

# La retroactividad de la jurisprudencia. Análisis del caso mexicano con base en losA formantes normativo y jurisprudencial\*

The Retroactivity of Jurisprudence. Analysis of the Mexican Case Based on the Normative and JurisprudentialA Formants

Miguel de J. Neria Govea <sup>a</sup>

Universidad Autónoma de Baja California, México

mneria@uabc.edu.mx

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7536-9385>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj70.rjac>

Recibido: 01 Septiembre 2020

Aceptado: 15 Febrero 2021

Publicado: 30 Diciembre 2021

Alonso Cavazos Guajardo Solís

Universidad de Monterrey, México

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7263-012X>

## Resumen:

Este artículo es producto de una investigación soportada en una metodología de análisis de datos. El principal objetivo es estudiar la posición teórica de la Suprema Corte de Justicia mexicana y del Poder Judicial de la Federación, tanto antes como después de la expedición de la nueva Ley de Amparo, en torno a la aplicabilidad del principio de irretroactividad tratándose de la jurisprudencia (el sistema de precedentes en México). Teniendo como principal hallazgo que, aun cuando la doctrina tradicional de la Suprema Corte de Justicia al respecto fue superada por el Poder Legislativo, al establecerse en la Ley de Amparo esa garantía para el gobernado en el ámbito de los precedentes judiciales, el desarrollo propio de la doctrina judicial en la jurisprudencia del Poder Judicial ha sido reticente para lograr una posición congruente en el tema.

**Palabras clave:** precedentes, retroactividad, normas, fuentes de derecho.

## Abstract:

This article is the product of research supported by a data analysis methodology. The main objective is to study the theoretical position of the Mexican Supreme Court of Justice and the Judicial Power of the Federation before and after issuing the new Amparo Law regarding the applicability of the principle of non-retroactivity in the case of jurisprudence (the system of precedents in Mexico). The main findings are that even when the traditional doctrine of the Supreme Court of Justice was surpassed by the Legislative Power, by establishing the Law of Amparo the guarantee for the governed within the scope of judicial precedents, the proper development of the judicial doctrine in the jurisprudence of the Judicial Power has been reluctant to achieve a consistent position on the subject.

**Keywords:** precedents, retroactive, legal norms, sources of law.

## Introducción

En el Estado liberal, con el principio de división de poderes, la función del juzgador estaba limitada a la aplicación de normas creadas por el legislador. La separación era tan categórica que originalmente se le tenía vedada la posibilidad de realizar alguna interpretación de las normas que debía aplicar<sup>1</sup>. Bulygin escribe que esta noción se concebía como la “doctrina tradicional”, y resaltaba que, conforme esta visión, para que fuera cierta esa separación entre creación y aplicación del derecho, se exigía que

el Derecho suministre a los jueces la posibilidad de resolver todos los casos mediante la aplicación de las normas generales. Esto implica que el derecho ha de ser completo y coherente a través de la ley, en el sentido de que debe contener una solución para todo problema que sea sometido al juez y que no haya dos o más soluciones incompatibles para el mismo caso<sup>2</sup>.

## Notas de autor

<sup>a</sup> Autor de correspondencia. Correo electrónico: mneria@uabc.edu.mx

Por eso, este tema, al insertarse dentro del estudio de práctica jurisdiccional, cobra interés en el contexto de un Estado que está en proceso de evolución de paradigma jurídico<sup>3</sup>, nos referimos al abandono del positivismo legiscentrista, para transitar a un no-positivismo<sup>4</sup>. Esto es así debido a que en una visión del derecho positivista<sup>5</sup>, sería casi nulo el interés sobre la retroactividad de la jurisprudencia, atendiendo a que la separación entre aplicación y creación del derecho pretende ser nítida o, al menos, meridianamente clara, al reservar a la función jurisdiccional la tarea de subsumir los aspectos fácticos del caso en la consecuencia normativa prevista en las normas previamente dadas por los legisladores. Esto sería en esa visión de Montesquieu que “los jueces de la Nación, como es sabido, no son más ni menos que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden mitigar la fuerza y el rigor de la ley misma”<sup>6</sup>. Sin embargo, en un Estado constitucional en el que a la función jurisdiccional se le tiene como fuente directa del Derecho, la retroactividad de los precedentes tiene un marcado interés.

Sobre la posición que supone que la aplicación y creación del derecho es meridianamente clara, Richard H. S. Tur señala que existe una discusión con posturas dicotómicas sobre si la función jurisdiccional pudiese tener legitimidad para crear normas, o si solo le alcanza para aplicarlas, a lo que llama función adjudicativa; y que las posiciones teóricas que critican la estructura de derecho positivista formalista, basada puramente en reglas, fomentará aún más el espacio creativo de los jueces, a diferencia de sistemas que contemplan principios<sup>7</sup>. El profesor Ruiz Manero nos plantea a detalle esta discusión teórica, y sostiene que “los problemas que hacen del *status* normativo de los jueces una piedra de toque decisiva —quizás la más decisiva— para cualquier teoría del Derecho empiezan ya a la hora de tratar de precisar la naturaleza de los deberes judiciales”<sup>8</sup>. De suerte que este artículo, al tratar la retroactividad de la jurisprudencia, puede ubicarse en la intersección dos discusiones<sup>9</sup>: en la creación del derecho por los jueces<sup>10</sup> y en la dicotomía decisionistas y aplicativistas, ambas centradas en los deberes judiciales. Sin embargo, aunque no entraremos al análisis en detalle de estas discusiones, debido a que el foco de nuestra atención se centrará en analizar la evolución de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia, resulta pertinente plantear ese escenario, porque es a partir de ahí que cobra importancia el tema.

Es menester aclarar que, si bien esta investigación se inserta en un proyecto más complejo que habrá de abordar otros Estados, nuestro análisis parte del caso mexicano por dos razones primordiales. En primer término, de antaño, en México la jurisprudencia tiene un peso específico muy fuerte en el actuar jurisdiccional, quizá en gran medida debido al modelo tan singular para reportar dicha jurisprudencia, el cual facilita enormemente su conocimiento por los operadores jurídicos. En segundo lugar, debido a que en los últimos diez años han operado complejas reformas constitucionales y normativas que han transformado el peso específico de los precedentes, al grado que se introdujo la figura de declaratoria general de inconstitucionalidad de las normas generales, mediante la cual se puede llegar a expulsar del ordenamiento jurídico mexicano una norma que haya sido declarada inconstitucional, en reiteradas ocasiones, en el juicio de amparo<sup>11</sup>, que históricamente se erige sobre el ahora cuestionado principio de relatividad de las sentencias<sup>12</sup>.

Así, la primera de este artículo se centrará en el planteamiento del problema desde una perspectiva teórica, en el que se justificará la importancia del tema de retroactividad. El segundo punto consistirá en el análisis de la resolución de contradicción de tesis 5/97 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en lo sucesivo, SCJN) de México, que argumenta que la jurisprudencia no puede ser retroactiva al no ser una ley ni equiparable a ella, sino que solo es la interpretación de la ley; lo que refleja esa separación tajante entre creación y aplicación del Derecho que habíamos señalado. En tercer lugar, analizaremos la evolución de los nuevos criterios sobre la prohibición de aplicación retroactiva de la jurisprudencia a partir de la Ley de Amparo vigente y la reticencia del sistema jurisprudencial de darle sentido a la prohibición de aplicación retroactiva de la jurisprudencia. El último punto está reservado para algunas conclusiones que se desprenderán del desarrollo de esta investigación.

Finalmente, agradecemos enormemente al Profesor Michael G. Núñez Torres los comentarios y correcciones realizados, así como su influencia en la línea de investigación.

