

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA EN LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 182/2014

En sesión de 16 de octubre de 2017, el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción de tesis suscitada entre el Segundo Tribunal Colegiado del Noveno Circuito y el Noveno Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, mismos que habían sostenido criterios discrepantes sobre la interpretación de la regla prevista en el último párrafo del artículo 217 de la Ley de Amparo, con motivo de la discusión en sendos juicios de amparo sobre la aplicabilidad de la tesis jurisprudencial de rubro **“AMPARO DIRECTO EN MATERIA MERCANTIL. EL AUTORIZADO POR LAS PARTES EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1069, PÁRRAFO TERCERO, DEL CÓDIGO DE COMERCIO, NO ESTÁ FACULTADO PARA PROMOVER AQUEL JUICIO A NOMBRE DE SU AUTORIZANTE”**.

Más allá de lo ocurrido con el criterio jurisprudencial en esos casos concretos, el tema de fondo que se aborda en la contradicción de tesis es de la máxima relevancia para el orden jurídico mexicano. Al respecto, es importante destacar que al establecer en el citado artículo 217 que “[l]a jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”, la Ley de Amparo ha dado un gran paso al reconocer la existencia de un *problema* —la aplicación de un criterio jurisprudencial a un caso concreto puede llegar a suponer efectos retroactivos de éste en perjuicio de una de las partes— que ha sido *negado* históricamente por la doctrina jurisprudencial de los tribunales del Poder Judicial de la Federación; y ha pasado *inadvertido* a la gran mayoría de los autores nacionales que se han ocupado de estudiar el tema de la jurisprudencia, a pesar de que se trata de un problema claramente identificado en el derecho comparado que ha suscitado discusiones de gran calado en muchos países.

Ahora bien, aunque coincido con la mayoría en el sentido de que en los casos analizados la aplicación del criterio jurisprudencial no supuso una aplicación retroactiva en perjuicio de persona alguna, mi desacuerdo con las razones que sustentan la tesis jurisprudencial **“JURISPRUDENCIA. NO SE ACTUALIZAN EFECTOS RETROACTIVOS RESPECTO DE LA TESIS 1a./J. 97/2013 (10a.) EMITIDA POR LA PRIMERA SALA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, AL NO EXISTIR UNA JURISPRUDENCIA PREVIA”** me obliga no sólo a apartarme de las consideraciones de la sentencia, sino también a votar en contra del sentido de la resolución.

Por lo demás, advierto también una discrepancia *metodológica* con la posición mayoritaria que me gustaría explicitar. Aunque estoy convencido de que la interpretación del artículo 217 de la Ley de Amparo es una cuestión que esta Suprema Corte deberá de ir afinando a la luz de *cada caso concreto* que llegue a nuestro conocimiento, me parece que abordar este tema en una vía como la contradicción de tesis —a diferencia de lo que ocurriría en amparo directo o en amparo directo en revisión— no exigía determinar si en los casos concretos que conocieron los Tribunales Colegiados había existido una aplicación retroactiva en perjuicio del criterio jurisprudencial, sino simplemente realizar una interpretación del artículo 217 de la Ley de Amparo para clarificar cuándo existe “aplicación retroactiva” de un criterio jurisprudencial y en qué condiciones se actualiza un “perjuicio”.

La posición de la mayoría de los miembros de este Alto Tribunal consistió en considerar que en el escenario fáctico analizado *no se actualizaba* una “aplicación retroactiva en perjuicio” de la citada jurisprudencia por dos razones: (i) al momento en el que cobraba aplicación el citado criterio jurisprudencial antes citado —al momento

en el que los quejosos interpusieron el juicio de amparo— en realidad no existía una *jurisprudencia previa* que haya sido aplicada y que, por tanto, hubiera regido la conducta procesal de las partes; y (ii) el hecho de que en un juicio de amparo directo en un primer momento el Presidente de un Tribunal Colegiado *admita* la demanda promovida por el autorizado en términos del párrafo tercero del artículo 1069 del Código de Comercio no quiere decir que esta cuestión se haya resuelto de manera definitiva, de tal manera que el tema se encontraba *sub judice*.

