, ni que se invada la competencia de los tribunales nacionales, ya que la ley sigue en pleno vigor y el tribunal tiene plena competencia. Lo único que ha ocurrido es que se ha presentado un problema que está fuera del ámbito de competencia del Derecho nacional. En cambio, cuando se trata de importaciones procedentes de un país con el que México no tiene firmado un tratado sobre la materia, el problema es exclusivamente de Derecho nacional y se aplican sólo las leyes nacionales y resuelve en definitiva el juez nacional.

Esta manera de entender el problema coincide esencialmente con las disposiciones de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* (Viena, 1969),<sup>39</sup> que conciben el tratado como un acuerdo regido por el Derecho Internacional Público, y cuyo cumplimiento no puede ser eludido alegando una disposición de Derecho interno (art. 27). Es decir, concibe un orden jurídico que denomina Derecho Internacional Público como independiente del Derecho interno o nacional.

<sup>39</sup> Que está en vigor en México. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 14 de febrero de 1975.

La nueva ley mexicana de celebración de tratados apunta también en esa dirección ya que concibe los tratados y los acuerdos interinstitucionales como actos jurídicos "regidos" por el Derecho Internacional Público, es decir, como actos que deben interpretarse, relacionarse y aplicarse conforme a los criterios, reglas y precedentes de ese orden jurídico, y no conforme a los del orden jurídico nacional.

El mismo criterio puede aplicarse para resolver los problemas de competencia jurisdiccional. Habrá que distinguir entre sistemas jurisdiccionales de Derecho internacional y sistemas jurisdiccionales de Derecho nacional. Cada uno de estos sistemas es autónomo y diferenciado respecto del otro. De modo que las reglas procesales, procedimientos, sentencias y recursos provenientes de uno no tienen por qué aplicarse en el otro, a no ser que un órgano jurisdiccional hiciera una homologación de un acto proveniente del otro sistema; pero en ese caso, el acto de un sistema jurisdiccional es aplicable en otro, no por su propia eficacia, sino en virtud del acto del órgano jurisdiccional que decide hacerlo aplicable en su propia jurisdicción.

Con este planteamiento puede superarse la discusión acerca de si las decisiones pronunciadas por el órgano de solución de controversias previsto en el tratado de libre comercio pueden ser impugnadas ante los tribunales nacionales. Dichas resoluciones serían actos de órganos jurisdiccionales internacionales, que sólo podrían revisarse o impugnarse conforme a las reglas y ante los órganos de la jurisdicción internacional. Del mismo modo, las resoluciones de órganos jurisdiccionales nacionales no pueden ser revisadas o impugnadas conforme a las reglas y ante los órganos de jurisdicción internacional.

El planteamiento dualista —quizá fuera mejor llamarlo "trialista": pues habría que diferenciar todavía un orden jurídico más: el Derecho Mercantil Internacional que rige relaciones entre particulares pertenecientes a diversos Estados— supone la superación de la concepción del orden jurídico nacional como un orden jurídico cerrado (una pirámide, como gusta decirse siguiendo la fraseología kelseniana) y el reconocimiento de la vigencia de diversos órdenes jurídicos que pueden aplicarse concurrentemente en el territorio de un Estado y a los nacionales del mismo.

Todas estas consideraciones finales las presento sólo a manera de hipótesis, como puntos de partida para la reflexión acerca de la problemática jurídica que derivará de la integración de México en economías regionales que rebasan el ámbito de las fronteras territoriales. Todavía hace falta mucha investigación y reflexión en torno a ello.

Pero se trata de una problemática a la que los juristas deben enfrentarse a fin de establecer reglas, jurisdicciones e instituciones, extraídas del siempre rico acervo de la ciencia jurídica, que permitan que las nuevas relaciones entre gobiernos y entre personas pertenecientes a sistemas de economía globalizada se desarrollen en los términos y condiciones de la justicia posible.