## Retomando la retroactividad

Se considera pertinente dar algunas pinceladas sobre lo que implica la retroactividad. Se estima que sólo así podemos evaluar si la retroactividad debe ser encerrada en una regla de tipo todo o nada, o si debe ser entendida como un principio más que como una regla por el valor que pretende regular, con independencia de la redacción o fuente de la norma, con lo cual podría tener alcance sobre la jurisprudencia.

Para empezar a analizar lo que implica retroactividad desde una perspectiva no formalista, Charles B. Hochman señala que una ley retroactiva es aquella que irroga a una conducta ya materializada diferentes efectos legales a los que hubiere tenido si no se hubiera emitido la norma, y añade que el tipo más evidente retroactividad de la ley, es aquella que acude al pasado para adherir nuevos derechos y obligaciones a relaciones jurídicas ya concluidas<sup>13</sup>. Hochman advierte que la razón fundamental para estimar como negativa la retroactividad, es que una persona debería poder —dentro de un parámetro razonable— tener la certeza de los efectos legales al realizar alguna conducta, así como la estabilidad de relaciones ya concluidas en el pasado.

Por otro lado, David Slawson<sup>14</sup> señala que el término retroactividad puede tener dos enfoques: a) como “método retroactivo” (*method retroactivity*), que implica la forma de seleccionar la dirección de los efectos legales de una norma, y delimita señalando que debe ser entendido en aquellas leyes que producen derechos y obligaciones pero cuyos efectos dependen de eventos ocurridos antes de que las leyes fueran promulgadas; b) lo que llama “*vested rights retroactivity*”, como una forma de describir los efectos que se producen cuando una norma nueva es impuesta en la sociedad. Entendido estos efectos como la perturbación en patrones de conducta que representan inversiones sustanciales en materia de propiedad o empleo, o eliminar derechos que permitían la realización de conducta o en detrimento de libertades. Sobre este último punto, Slawson señala que este tipo de retroactividad sólo puede determinarse a partir de un análisis fáctico de la interacción entre la norma y la sociedad en la que se impuso. Inclusive, advierte que

Incluso una ley que imponga reglas generales de conducta, aplicables sólo al futuro, puede tener fuertes derechos adquiridos retroactivos si, en la sociedad en la que la ley será efectiva, ciertas clases de individuos han hecho compromisos sustanciales de propiedad o trabajo en anticipación de participar en la conducta proscrita<sup>15</sup>.

Sin embargo, para estos autores, la prohibición de la retroactividad de las normas no debe ser absoluta. Para Charles Hochman, la constitucionalidad de normas retroactivas debe ser determinada por tres factores, de los cuales se les tiene que asignar un peso o valor específico en cada caso, estos factores son: a) La naturales y fuerza del interés público de la norma que se va a aplicar de manera retroactiva; b) El alcance o grado en el que la norma va a modificar los derechos que surgieron antes de la existencia de la norma; y, c) La naturaleza del derecho que será modificado por la norma<sup>16</sup>. En cambio, para David Slawson, los límites de la retroactividad tienen relación directa con la garantía del debido proceso sustantivo, y son

(1) protección contra la pérdida indebida de propiedad, especialmente cuando representa una inversión de trabajo u otro valor; (2) protección de las demandas de los funcionarios gubernamentales que actúan de manera irresponsable; y (3) protección contra ser castigados y condenados por decisiones tomadas sin conocimiento de su carácter ilícito<sup>17</sup>.

En México, la retroactividad está proscrita por el artículo 14 constitucional en los términos siguientes: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. La SCJN ha entendido el tema de retroactividad de manera descriptiva, señalando que:

para resolver sobre la retroactividad o irretroactividad de una disposición jurídica, es fundamental determinar las hipótesis que pueden presentarse en relación con el tiempo en que se realicen los componentes de la norma jurídica. Al respecto cabe señalar que, generalmente y en principio, pueden darse las siguientes hipótesis: 1. Cuando durante la vigencia de una norma jurídica se actualizan, de modo inmediato, el supuesto y la consecuencia establecidos en ella. En este caso, ninguna disposición legal posterior podrá variar, suprimir o modificar aquel supuesto o esa consecuencia sin violar la garantía de irretroactividad, atento que fue antes de la vigencia de la nueva norma cuando se realizaron los componentes de la norma sustituida. 2. El

caso en que la norma jurídica establece un supuesto y varias consecuencias sucesivas. Si dentro de la vigencia de esta norma se actualiza el supuesto y alguna o algunas de las consecuencias, pero no todas, ninguna norma posterior podrá variar los actos ya ejecutados sin ser retroactiva. 3. También puede suceder que la realización de alguna o algunas de las consecuencias de la ley anterior, que no se produjeron durante su vigencia, no dependa de la realización de los supuestos previstos en esa ley, ocurridos después de que la nueva disposición entró en vigor, sino que tal realización estaba solamente diferida en el tiempo, ya sea por el establecimiento de un plazo o término específico, o simplemente porque la realización de esas consecuencias era sucesiva o continuada; en este caso la nueva disposición tampoco deberá suprimir, modificar o condicionar las consecuencias no realizadas, por la razón sencilla de que éstas no están supeditadas a las modalidades señaladas en la nueva ley. 4. Cuando la norma jurídica contempla un supuesto complejo, integrado por diversos actos parciales sucesivos y una consecuencia. En este caso, la norma posterior no podrá modificar los actos del supuesto que se haya realizado bajo la vigencia de la norma anterior que los previó, sin violar la garantía de irretroactividad. Pero en cuanto al resto de los actos componentes del supuesto que no se ejecutaron durante la vigencia de la norma que los previó, si son modificados por una norma posterior, ésta no puede considerarse retroactiva. En esta circunstancia, los actos o supuestos habrán de generarse bajo el imperio de la norma posterior y, consecuentemente, son las disposiciones de ésta las que deben regir su relación, así como la de las consecuencias que a tales supuestos se vinculan<sup>18</sup>.

Para la SCJN, la prohibición de retroactividad se aplica solamente a derechos adquiridos y no a las expectativas de derechos<sup>19</sup>, lo cual se estima del todo inadecuado, puesto que impide que otros valores adicionales al de seguridad jurídica coexistan en este tema. Desde esta postura, ninguna norma podría tener efecto, por más que desarrolle derechos fundamentales, si la conducta y las consecuencias ya se han materializado y, por otro lado, ninguna relación jurídica formada por una expectativa de derecho (muchas se forman así) está protegida de la prohibición de irretroactividad, hasta en tanto no se materialicen las conductas y las consecuencias de las normas.

Entonces, estamos más de acuerdo con la posición propuesta por Hochman, que la de Slawson y la de la SCJN, al atender que la postura de Hochman permite mayor razonabilidad para analizar la retroactividad de las normas. Si bien advertimos que su concepto de retroactividad es más amplio, su test de razonabilidad sobre la retroactividad de la norma implica una labor argumentativa más exigente, que produce mejores razones para evaluar si una norma infringe el principio de retroactividad en perjuicio de una persona. Inclusive, los límites propuestos sobre la retroactividad por Slawson podrían contemplarse dentro de los dos últimos factores de análisis para determinar la constitucionalidad de una norma retroactiva propuesta por Hochman. De igual manera, la excepción de la SCJN podría contemplarse en el segundo factor de Hochman.