Aunque en la sentencia no se señala expresamente, desde mi punto de vista, el primero de los criterios sirve para clarificar una condición indispensable para que exista una aplicación “retroactiva” de una jurisprudencia; mientras que el segundo aclara un supuesto en el que no existe una aplicación retroactiva de un criterio jurisprudencial en “perjuicio” de una persona.

En este orden de ideas, a continuación desarrollaré las razones por las cuales estoy en contra los criterios de la mayoría para determinar si existe aplicación *retroactiva* de una jurisprudencia en *perjuicio* de algunas de las partes en un juicio. Para ello, expondré de forma separada los dos elementos del problema que nos ocupa. En primer lugar, propondré una manera de interpretar el concepto de “aplicación retroactiva” de un criterio jurisprudencial; y en segundo lugar, desarrollaré algunos elementos que se deben tomar en cuenta para determinar si la aplicación de un criterio jurisprudencial “perjudica” a una de las partes de un juicio.

I. La aplicación “retroactiva” de un criterio jurisprudencial

Como se ha venido señalando, el último párrafo del artículo 217 de la Ley de Amparo establece que “[l]a jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”. Así, esta porción del precepto reconoce la posibilidad de que la jurisprudencia tenga un “efecto retroactivo”. La primera cuestión interpretativa que surge es qué debemos entender por “efecto retroactivo”. Al respecto, hay que recordar que el artículo 14 constitucional establece que “[a] ninguna ley se dará *efecto retroactivo* en perjuicio de persona alguna”. Esta disposición tradicionalmente ha sido interpretada en el sentido de que prohíbe que las leyes incidan jurídicamente sobre hechos que surgieron con anterioridad a su entrada en vigor en perjuicio de alguna persona.

Con todo, la cuestión es más problemática cuando pretendemos aplicar el calificativo de “retroactivo” no a una disposición normativa, sino a la *interpretación* de una fuente normativa —típicamente la ley— que hacen los tribunales y que ha sido recogida en la jurisprudencia. Después de todo, aunque la interpretación de una ley cambie y se pretenda aplicar a una situación surgida con anterioridad a esa modificación, el texto de la ley es *el mismo antes y después* del cambio. En realidad, la respuesta a este problema depende en buena medida del entendimiento que tengamos sobre la labor judicial y su relación con las fuentes normativas producidas por el legislador.

Al respecto, la denominada “teoría declarativa” defiende la idea de que el derecho aplicado a los casos siempre es *prexistente*, de tal manera que el juez sólo tiene que *descubrir* su contenido y aplicarlo.¹

¹ Orozco Muñoz, Martín, *La creación judicial del derecho y el precedente vinculante*, Cizur Menor, Aranzadi/Tomson Reuters, 2011, p.

Desde esta perspectiva, en los supuestos de cambio de un criterio interpretativo en realidad no existe ninguna modificación en el derecho, sino únicamente la corrección de un “error” en la interpretación de un texto normativo. Para los partidarios de esta teoría, la modificación del derecho que se produce a través del *overruling* de un precedente “no implica en realidad que el derecho haya cambiado, sino que el derecho siempre ha sido el mismo tal como fue expuesto en la criterio posterior, de tal manera que el criterio anterior no era ni nunca fue conforme a derecho, lo que justifica por esa misma razón que sea revocado”.²

En consecuencia, para los partidarios de la “teoría declarativa” no puede existir aplicación retroactiva de la jurisprudencia o de un precedente —en los sucesivos utilizaré estas expresiones de manera intercambiable— porque ésta se limita a declarar el derecho y la fuente normativa de la que parte la interpretación permanece sin modificación.

Como puede observarse, la imagen del derecho y de la función judicial que nos presenta la “teoría declarativa” es consistente con posiciones teóricas ampliamente superadas, como el formalismo jurídico.³ De acuerdo con esta manera de entender el derecho, el ordenamiento jurídico es un sistema coherente y completo de normas que contempla todas las soluciones a los casos imaginables. Así, la función del juez consistiría simplemente en desplegar una actividad “cognoscitiva” que lo conducirá simplemente a *declarar* el contenido del derecho vigente.

² La cita es una traducción libre de una famosa frase del juez de la Suprema Corte norteamericana Samuel Freeman Miller, recogida en su voto particular a la sentencia del caso *Gelpcke v. City of Dubuque*, 68 U.S. 175 (1863).

³ Nino, Carlos Santiago, *Introducción al análisis del derecho*, 11ª ed., Barcelona, Ariel, 2003, p. 36

De esta manera, si la “teoría declarativa” está anclada en una imagen del derecho y de la función judicial sumamente pobre, que no se corresponde con la realidad de nuestros ordenamientos ni con la manera en la que los jueces actúan, parece que lo más lógico es adoptar una posición que reconstruya de mejor manera ambas cosas y, en esa medida, permita visibilizar algunos problemas que de otra manera permanecerían inadvertidos, como ocurre con la aplicación retroactiva de la jurisprudencia o de los precedentes judiciales.

Esa propuesta alternativa es identificada en la literatura especializada como la “teoría creativa” de la función judicial.⁴ Más cercana al *realismo*, esta postura reconoce que a través de sus interpretaciones de las fuentes del derecho los jueces desempeñan un papel muy importante en los procesos de “creación” del derecho. Así, desde esta aproximación se critica el planteamiento de la “teoría declarativa” porque presenta una imagen distorsionada de la realidad que sólo contribuye a oscurecer aspectos cruciales de la actividad judicial.

Con todo, es importante aclarar *en qué sentido* se puede decir que “los jueces crean derecho” y en *qué se diferencia* esa labor creativa de la que desempeña el legislador cuando aprueba textos normativos revestidos de autoridad con la finalidad de guiar la conducta de las personas. Para este propósito, puede recurrirse a categorías conceptuales que esta Suprema Corte ya ha utilizado en algunos otros asuntos, como la distinción entre “disposición” y “norma”.⁵

⁴ Orozco Muñoz, *op. cit.*, p. 74.

⁵ Al respecto, véase por ejemplo la sentencia de la **contradicción de tesis 293/2011**, resuelta el día 3 de septiembre de 2013.

De acuerdo con esta distinción,⁶ el término “disposición” hace referencia al *texto* de una determinada porción de una fuente normativa (un artículo, una fracción, etcétera); mientras que en este contexto la idea de “norma” alude más bien al *significado* que se le atribuye al texto la fuente del derecho. En este sentido, la jurisprudencia sería una *norma* porque en ella se recoge el *significado* que los tribunales dan a los textos de las fuentes normativas a través de la actividad interpretativa que despliegan en sus sentencias.⁷ El carácter “creativo” de la jurisprudencia resulta más evidente cuando el *resultado* de esa atribución de significado a un texto normativo no se cristaliza en una interpretación *literal*, sino en interpretaciones correctoras de los textos, como son la interpretación *restrictiva* o la interpretación *extensiva*.⁸

Si ello es así, también pueden predicarse de la jurisprudencia atributos que son propios de los textos de las fuentes normativas, como la generalidad y la abstracción. En cambio, la obligatoriedad dependerá de que el sistema jurídico en cuestión determine que este atributo también deba extenderse a la atribución de significado a los textos normativos realizada por de los tribunales y qué condiciones deben cumplirse para ello.

⁶ Se trata de una importante distinción bastante extendida tanto en la teoría del derecho, como en la dogmática constitucional y la jurisprudencia constitucional comparada. Por todos, véase Pozzolo, Susana, y Escudero, Rafael (eds.), *Disposición vs. Norma*, Lima, Palestra, 2011; y Díaz Revorio, Francisco Javier, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Valladolid, Lexnova, 2001, págs. 35-37.

⁷ Una muestra de que no resulta descabellado entender que la jurisprudencia es una norma está en el hecho de que el Pleno ya ha abordado el tema de si la jurisprudencia de la Suprema Corte puede “desaplicarse” en un caso concreto, y ahora se discute la “prohibición de efectos retroactivos” establecidos en la Ley de Amparo. En ambos casos se trata de maniobras que los juristas realizan en relación con normas.

⁸ Guastini, Riccardo, *Interpretar y argumentar*, Madrid, CEPC, pp. 109-112.