Por lo tanto, si tomamos la postura de Hochman, la garantía de irretroactividad del artículo 14 constitucional, debería de analizarse no tanto como una regla, sino como un principio. En consecuencia, el artículo 14 constitucional no debe interpretarse de manera literal, es decir, no debe limitarse la prohibición de retroactividad de la ley, sino de toda norma que irroga a una conducta ya materializada, efectos legales diferentes a los que hubiere tenido si no se hubiera emitido la norma. El test de razonabilidad de la retroactividad que propone este autor sirve como un método para dar buenas razones que permitan justificar la aplicación del principio de prohibición de retroactividad en perjuicio de un individuo, y que, al mismo tiempo, dé cabida a la coexistencia de otros principios o valores del sistema.

## **Análisis del criterio clásico de retroactividad y jurisprudencia en el sistema jurisprudencial mexicano**

Previo a introducirnos de lleno en este apartado, se hace la advertencia que el único objetivo es plantear un análisis descriptivo de la resolución de la SCJN, cuya importancia es fundamental debido a que la resolución desenmascara la posición teórica que tiene la SCJN sobre la jurisprudencia en el sistema de fuentes.

Una aproximación primaria a dicha resolución de la SCJN requiere un conocimiento elemental del complejo sistema de jurisprudencia en México, el cual dista mucho del adoptado en la generalidad de los países. Para tal efecto, debemos partir de que los artículos 94, párrafo décimo primero y 95, párrafo

octavo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagran la obligatoriedad de la jurisprudencia establecida por los Tribunales del Poder Judicial de la Federación y los Plenos de Circuito sobre la interpretación de la propia Constitución y de las normas generales, así como por el Tribunal Electoral del propio Poder Judicial de la Federación en la materia electoral, respectivamente. En el primero de esos preceptos constitucionales, que es el aplicable al caso objeto de estudio, se efectúa una reserva de ley respecto de los términos en que la jurisprudencia adquirirá el carácter de obligatoria y los requisitos para interrumpirla o sustituirla.

Ciertamente la norma constitucional no da mayor detalle en torno a la forma de reportar la jurisprudencia, pero la particularidad del caso mexicano al respecto estriba en que, legalmente, ésta debe ser reportada o, en términos de González Oropeza<sup>20</sup>, codificada a través de criterios o tesis jurisprudenciales —dotadas de obligatoriedad— o aisladas —no vinculantes— que se circunscriben a decisiones concretas (competencia, legitimación, capacidad, etcétera) contenidas en las resoluciones judiciales emanadas de los órganos colegiados del Poder Judicial de la Federación<sup>21</sup>, sin demérito de la adopción de este modelo por otros órganos jurisdiccionales, tanto federales como locales. Cossío Díaz es categórico al señalar que en el modelo de reporte basado en criterios o tesis, que él denomina “jurisprudencia tradicional”,

el propio órgano jurisdiccional identifica de entre los considerandos aquellas partes que, exclusivamente a su juicio, tienen un carácter ‘determinante’, ello con el fin de darles una forma jurídica diversa y, dependiendo del tipo de proceso de formación jurisprudencial de que se trate, lograr que los mismos adquieran el carácter de obligatoriedad<sup>22</sup>.

Lo anterior no implica que en el Estado mexicano se desdeñen los precedentes, pues su relevancia ha sido puesta de manifiesto por la Corte, a través de sus propios criterios jurisprudenciales<sup>23</sup>; y por el Poder Legislativo federal, tratándose de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad<sup>24</sup>. Empero, es de vital importancia aclarar este aspecto debido a que ha generado una innegable tendencia del jurista mexicano a estudiar e invocar aquellos criterios o tesis, antes de acudir —si es que lo hace— a la fuente de estos, es decir, las sentencias de las cuales emanaron.

Ahora bien, el artículo 215 de la Ley de Amparo contempla tres vías para que los órganos colegiados del Poder Judicial de la Federación establezcan la jurisprudencia, a saber: por reiteración de criterios, por contradicción de tesis y por sustitución; en tanto que los artículos 216 y 217 de la propia norma general contemplan los órganos jurisdiccionales inferiores que están obligados a acatarlas; y los artículos 228 y 229 los casos en que dicha jurisprudencia es interrumpida y deja de tener carácter obligatorio. Cabe aclarar que, fuera de las referencias de los Plenos de Circuito, introducidos mediante la reforma constitucional número 193<sup>25</sup>, la regulación de la jurisprudencia en esta Ley de Amparo es muy similar a la que operaba en anteriores legislaciones sobre la materia, de tal suerte que, en su generalidad, constituye un parámetro válido para comprender la integración de jurisprudencia en México, con independencia del año en que ésta se haya integrado.

La jurisprudencia por reiteración de criterios, que hunde sus raíces en el siglo XIX<sup>26</sup>, es establecida por la SCJN, funcionando en Pleno o en Salas, y por los Tribunales Colegiados de Circuito, en los juicios de amparo que son de su conocimiento. Los artículos 222 a 224 de la Ley de Amparo disponen que los criterios de esos órganos colegiados constituirán jurisprudencia por reiteración —y, por ende, serán obligatorios— cuando hayan sido sustentados en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones, por una mayoría de ocho votos tratándose del Pleno de la SCJN, cuatro votos si es de alguna de sus Salas, o por unanimidad (tres votos) si proviene de los Tribunales Colegiados de Circuito.

Dado que son múltiples los órganos jurisdiccionales que pueden sostener criterios y, en su caso, integrar jurisprudencia; es previsible la existencia de criterios disímiles o contradictorios entre sí, incluso al seno de la propia SCJN. Precisamente por ello, la Ley de Amparo también contempla la posibilidad de integrar jurisprudencia por contradicción de criterios, que en términos de su artículo 225, “se establece al dilucidar los criterios discrepantes sostenidos entre las salas de la SCJN, entre los Plenos de Circuito o entre los tribunales

colegiados de circuito, en los asuntos de su competencia.” En términos de lo establecido en el artículo 226 de la propia Ley de Amparo, la facultad para resolver contradicciones de tesis corresponde, en todo caso, a un órgano jurisdiccional superior a los que sustentan los criterios encontrados. Esto se debe a que aquél puede acoger uno de los criterios discrepantes, sustentar uno nuevo, o bien, declararla inexistente —si no advierte la contradicción— o insubsistente —si alguno de los criterios es abandonado durante el trámite del procedimiento para la creación de la jurisprudencia por contradicción—, sin que en ningún caso puedan afectarse las situaciones jurídicas concretas derivadas de las sentencias cuyos criterios integraron alguna de las tesis en contradicción.

Finalmente, el artículo 230 de la Ley de Amparo regula la sustitución de la jurisprudencia como una modalidad para la integración de criterios obligatorios. En esta vía, es un órgano colegiado del Poder Judicial de la Federación el que, partiendo de un caso por él resuelto, solicita a un órgano superior que sustituya una jurisprudencia que éste haya sostenido, externándole las circunstancias por las que ese criterio debe sustituirse.

El caso por analizar se inscribe, precisamente, de la segunda vía legal para la integración de la jurisprudencia, esto es, una contradicción de tesis. Ciertamente, es de la contradicción de Tesis 5/97 de la que se deriva la postura clásica de la SCJN en relación con el principio de retroactividad en el sistema jurisprudencial mexicano. Dicha contradicción tiene su origen por dos criterios antagónicos, emitidos por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, y el Cuarto Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. El tema es si el principio de no retroactividad de la ley, señalado en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>27</sup>, alcanza también a la jurisprudencia emitida por órganos jurisdiccionales. La pregunta que se planteó el Pleno de la SCJN para resolver la controversia fue ¿La jurisprudencia emitida por la SCJN puede transgredir la garantía de retroactividad prevista en el artículo 14 constitucional?<sup>28</sup>. Para resolver el planteamiento, la SCJN optó por una sola dirección argumentativa: determinar si la jurisprudencia es equiparable a la ley<sup>29</sup>.

Para resolver el problema planteado (si la jurisprudencia puede violar el principio de retroactividad), la estructura de la argumentación realizada por la SCJN se desarrolló de la manera siguiente:

#### 1.1 ¿La jurisprudencia crea una norma jurídica nueva?

1.1.1 “En el caso de México, la jurisprudencia judicial es la interpretación e integración de la ley firme, reiterada y de observancia obligatoria que emana de las ejecutorias pronuncias por la SCJN, funcionando en Pleno o por Salas, y por los Tribunales Colegiados de Circuito”<sup>30</sup>. No constituye una norma nueva.

1.1.2 “El caso de excepción en que los jueces pueden integrar el derecho es mediante ‘los principios generales del derecho’”. “La aplicación de los principios está sujeta a que no desarmonicen o estén en contradicción con el conjunto de normas legales cuyas lagunas u omisiones han de llenarse aplicando aquellas”.

Conclusión del Argumento 1.1. “La jurisprudencia no es una norma general, ni crea una norma nueva, sólo interpreta la existente, además, en cuanto su contenido, forma de creación y aplicación se encuentra limitada por la ley, y sólo la podrán aplicar los órganos jurisdiccionales a casos concretos y de manera excepcional”.

#### 1.2 ¿Es equiparable la jurisprudencia a la ley?

1.2.1 La jurisprudencia es obra de los órganos jurisdiccionales, y la ley del órgano legislativo.

1.2.2 La jurisprudencia no es una norma general, ya que sólo se aplica a los casos particulares, mediante vía del proceso.

1.2.3 La jurisprudencia sólo es obligatoria respecto de los órganos jurisdiccionales que deben aplicarla.

1.2.4 La jurisprudencia es sólo la interpretación que hacen de la ley, depende de la ley.

1.2.5 La ley es estática, requiere de su modificación o derogación mediante el proceso legislativo. La jurisprudencia es dinámica, ya que puede cambiar la interpretación respecto de una misma ley con determinados requisitos, pero sin formalidades que la propia ley requiere.

1.2.6 La jurisprudencia encuentra sustento en decisiones jurisdiccionales que han sido dictadas en casos específicos anteriores, la ley no, ya que es única y rige para el futuro.

1.2.7 La interpretación e integración que realiza el Juez tiene su apoyo en la propia ley.

1.2.8 La creación de normas individuales para colmar las lagunas de la ley mediante principios generales de derecho es un caso de excepción previsto en el referido artículo 14 constitucional y, por lo tanto, la labor del órgano jurisdiccional se encuentra constreñida en la mayoría de los casos al derecho positivo.

1.2.9 La obligatoriedad de la jurisprudencia es limitada, toda vez que sólo tienen la obligación de acatarla los órganos jurisdiccionales a quienes corresponde aplicarla.

Conclusión del Argumento 1.2 La jurisprudencia no es ley en sentido formal, la jurisprudencia es la interpretación que los tribunales hacen de la ley.

Conclusión de la línea argumentativa del Pleno: “Por tales motivos, la jurisprudencia no puede transgredir el contenido de la garantía de irretroactividad, previsto en el artículo 14 constitucional, ya que la jurisprudencia no constituye legislación, sigue a la legislación, fija en la mayoría de los casos el contenido de una ley y, en casos excepcionales, la integra; y integración tiene que ser conforme a la voluntad del legislador”. De la resolución de contradicción de tesis, el Pleno de la SCJN emitió la jurisprudencia que sostuvo que su aplicación en ningún caso podría violar la retroactividad de la ley.<sup>31</sup>

La SCJN parte de una premisa errónea, lo que produce que toda su labor argumentativa pierda pertinencia, y que la conclusión resulte igualmente desacertada conforme al problema planteado. Consideramos que esta resolución destaca la concepción positivista descriptiva del Derecho, al tener como presupuesto que el artículo 14 constitucional constituye una regla de acción<sup>32</sup> dirigida tanto a jueces como a legisladores<sup>33</sup>.

Aunque se tenga alguna interpretación, se debe entender que dicha interpretación no debe ser entendida como la única posible correcta de todas las existentes. De tal manera como metateoría de la interpretación, debe tenerse en cuenta todo esto para comprender que es una teoría descriptiva de interpretación y que, por tanto, no prescribe cómo debe realizarse la interpretación, sino que debe describirla.

## Evolución de la retroactividad y jurisprudencia a partir de la nueva Ley de Amparo

Si tomamos el valor subyacente del artículo 14 constitucional y en vez de regla lo vemos como un principio, entenderemos que lo que establece el artículo constitucional lo podríamos traducir de la siguiente manera: en la mayor medida posible, se debe evitar *prima facie*, aplicar una norma retroactiva cuando cause perjuicio, para proteger la seguridad jurídica.

Reducir el tema de retroactividad y jurisprudencia a un ejercicio argumentativo para determinar si la jurisprudencia es equiparable a la ley, resulta insuficiente, pues como podemos advertir, existen muchos temas que previamente se deben agotar para poder determinar si una norma jurisprudencial puede llegar a ser retroactiva<sup>34</sup>, tales como:

- El contenido del artículo 14 constitucional debe ser mejor entendido como regla o principio.
- El alcance de la creación del derecho por los jueces.
- Qué tipología de normas (reglas constitutivas o reglas regulativas) puede encontrarse en las normas de origen judicial (precedentes o jurisprudencias).
- Analizar si existe algún tipo de test de razonabilidad que pudiese servir para medir el alcance de la retroactividad de las normas de origen judicial.

A partir de la promulgación de la nueva Ley de Amparo Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>35</sup>, ha quedado materialmente sin efectos el criterio de la SCJN en relación con la retroactividad de la Jurisprudencia. El artículo 217 de la nueva Ley de Amparo expresamente señala: “La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”, tal prohibición contrarresta la esencia del criterio sostenido por la corte, pues el argumento de la SCJN se soportaba por un lado, en que la naturaleza de la jurisprudencia no alcanzaba para tener una

aplicación retroactiva y por otro, que sólo una norma con las características de una ley podría ser retroactiva y la jurisprudencia no tenía esas características. Así, la nueva regulación en la Ley de Amparo introduce de nuevo el problema de retroactividad, pero ahora con matices diferentes.

Los primeros criterios de retroactividad de la jurisprudencia que surgen a partir de la nueva ley de Amparo tratan sobre situaciones procesales dentro de un juicio, que por cambio de criterio o una jurisprudencia nueva se podrían ver afectados. Los Tribunales Colegiados de Circuito determinaron que, sobre situaciones procesales como personalidad, una vez reconocido, no puede ser después desconocido por un cambio de criterio o una jurisprudencia que estableciera mayores requisitos<sup>36</sup>. De igual manera, no podría aplicarse una jurisprudencia de manera retroactiva cuando llegue a privar de efectos a un acto realizado conforme a un criterio jurisprudencial anterior<sup>37</sup>. O cuando una vez emitida la ejecutoria de amparo y ordene un cumplimiento determinado, si se produce una jurisprudencia en sentido contrario a dicha ejecutoria, no podría aplicarse la nueva jurisprudencia<sup>38</sup>. También se emitieron criterios en los que debía contemplarse si se iban a afectar derechos adquiridos o simples expectativas de derechos, para determinar si se aplicaría de manera retroactiva una jurisprudencia en perjuicio<sup>39</sup>, dejando claro que sólo se prohibiría sobre derechos adquiridos.