En el caso mexicano, la jurisprudencia recoge primordialmente el significado que los órganos del Poder Judicial de la Federación autorizados por la Ley de Amparo (Pleno y Salas de la Suprema Corte, Plenos de Circuito y Tribunales Colegiados) atribuyen a los textos de las fuentes normativas del orden jurídico mexicano, a través de la interpretación que realizan en el marco de los *procedimientos* establecidos para ese efecto (reiteración de un precedente, contradicción de tesis y sustitución de jurisprudencia), significado que resulta *obligatorio* para los órganos jurisdiccionales del país, en términos del citado artículo 217 de la Ley de Amparo. Por lo demás, la forma en la que opera la jurisprudencia en nuestro sistema tiene algunas particularidades, como el hecho de que está recogida en “tesis jurisprudenciales”, las cuales se caracterizan por estar desvinculadas de los hechos y por tener un proceso de autenticación independiente del precedente judicial propiamente dicho.⁹

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, si entendemos a la jurisprudencia como una norma y disociamos los textos de las fuentes del derecho —los materiales de los que parte el intérprete— de los significados que se atribuyen a éstos a través de la interpretación, podemos apreciar que la aplicación *retroactiva* de la jurisprudencia es un fenómeno que puede ocurrir en la realidad.

⁹ En el derecho comparado no existen muchos sistemas de precedentes parecidos a nuestro sistema de “tesis”. Con todo, las “massime” de la Corte de Casación italiana y las “súmulas vinculantes” del Tribunal Supremo Federal brasileño son figuras que operan con una lógica parecida a nuestras “tesis”, al estar desvinculadas de los casos concretos y tener un proceso de validación formal a cargo de un órgano especializado. Sobre cada uno de estos sistemas, véanse respectivamente Taruffo, Michele, y La Torre, Massimo, “Precedent in Italy”, en Neil MacCormick y Robert S. Summers (eds.), *Interpreting Precedents: A Comparative Study*, Nueva York, Routledge, 2016, pp. 148-149; y Marinoni, Luiz Guilherme, *Precedentes obligatorios*, Lima, Palestra, 2013, pp. 251-253.

En este orden de ideas, desde mi punto de vista existe “aplicación retroactiva” cuando un criterio jurisprudencial se aplique bien a unos *hechos* que surgieron en el momento en el que estaba vigente un criterio interpretativo distinto o bien a una *situación procesal* decidida no de manera definitiva con un criterio interpretativo distinto. De esta manera, la aplicación retroactiva puede afectar hechos o situaciones procesales que no han sido decididas de manera definitiva.

Ahora bien, contrariamente a lo que sostiene la posición mayoritaria de los miembros de este Alto Tribunal, esta manera de entender la aplicación “retroactiva” de una jurisprudencia *no exige* la existencia de una jurisprudencia “previa”, puesto que basta que los hechos y/o la situación procesal hayan estado regidos por un criterio interpretativo distinto. En consecuencia, tampoco es necesario que el criterio jurisprudencial que se aplica retroactivamente sea propiamente “nuevo”, ya que es suficiente que, con *posterioridad* a la ocurrencia de los hechos o a la actualización de la situación procesal, se haya integrado un criterio obligatorio en los términos de la Ley de Amparo.

De igual forma, me parece que tampoco podría sostenerse que el criterio interpretativo previo debió ser *aplicado* por algún órgano jurisdiccional durante la cadena procesal para que se actualice un problema de “aplicación retroactiva” de jurisprudencia. Desde mi punto de vista, no es necesario que un criterio interpretativo ampliamente aceptado o conocido tenga que ser aplicado por un órgano jurisdiccional para que pueda considerarse que orientó la conducta de los destinatarios del texto normativo interpretado con ese criterio.

Así, en mi opinión el texto del último párrafo del artículo 217 de la Ley de Amparo admite esta interpretación del concepto de “aplicación

retroactiva” de la jurisprudencia: no se requiere la existencia de una jurisprudencia previa, pues basta con la existencia de un criterio interpretativo distinto al de la jurisprudencia; ni se requiere tampoco que el criterio interpretativo anterior haya sido aplicado por un órgano jurisdiccional en algún momento de la secuela procesal.