Así al reconocer la nueva Ley de Amparo que la jurisprudencia sí podía llegar a ser retroactiva, y que se prohíbe cuando es en perjuicio, se tuvieron que revalorar tesis que ya no se podían sostener, como la que emitió la Primera Sala de la SCJN en la Séptima Época del Semanario Judicial de la Federación, en la que obligaba a los órganos jurisdiccionales a aplicar la jurisprudencia vigente al momento de emitir su resolución sin importar otras circunstancias, argumentando que:

en lo tocante a que las autoridades deben aplicar la jurisprudencia vigente en la época de la comisión de los delitos, cabe señalar que esta Suprema Corte tiene, dentro de sus altas funciones, la de interpretar la ley y dar a conocer dicha interpretación a fin de que sea observada por las autoridades judiciales; luego entonces, la jurisprudencia constituye un medio de desentrañar el sentido de la ley, para el efecto de que los juzgadores puedan aplicar esta última en forma debida y con criterio uniforme, precisamente cuando pronuncien el fallo correspondiente, lo cual quiere decir que no se encuentran en obligación de aplicar jurisprudencias en desuso, a pesar de que el hecho delictivo haya tenido lugar cuando aquéllas sí se aplicaban, pues la obligatoriedad de su observancia es tan determinante, que impele al órgano jurisdiccional a su acatamiento inmediato y exige su aplicación actual por encima de consideraciones de tiempo en la ejecución del delito<sup>40</sup>

La Segunda Sala de la SCJN determinó que la irretroactividad de la Jurisprudencia no alcanza a proteger los actos de autoridad, sin embargo, cuando comparezca una persona moral oficial para proteger intereses patrimoniales, patronales o contractuales, sí tiene la prohibición de aplicación retroactiva de la jurisprudencia en perjuicio<sup>41</sup>.

Así, con la nueva Ley de Amparo, entró de nuevo a discusión la obligatoriedad de la jurisprudencia superada al momento de emitir una resolución. Por un lado, unos Tribunales Colegiados de Circuito sostenían que sería en perjuicio aplicar una jurisprudencia retroactiva para resolver un recurso cuya resolución se haya sostenido en una jurisprudencia vigente al momento de emitir la sentencia y que haya sido superada<sup>42</sup>; y por otro, un Tribunal Colegiado diferente sostenía, muy de la mano de la contradicción de tesis 5/97 ya analizada, que:

la forma en que debe interpretarse el último párrafo del mencionado artículo 217, no es como una prohibición, sino como una declaración en el sentido de que la jurisprudencia sólo interpreta la ley y los aspectos que el legislador no precisó, esto es, integra o complementa a la norma en relación con los alcances que, sin estar contemplados claramente en ella, se producen en una determinada situación; sin que dicha conformación constituya una norma jurídica de carácter general, sino la determinación del verdadero sentido obligatorio de la ley, que no se modifica por el hecho de desentrañar su contenido con precisión y certeza. Por tanto, debe aplicarse inmediatamente a los casos a que la misma jurisprudencia se refiera, que estén pendientes de resolución en cualquier sede, por constituir la debida interpretación de la norma y reflejar el verdadero sentir del legislador. Interpretar lo contrario, implicaría que ninguna jurisprudencia pudiera aplicarse a situaciones de hecho anteriores a su creación, lo que reñiría con su naturaleza que es el interpretar o suplir la laguna de la ley a partir del examen de constitucionalidad de un caso concreto pretérito y cuya finalidad es que se observe tanto para los supuestos de hecho surgidos antes como después pues, con motivo de la creación de la jurisprudencia, los diversos casos que le dieron vigencia, dejan de ser



individualizados y concretos, dado que pasan a ser parte de la norma, la que tiene la característica de ser general, obligatoria y abstracta, por lo que, al llevarse a cabo un análisis de lo que el legislador plasmó en la ley, su aplicación no puede considerarse violatoria del principio de irretroactividad en tanto que el hecho a regular o situación procesal a resolver sea posterior a la vigencia de la ley.<sup>43</sup>

Con el anterior criterio, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito revive casi en su contenido íntegro la contradicción de tesis 5/97, lo que nos llevaría a un retroceso de la jurisprudencia en nuestro sistema de fuentes.

Actualmente se reconoce que puede ser aplicada la jurisprudencia de manera retroactiva, y más cuando desarrolla el contenido y protección de los derechos humanos<sup>44</sup>, con la salvedad que no exista cosa juzgada en la que se aplicará retroactivamente la jurisprudencia.

Otro criterio importante es la jurisprudencia emitida por la Segunda Sala de la SCJN y permite la aplicación retroactiva de la jurisprudencia excepto cuando se de alguno de estos tres supuestos<sup>45</sup>:

1. Al inicio de un juicio o procedimiento existe una jurisprudencia aplicable directamente a alguna de las cuestiones jurídicas relevantes para la interposición, tramitación, desarrollo y resolución del asunto jurisdiccional;
2. antes de emitir la resolución jurisdiccional respectiva, se emite una jurisprudencia que supera, modifica o abandona ese entendimiento del sistema jurídico;
3. la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial impacta de manera directa la seguridad jurídica de los justiciables.

El Pleno de Circuito en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito publicó dos tesis derivadas de la contradicción 3/2015<sup>46</sup>, en las que se refleja una confusión teórica para justificar sus criterios, o más bien, una adhesión a un positivismo superado. El Pleno de Circuito determina que la jurisprudencia tiene como finalidad establecer el alcance o significado de la ley o norma general, pero no es una norma nueva, sino que “establece el verdadero alcance de una norma previamente existente”. Aquí se nota la confusión entre disposición y norma<sup>47</sup>. Si esto es así, cada cambio de criterio o jurisprudencia se debe a un desacierto por parte del órgano jurisdiccional, de encontrar el “verdadero” significado de la norma. Al final, sostiene que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia no se actualiza, a menos que haya existido una jurisprudencia previa que generara algún derecho adquirido, y que la nueva jurisprudencia tuviera una interpretación antagónica que anulara ese derecho adquirido<sup>48</sup>. Esa conclusión no se soporta en la visión teórica del Pleno de Circuito, pues la jurisprudencia considerada como el verdadero significado de la norma, y se sustituye con otra jurisprudencia, bajo la óptica del Pleno de Circuito, la primera jurisprudencia no puede causar ningún perjuicio al generar un derecho falso, al ser una interpretación ilegítima o no verdadera de la norma.

De tal manera, se ve con el avance de los criterios de los órganos jurisdiccionales, la reticencia del avance en el abandono del positivismo jurídico en México.

## Conclusiones

Podemos entender que México ha estado transitando de una concepción positivista de Derecho a una concepción no-positivista<sup>49</sup>. Sin embargo, también nos queda claro que ese tránsito de paradigma tiene pendiente mucho trabajo para generalizarse en todo el sistema jurídico, y que está a cargo de todos los operadores del Derecho.

Por otro lado, nos queda claro que el abandono del positivismo jurídico tiene implicaciones importantes en la función jurisdiccional. Que el no-positivismo, incluido el neoconstitucionalismo, va a traer cambios en el método jurídico, y que invariablemente van a ampliar el entendimiento de la tipología normativa

que existía en el sistema. De manera que este cambio traerá un impacto directo en el entendimiento del alcance de las funciones jurisdiccionales, y en el sistema de fuentes, tal como señala el profesor Michael Núñez “cuando se trata de la jurisdicción constitucional, en el constitucionalismo se acepta cada vez más su calidad de fuente directa de derecho”<sup>50</sup>. Asimismo, que la posición de la actividad jurisdiccional reivindica una función cocreadora del Derecho, especialmente la jurisdicción constitucional que tenga que interpretar los principios o valores que informan todo el sistema. De suerte que, con estos cambios, el producto de la actividad jurisdiccional (la jurisprudencia) debe ser revalorada.