Por lo demás, pueden identificarse varias situaciones que justifican adoptar una postura interpretativa como ésta. Por ejemplo, piénsese en un caso en el que en una comunidad exista una interpretación *pacífica* de un texto —ya sea literal, extensiva o restrictiva—, de tal manera que los destinatarios del texto normativo asumen con confianza que su caso se resolverá con la interpretación que hasta ese momento resulta pacífica. Supongamos ahora que en un *momento posterior* se emite una jurisprudencia que le atribuye al texto normativo en cuestión un *significado distinto* al que pacíficamente le reconocía la comunidad en cuestión. ¿Podríamos negar que en un caso como éste existe una aplicación retroactiva de dicho criterio jurisprudencial? Desde mi punto de vista, difícilmente.

Por otro lado, también hay que tener presente lo que ocurre con las “tesis aisladas”. Aunque no son criterios obligatorios en un sentido fuerte, en muchas ocasiones funcionan como criterios altamente persuasivos para los jueces y tribunales del país, especialmente cuando han sido emitidas por esta Suprema Corte. En estos casos puede ser razonable que el destinatario de la norma—sobre una cuestión sustantiva o procesal— haya guiado su conducta por la “tesis aislada”. De esta manera, podría haber casos en los que el criterio interpretativo contenido en una “tesis aislada” también merezca ser protegido ante un eventual cambio de criterio en aras de la protección de la seguridad jurídica de los justiciables.

Finalmente, por las mismas razones, considero que el último párrafo del artículo 217 de la Ley de Amparo también debe interpretarse de tal manera que *no exija* que el criterio interpretativo recogido en una tesis jurisprudencial deba provenir del *mismo órgano jurisdiccional* que emitió el criterio interpretativo anterior, ni menos aún que el cambio de criterio deba ocurrir por virtud del *mecanismo formal* de sustitución de jurisprudencia previsto en la Ley de Amparo, como parece desprenderse de la posición mayoritaria expresada en la sentencia (párrafo 81).

En este sentido, por ejemplo, es perfectamente posible que el criterio interpretativo pacífico haya sido asumido en la práctica por un Tribunal Colegiado —o un conjunto de ellos— o que esté recogido en una “tesis aislada” también de un Tribunal Colegiado, mientras que la jurisprudencia haya sido generada por la Suprema Corte, ya sea actuando en Pleno o en Salas. Como se puede observar, esta situación difícilmente modificaría la conclusión antes alcanzada, pues los destinatarios de la norma habrían regido su conducta por el criterio interpretativo de un Tribunal Colegiado.

II. La aplicación en “perjuicio” de un criterio jurisprudencial

Aunque no se señala expresamente en la sentencia, considero que la posición mayoritaria asume un criterio para determinar cuándo se actualiza una aplicación retroactiva de una jurisprudencia en “perjuicio” de una persona. Desde mi punto de vista, se trata de un criterio negativo, en la medida en que clarifica un supuesto —relacionado con los casos concretos que dieron lugar a la contradicción de tesis— en el que *no se actualiza* perjuicio alguno: cuando el tema al que se le aplica retroactivamente la jurisprudencia se encontraba *sub judice*.

Como ya señalé, no comparto que este criterio deba ser utilizado para identificar las situaciones —al menos algunas de ellas— en las que la aplicación retroactiva de la jurisprudencia se traduce en un perjuicio prohibido por el último párrafo del artículo 217 de la Ley de Amparo. Con todo, antes de desarrollar mi posición sobre el tema de la actualización del “perjuicio”, me parece importante señalar una inconsistencia que advierto en el razonamiento de la sentencia en relación con el criterio que se propone sobre este tema.

En efecto, respecto del requisito de la existencia de una jurisprudencia previa, la sentencia señala que “una nueva jurisprudencia que sustituye a otra no puede ser aplicada en aquellos casos en los cuales *la jurisprudencia sustituida* haya surtido sus efectos dentro de un juicio”, de tal manera que ésta “*no puede ser desconocida* si con base en ella alguna de las partes adecuó su conducta procesal a la hipótesis que preveía dicha jurisprudencia” (párrafo 83), puesto que “*un criterio jurisprudencial que ya ha sido aplicado o se ha actualizado no le podrá ser modificado durante toda la secuela procesal*” (énfasis añadido, párrafo 84).