Entonces, conforme al contexto anterior, el objeto del presente trabajo era analizar en el alcance del principio de irretroactividad desarrollado por el propio sistema jurisprudencial. Para ello, partimos de la contradicción 5/97, en la que resuelve la SCJN que la jurisprudencia no viola la garantía de retroactividad de la ley, atendiendo a que la jurisprudencia no es equiparable a la ley. Nuestro objetivo era acreditar que ese argumento dado por el Pleno de la SCJN resulta ocioso fuera de una concepción positivista del Derecho, que en nada trasciende para entender si la jurisprudencia puede llegar a ser retroactiva.

De ahí propusimos partir de una premisa diferente de la que partió la SCJN, es decir, no presuponemos que el artículo 14 constitucional contenía una regla, sino que deberíamos, en primer lugar, determinar si dicho artículo debía entenderse como principio. Sólo así le podríamos dar un alcance mayor, y que en dado caso podría tener efectos sobre la jurisprudencia. Sostenemos que ésta es la vía adecuada porque, de esta manera, le damos mayor protección al valor subyacente que protege el artículo constitucional.

Visto así el artículo 14 constitucional, tiene sentido determinar si la jurisprudencia, contrario a lo que sostiene la SCJN, no se limita a ser interpretación de la ley, sino que también crea normas; normas jurisdiccionales que pudiesen llegar a ser susceptibles de ser aplicadas retroactivamente.

Como resultado, la tarea pendiente es determinar un método de análisis sobre la razonabilidad de la aplicación retroactiva de la jurisprudencia, tema que la SCJN y los demás órganos jurisdiccionales (Tribunales Colegiados de Circuito y Plenos de Circuito), están construyendo. Sin embargo, siguen teniendo deficiencias derivadas de falta de sustento teórico, y de la transición en la ubicación de la jurisprudencia en el sistema de fuentes.

## Bibliografía

- Ángeles Ródenas, *¿Qué queda del positivismo jurídico?*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, n.º 26, 417-448 (2003). <https://doi.org/10.14198/DOXA2003.26.19>
- Chaïm Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (Luis Díez-Picazo trad., Civitas, 1979).
- Charles B. Hochman, *The Supreme Court and the Constitutionality of Retroactive Legislation*, 73 Harvard Law Review, n.º 4, 692-727 (1960). <https://doi.org/10.2307/1338052>
- Charles de Secondant, Baron de Montesquieu, *The Spirit of the Laws* (M. Anne Cohler, Basia Miller & Harold Stone eds., Cambridge University Press, 2014).
- David W. Slawson, *Constitutional and Legislative Considerations in Retroactive Lawmaking*, 48 California Law Review, n.º 2, 216-251 (1960). <https://doi.org/10.2307/3478529>
- Eugenio Bulygin, *Los Jueces ¿crean Derecho?*, en *La función judicial. Ética y democracia*, 21-37 (Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez comps., Gedisa-Itam, 2003).
- Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje* (5ª ed., Abeledo-Perrot, 2006).
- Héctor Fix-Zamudio & Salvador Valencia Carmona, *Las reformas en Derechos Humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional* (3ª ed., Porrúa-UNAM, 2015).
- Humberto Enrique Ruiz Torres, *Curso general de amparo* (Oxford, 2007).
- Ignacio de Otto, *Derecho constitucional sistema de fuentes* (2ª ed., Ariel, 2001).
- Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho* (5ª ed., Tecnos, 2007).

- José Ramón Cossío Díaz, *La controversia constitucional* (2ª ed., Porrúa, 2014).
- Josep Aguiló Regla, *Sobre derecho y argumentación* (Leonard Muntaner, 2008).
- Josep Aguiló Regla, *Teoría general de las fuentes del derecho* (2ª ed., Ariel, 2008).
- Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho* (CEC, 1990).
- Juan Ruiz Manero, *Una tipología de normas constitucionales*, en *Fragmentos para una Teoría de la Constitución*, 63-108 (Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza & Juan Ruiz Manero eds., Iustel, 2007).
- Juventino V. Castro, *Garantías y amparo* (14ª ed., Porrúa, 2006).
- Kermit Roosevelt, *A retroactive retrospective, with thoughts for the future: What the Supreme Court learned from Paul Mishkin, and what it might*, 95 *California Law Review*, 1677-1702 (2007). <https://www.jstor.org/stable/20439163>
- Manuel Atienza, *El Derecho como argumentación* (Ariel, 2006).
- Manuel Atienza, *La sentencia sobre el aborto de la Corte Suprema mexicana*. <https://web.ua.es/es/observatoriodoxa/documentos/manuel-atienza.pdf>
- Manuel González Oropeza, *La jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla* (2ª ed., SCJN, 2011).
- Michael G. Núñez Torres, *Nuevas tendencias en el derecho constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado*, en *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, 135-169 (Pedro Torres Estrada comp., Limusa, 2006).
- Paolo Grossi, *Mitología jurídica de la modernidad* (Trotta, 2003).
- Riccardo Guastini, *Disposición vs. Norma*, en *Disposición vs. Norma*, 133-156 (Susanna Pozzolo & Rafael Escudero eds., Palestra, 2011).
- Richard H. S. Tur, *Time and Law*, 22 *Oxford Journal of Legal Studies*, n.º 3, 463-488 (2002). <https://doi.org/10.1093/ojls/22.3.463>

## Notas

- \* Este artículo se inscribe en una investigación sobre la jurisprudencia, especialmente la mexicana, que constituye una de las líneas de investigación de los autores; la cual habrá de ser desarrollada bajo otras variables.
- 1 Como señala Ignacio de Otto “para asegurar la más estricta sumisión del juez al legislador la ley francesa de 1790 dispone que cuando los jueces consideren necesaria la interpretación de la ley por dudar de sus sentidos deben dirigirse al Cuerpo legislativo para que éste resuelva la dificultad (sistema del *référé* legislativo); de este modo el reconocimiento implícito de la falsedad del punto de partida teórico –admitir la duda en la interpretación significa reconocer que la ley no aporta de modo inequívoco la premisa mayor de la decisión- va acompañado de un mecanismo que quiere asegurar el carácter meramente aplicativo de la función del juez, pues la interpretación se confía al propio órgano legislador del que emana la norma a aplicar; con ello se viene a reconocer también el valor normativo de la interpretación, razón que explica que se reserva al propio soberano” en Ignacio de Otto, *Derecho constitucional sistema de fuentes*, 293 (2ª ed., 8ª reimpresión, Ariel, 2001).
- 2 Eugenio Bulygin, *Los Jueces ¿crean Derecho?*, en *La función judicial. Ética y democracia*, 21-37 (Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vázquez comps., Gedisa-Itam, 2003).
- 3 En el caso mexicano, a través de dos reformas constitucionales, una de 1994 y de manera reciente en el 2011, se evidencia de manera más clara la intención de transitar de un paradigma a otro, sin embargo, falta que permeé en la práctica judicial de los estados.
- 4 Véase el análisis que realiza el Profesor Aguiló Regla, en el que señala que los cambios producidos por la constitucionalización de un ordenamiento jurídico implican cambios cualitativos que obligan a la revisión de esquemas teóricos, en Josep Aguiló Regla, *Sobre derecho y argumentación*, 15 y ss. (Leonard Muntaner, 2008).
- 5 Cuando nos referimos al positivismo, tomamos la visión del positivismo formalista, pues sin lugar a duda facilita nuestra empresa circunscribir el ámbito de estudio. Cabe resaltar que la corriente positivista es muy variada en sus posturas. Para mayor análisis del tema, se recomienda, Chaïm Perelman, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (Luis Díez-Picazo trad., Civitas, 1979); Manuel Atienza, *El Derecho como argumentación* (Ariel, 2006); Paolo Grossi, *Mitología jurídica de la modernidad* (Trotta, 2003); y Ángeles Ródenas, *¿Qué queda del positivismo jurídico?*, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n.º 26, 417-448 (2003).

- 6 Charles de Secondant, Baron de Montesquieu, *The Spirit of the Laws* (M. Anne Cohler, Basia Miller & Harold Stone eds., Cambridge University Press, 2014).
- 7 Richard H. S. Tur, *Time and Law*, 22 *Oxford Journal of Legal Studies*, n.º 3, 463-488, 464 (2002).
- 8 Juan Ruiz Manero, *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del derecho* (CEC, 1990).
- 9 O posiblemente una, pero vista desde perspectivas diferentes.
- 10 Véase por todos sobre la creación de normas de origen judicial a Genaro R. Carrió, *Notas sobre derecho y lenguaje*, 105-114 (5ª ed., Abeledo-Perrot, 2006); Josep Aguiló Regla, *Teoría general de las fuentes del derecho*, 101-123 (2ª ed., Ariel, 2008).; Javier Pérez Royo, *Las fuentes del derecho*, 48-55 (5ª ed., Tecnos, 2007).; Ignacio de Otto, *supra* nota 1, 284 y ss.
- 11 En torno a este procedimiento de control constitucional de las leyes, véase: Héctor Fix-Zamudio & Salvador Valencia Carmona, *Las reformas en Derechos Humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*, 103 y ss. (3ª ed., Porrúa-UNAM, 2015).
- 12 Sobre este principio constitucional del amparo, que implica que la sentencia de amparo beneficia solo a la persona que promovió la demanda correspondiente, puede verse: Humberto Enrique Ruiz Torres, *Curso general de amparo*, 157 y ss. (Oxford, 2007). No obstante, este principio admite excepciones o reinterpretaciones, sobre todo a partir de las reformas de mérito. Entre otros, véanse los siguientes criterios: 2016425, 1a. XXI/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 52, marzo de 2018, t. I, p. 1101, PRINCIPIO DE RELATIVIDAD. SU REINTERPRETACIÓN A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011; y 200201, P./J. 9/96, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. III, febrero de 1996, p. 78, SENTENCIAS DE AMPARO. CUANDO ORDENEN REPONER EL PROCEDIMIENTO, SUS EFECTOS DEBEN HACERSE EXTENSIVOS A LOS CODEMANDADOS DEL QUEJOSO, SIEMPRE QUE ENTRE ESTOS EXISTA LITISCONSORCIO PASIVO NECESARIO.
- 13 Charles B. Hochman, *The Supreme Court and the Constitutionality of Retroactive Legislation*, 73 *Harvard Law Review*, n.º 4, 692-727, 692 y ss. (1960).
- 14 David W. Slawson, *Constitutional and Legislative Considerations in Retroactive Lawmaking*, 48 *California Law Review*, n.º 2, 216-251, 216 y ss. (1960).
- 15 Íd., 218. Traducción propia.
- 16 Charles B. Hochman, *supra* nota 13, 697.
- 17 David W. Slawson, *supra* nota 14, 251. Traducción propia.
- 18 188508, P./J. 123/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIV, octubre de 2001, p. 16, RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES. SU DETERMINACIÓN CONFORME A LA TEORÍA DE LOS COMPONENTES DE LA NORMA.
- 19 189448, 2a. LXXXVIII/2001, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XIII, junio de 2001, p. 306, IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES. NO SE VIOLA ESA GARANTÍA CONSTITUCIONAL CUANDO LAS LEYES O ACTOS CONCRETOS DE APLICACIÓN SÓLO AFECTAN SIMPLES EXPECTATIVAS DE DERECHO, Y NO DERECHOS ADQUIRIDOS.
- 20 Manuel González Oropeza, *La jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla*, 78 (2ª ed., SCJN, 2011).
- 21 Castro nos refiere que hasta 1950, la generación de jurisprudencia correspondía exclusivamente a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por ser ésta el único órgano competente para conocer del amparo directo y del recurso de revisión en amparo indirecto. Véase: Juventino V. Castro, *Garantías y amparo*, 659 (14ª ed., Porrúa, 2006).
- 22 José Ramón Cossío Díaz, *La controversia constitucional*, 695 (2ª ed., Porrúa, 2014).
- 23 Véase: 185722, 2a./J. 107/2002, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XVI, octubre de 2002, p. 292, JURISPRUDENCIA. FORMA EN QUE DEBEN PROCEDER LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA DE LA SUSTENTADA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ANTE LA FALTA DE TESIS FORMALMENTE PUBLICADA.
- 24 El artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que regula los referidos procedimientos de control constitucional, refiere que “Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para las Salas, Plenos de Circuito, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales”.
- 25 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 6 de junio de 2011.
- 26 Ruiz Torres refiere que es atribuible a un proyecto de Ley de Amparo formulado por don Ignacio L. Vallarta y presentado por el Ejecutivo Federal al Congreso General el 25 de octubre de 1881. Véase: Humberto Enrique Ruiz Torres, *supra* nota 12, 826.
- 27 “Art. 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna (...).”
- 28 Ver considerando Cuarto de la resolución de contradicción de tesis 5/97.