No obstante, la sentencia posteriormente abre la posibilidad de que ocurra esta modificación al señalar que no habrá aplicación retroactiva en *perjuicio* cuando la determinación en la que se aplicó la jurisprudencia previa se encuentre *sub judice*, toda vez que en ese escenario “no se genera un perjuicio al justiciable cuando el juzgador aplica la jurisprudencia vigente al momento de emitir su resolución a hechos pasados dentro de una secuela procesal” porque no existe “una determinación jurisdiccional previa dentro del proceso *que no pueda ser revisada* por resultarle vinculante” (énfasis añadido, párrafo 91).

Como puede observarse, la sentencia es contradictoria porque primero señala que si en una decisión se aplicó un criterio jurisprudencial, ésta no puede ser revocada durante la cadena procesal con apoyo en un criterio jurisprudencial; y posteriormente reconoce implícitamente que sí puede ocurrir esta situación cuando se modifica una determinación que se encuentra *sub judice*, pero entiende que en ese escenario “no se genera un *perjuicio* al justiciable” (énfasis añadido, párrafo 91).

Con independencia de esta crítica, me parece que el criterio que propone la sentencia no es adecuado por varias razones. La principal es que descartar la existencia de un perjuicio por el hecho de que el tema al que se aplicó retroactivamente la jurisprudencia se encuentra *sub judice* reduce excesivamente los casos en los que una persona puede dolerse de haber sufrido un perjuicio retroactivamente: básicamente a aquellos supuestos en los que existiendo *cosa juzgada* —sólo en ese escenario el tema no se encontraría *sub judice*— se pretenda aplicar una jurisprudencia retroactivamente a hechos o situaciones procesales.

Para poder bosquejar una solución alternativa a la propuesta por la mayoría, me parece importante hacer algunas consideraciones. En primer lugar, debemos partir de reconocer expresamente el *efecto retroactivo* que ocurre cuando una norma jurídica *creada* en una jurisprudencia (entendida como el significado atribuido a un texto normativo) se aparta de un criterio interpretativo anterior y un tribunal aplica esa norma jurisprudencial a un caso surgido con anterioridad al cambio. En este sentido, si acudimos al derecho comparado pueden identificarse al menos dos sistemas pensados para enfrentar ese problema con esquemas normativos y consecuencias muy distintos.

En un “sistema retroactivo puro” el nuevo criterio jurisprudencial debe aplicarse a *cualquier asunto* que tenga que ser resuelto, sin importar que los hechos del caso o las decisiones procesales sean anteriores al cambio jurisprudencial.¹⁰ A diferencia de la postura que defienden los partidarios de la “teoría declarativa”, la lógica de este sistema no es negar el efecto retroactivo, sino reconocer explícitamente que la *mejor solución* a este problema es asumir que en todos los casos se debe aplicar retroactivamente la norma creada jurisprudencialmente, a pesar incluso de las consecuencias negativas para la operatividad del orden jurídico que en algunos caso pueda tener los efectos retroactivos. Por lo demás, en términos generales este tipo de sistema es el que suele operar en el derecho comparado cuando se trata de criterios jurisprudenciales que interpretan la Constitución o declaran la inconstitucionalidad de una norma.

En cambio, en un “sistema prospectivo” el caso que se está enjuiciando se resolvería con el criterio interpretativo anterior, al

¹⁰ Orozco Muñoz, *op. cit.*, p. 248.

tiempo que en la sentencia se anuncia la creación de un nuevo criterio jurisprudencial que sólo será aplicable en casos posteriores con distintas modalidades, por ejemplo, a cualquier caso que se falle posteriormente a la creación del nuevo criterio o sólo a hechos o decisiones procesales que surjan con posterioridad a la creación del nuevo criterio.¹¹

En este orden de ideas, no hay que perder de vista que ninguna de estas dos técnicas pensadas para enfrentar el problema de la retroactividad de la jurisprudencia suele operar de manera *generalizada* en un ordenamiento jurídico.¹² Más bien es una cuestión que grado, que depende de la materia, el área del derecho o de las características propias cada sistema jurídico. Así, una forma entender el problema que plantea la interpretación del último párrafo del artículo 217 de la Ley de Amparo, consiste precisamente en que se requiere determinar en qué condiciones cobra aplicabilidad la prohibición de un “sistema retrospectivo puro” que se desprende del texto de la citada disposición normativa, cuando establece que “[l]a jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

Al respecto, cabe recordar que la Segunda Sala de esta Suprema Corte había anunciado un criterio sobre la actualización de un “perjuicio” en supuestos de aplicación retroactiva de la jurisprudencia que valdría la pena explorar con mayor profundidad porque podría servir para trazar la delimitación antes señalada. En efecto, al resolver el **amparo directo en revisión 5157/2014**,¹³ la Segunda Sala señaló que existen efectos retroactivos en *perjuicio*

¹¹ *Ídem.*

¹² *Ídem.*

¹³ Sentencia de 24 de junio de 2015, resuelta por unanimidad de cinco votos de los señores Ministros Eduardo Medina Mora I., Juan N. Silva Meza, José Fernando Franco González Salas, Margarita Beatriz Luna Ramos y Presidente Alberto Pérez Dayán (ponente).

cuando “la aplicación de ese nuevo criterio jurisprudencial conlleve una *afectación directa en la seguridad jurídica* de los justiciables” (énfasis añadido).

Sin pretender establecer una respuesta acabada sobre este tema, puesto que me parece que se trata de una cuestión doctrinal que amerita una cuidadosa reflexión de Suprema Corte que sólo se podrá dar en la medida en la que se examinen casos concretos que planteen una diversidad de escenarios, me parece importante apuntar al menos algunas ideas al respecto.

Aunque comparto la intuición que está detrás del criterio de la Segunda Sala para considerar que se actualiza una aplicación retroactiva de jurisprudencia en perjuicio de alguien, me parece que habría elaborar con más detalle al concepto de “afectación directa en la seguridad jurídica de los justiciables”. En este sentido, por ejemplo, me parece muy discutible que pueda considerarse que hay afectación a la seguridad jurídica algunos escenarios.

En primer lugar, cuando la jurisprudencia que se pretende aplicar retroactivamente a favor de una persona no supone una *afectación procesal directa* a su contraparte, sino sólo una afectación indirecta derivada del hecho de que la utilización de un criterio interpretativo distinto al recogido en la jurisprudencia contribuyó a que obtuviera un fallo favorable. Por lo demás, tampoco debe perderse de vista que la seguridad jurídica tiene una *dimensión colectiva* que debería servirnos como parámetro identificar afectaciones reales a la seguridad jurídica.

En ese sentido, me parece que debe quedar muy claro el hecho de que la aplicación retroactiva del criterio jurisprudencial afecte

materialmente a una de las partes —por ejemplo, porque había vencido a su contraparte en alguna etapa procesal o tenía la expectativa de ganar con el otro criterio interpretativo— no actualiza por sí mismo una afectación a la seguridad jurídica de los justiciables. En todo caso, lo que hay que evaluar *en cada caso* es qué tipo de intereses estaban protegidos el criterio interpretativo anterior y la consecuente expectativa de que éste se utilice para resolver el asunto.

En segundo lugar, también me parece muy discutible que exista una “afectación directa en la seguridad jurídica de los justiciables” cuando la jurisprudencia que se pretende aplicar retroactivamente desarrolla el contenido de un derecho fundamental. Más allá del hecho de que términos generales puede decirse que la respuesta estándar de los ordenamientos jurídicos suele ser que la jurisprudencia constitucional se aplique retroactivamente, incluso a pesar de que con ello perjudique a alguna de las partes. Y finalmente, por razones muy similares, podría decirse lo mismo del supuesto en la jurisprudencia que se pretende aplicar retroactivamente declara la inconstitucionalidad de una norma.

Por las razones expuestas, reitero mi discrepancia con la mayoría de mis compañeros Ministros, toda vez que no coincido con el criterio de que la actualización de un problema de retroactividad de jurisprudencia en perjuicio de una persona alguna dependa de las razones que se ofrecen en la sentencia.

MINISTRO

ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

ABZ/RLA