- 29 Íd.
- 30 Ver considerando Cuarto de la resolución de contradicción de tesis 5/97.
- 31 190663, P./J. 145/2000, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XII, diciembre de 2000, p. 16, JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.
- 32 Conforme señala el Profesor Ruiz Manero, por reglas de acción “entenderemos por tales aquellas normas que configuran el caso mediante un conjunto de propiedades genéricas y en las que la conducta modalizada deónticamente en la solución normativa consiste en la realización (u omisión) de una acción”. Juan Ruiz Manero, *Una tipología de normas constitucionales*, en Fragmentos para una Teoría de la Constitución, 63-108 (Josep Aguiló Regla, Manuel Atienza & Juan Ruiz Manero eds., Iustel, 2007).
- 33 162299, 1a./J. 78/2010, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXVIII, abril de 2011, p. 285, RETROACTIVIDAD DE LA LEY Y APLICACIÓN RETROACTIVA. SUS DIFERENCIAS.
- 34 Sobre este tema, Kermit Roosevelt, analizando el caso de *Linkletter v. Walker*, explica que este precedente realizó un cambio en este campo, “in place of the conventional rule that courts generally decide cases according to their best current understanding of the law, Linkletter announced that “retroactivity” would be governed by a three-factor test: (1) whether retroactive application serves the purpose of the new rule, (2) whether the parties relied on the old rule, and (3) what the efecto of retroactive application should be”, en Kermit Roosevelt, *A retroactive retrospective, with thoughts for the future: What the Supreme Court learned from Paul Mishkin, and what it might*, 95 California Law Review, 1677-1702, 1683 (2007).
- 35 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el día 02 de abril del 2013.
- 36 2005287, I.9o.C.8 K, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 2, t. IV, enero de 2014, p. 3092, IRRETROACTIVIDAD DE LA JURISPRUDENCIA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 217, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY DE AMPARO VIGENTE).
- 37 2006454, (III Región) 3o.5 A, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 6, t. III, mayo de 2014, p. 2063, IRRETROACTIVIDAD DE LA JURISPRUDENCIA. CÓMO DEBE ENTENDERSE; también véase: 2013009, I.9o.P.5 K, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 36, t. IV, noviembre de 2016, p. 2342, APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA JURISPRUDENCIA EN PERJUICIO DEL QUEJOSO. SE ACTUALIZA ESTA ACCIÓN PROSCRITA POR EL ARTÍCULO 217, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY DE AMPARO, SI AL INTERPONER SU DEMANDA CONTRA EL ACTO RECLAMADO EMITIDO EN CUMPLIMIENTO DE UNA SENTENCIA DE AMPARO, LO HACE CON APOYO EN LA TESIS I.5o.P. J/2 (10a.), Y EL JUEZ DE DISTRITO AL RESOLVER EL JUICIO, LO SOBRESSEE POR EXTEMPORÁNEO CON BASE EN LA DIVERSA P./J. 40/2015 (10a.), NO OBSTANTE QUE, AL MOMENTO DE INTERPONERLA, ÉSTA NO SE ENCONTRABA VIGENTE.
- 38 2013758, I.7o.P.59 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 49, 5. III, febrero de 2017, p. 2304, JURISPRUDENCIA. ATENTO AL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE ÉSTA, SI EL ACTO RECLAMADO SE EMITIÓ EN CUMPLIMIENTO A UNA SENTENCIA DE AMPARO EN LA QUE SE CONCEDIÓ LA PROTECCIÓN FEDERAL PARA QUE LA AUTORIDAD RESPONSABLE FALLARA EN DETERMINADO SENTIDO Y, POSTERIORMENTE, SURGE UN CRITERIO QUE RESUELVE EN SENTIDO DIVERSO, ÉSTE NO DEBE APLICARSE AL REALIZARSE EL ESCRUTINIO CONSTITUCIONAL DE ESE NUEVO ACTO, PORQUE SE ATENTARÍA CONTRA LA FIRMEZA DE UNA EJECUTORIA QUE TIENE EL CARÁCTER DE COSA JUZGADA.
- 39 2008206, XXVII.3o.68 K, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 14, t. III, enero de 2015, p. 1947, JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. LA EMITIDA POR EL TRIBUNAL PLENO Y LAS SALAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN QUE FIJA EL CONTENIDO Y ALCANCE DE AQUÉLLOS, ES SUSCEPTIBLE DE PRODUCIR EFECTOS RETROACTIVOS, SI NO SE ESTÁ FRENTE A LA AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA (INTERPRETACIÓN CONFORME DEL ARTÍCULO 217, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY DE AMPARO).
- 40 237046, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, vol. 1, segunda parte, p. 47, JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE. OBLIGATORIEDAD DE APLICAR LA ACTUAL.
- 41 2013080, 2a./J. 128/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 36, t. II, noviembre de 2016, p. 1428, JURISPRUDENCIA. CONTENIDO Y ALCANCES DE LA EXPRESIÓN “PERSONA ALGUNA” PREVISTA EN EL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 217 DE LA LEY DE AMPARO.
- 42 2006558, II.1o.T. J/1, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 6, t. III, mayo de 2014, p. 1642, IRRETROACTIVIDAD DE LA JURISPRUDENCIA. SI LA AUTORIDAD RESPONSABLE AL RESOLVER LO HACE CON BASE EN UN CRITERIO JURISPRUDENCIAL QUE LE ERA OBLIGATORIO Y, POSTERIORMENTE, ÉSTE SE MODIFICA O SUSTITUYE, EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO, EN AMPARO DIRECTO, NO PUEDE APLICAR RETROACTIVAMENTE EL NUEVO

- CRITERIO EN PERJUICIO DE PERSONA ALGUNA (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 217, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY DE AMPARO, VIGENTE A PARTIR DEL 3 DE ABRIL DE 2013).
- 43 2008018, I.3o.C.54 K, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 12, t. IV, noviembre de 2014, p. 2995, JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO PUEDE CONSIDERARSE VIOLATORIA DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD, EN TANTO QUE EL HECHO A REGULAR O SITUACIÓN PROCESAL A RESOLVER SEA POSTERIOR A LA VIGENCIA DE LA LEY (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 217, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY DE AMPARO).
- 44 2008206, XXVII.3o.68 K, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 14, t. III, enero de 2015, p. 1947, JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. LA EMITIDA POR EL TRIBUNAL PLENO Y LAS SALAS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN QUE FIJA EL CONTENIDO Y ALCANCE DE AQUÉLLOS, ES SUSCEPTIBLE DE PRODUCIR EFECTOS RETROACTIVOS, SI NO SE ESTÁ FRENTE A LA AUTORIDAD DE LA COSA JUZGADA (INTERPRETACIÓN CONFORME DEL ARTÍCULO 217, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY DE AMPARO).
- 45 2013494, 2a./J. 199/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 38, t. I, enero de 2017, p. 464, JURISPRUDENCIA. ALCANCE DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE AQUÉLLA TUTELADO EN EL ARTÍCULO 217, PÁRRAFO ÚLTIMO, DE LA LEY DE AMPARO.
- 46 2011701, PC.IV.L. J/7 L, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 30, t. III, mayo de 2016, p. 2092, JURISPRUDENCIA 2a./J. 52/2014 (10a.). SU APLICACIÓN EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS PENDIENTES DE RESOLVER EN CUALQUIER SEDE NO CONSTITUYE, PER SE, UNA APLICACIÓN RETROACTIVA PROSCRITA POR EL ARTÍCULO 217 DE LA LEY DE AMPARO; y, 2011703, PC.IV.L. J/3 K, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 30, t. III, mayo de 2016, p. 2094 JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN RETROACTIVA.
- 47 Cómo señala Ricardo Guastini, “ahora bien: 1) llamo “disposición” a cada enunciado que forme parte de un documento normativo, es decir, a cada enunciado del discurso de las fuentes. 2) Llamo “norma” a cada enunciado que constituya el sentido o significado atribuido (por alguien) a una disposición (o a un fragmento de disposición, o a una combinación de disposiciones, o a una combinación de fragmento de disposiciones). En otros términos, se puede expresar así: la disposición es (parte de) un texto aún por interpretar, la norma es (parte de) un texto interpretado”, en Riccardo Guastini, *Disposición vs. Norma*, en *Disposición vs. Norma*, 133 (Susanna Pozzolo & Rafael Escudero eds., Palestra, 2011).
- 48 El Pleno de Circuito señala que “para que se genere la aplicación retroactiva de la jurisprudencia, debe existir una jurisprudencia anterior de la cual derive el derecho adquirido de manera previa a la aplicación de la nueva” en 2011703, PC.IV.L. J/3 K, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 30, t. III, mayo de 2016, p. 2094, JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN RETROACTIVA.
- 49 No obstante, el rompimiento de un paradigma es gradual y no impide que todavía se encuentren resoluciones actuales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con vestigios de ese positivismo prescriptivista del cual estábamos inmersos, véase como ejemplo Manuel Atienza, *La sentencia sobre el aborto de la Corte Suprema mexicana*.
- 50 Michael G. Núñez Torres, *Nuevas tendencias en el derecho constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones clásicas del Estado*, en *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, 161 (Pedro Torres Estrada comp., Limusa, 2006).

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

*Cómo citar este artículo:* Miguel de J. Neria Govea & Alonso Cavazos Guajardo Solis, *La retroactividad de la jurisprudencia. Análisis del caso mexicano con base en los formantes normativo y jurisprudencial*, 70 Vniversitas (2021), <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj70.rjac>