

**VOTO CONCURRENTENTE QUE FORMULA EL
MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE
LARREA EN LA CONTRADICCIÓN DE TESIS
299/2013**

Al resolver la contradicción de tesis señalada al rubro, el Pleno de esta Suprema Corte determinó por mayoría de siete votos que la jurisprudencia de este Alto Tribunal Nación no es susceptible de someterse a control de constitucionalidad y/o convencionalidad por órganos jurisdiccionales de menor jerarquía, criterio que comparto plenamente. No obstante, a pesar de que en términos generales también comparto en su mayoría las consideraciones que sustentan el sentido de la resolución, formulo el presente voto porque me parece que en la sentencia se pudo haber abundado en algunas explicaciones y distinciones que hubieran ayudado a hacer más robusta la argumentación que sustenta el sentido de la presente resolución. En este orden de ideas, a continuación presento respetuosamente algunas consideraciones en la línea de lo antes expuesto.

1. “Disposición” y “norma”

Si bien en la sentencia se sostiene que “la jurisprudencia obligatoria es, en relación con los órganos a los que obliga, de naturaleza similar a las normas jurídicas, es decir, de observancia general” (página 29), me parece que para explicar *qué* es la jurisprudencia de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación hubiera sido conveniente retomar la distinción entre “disposición” y “norma” utilizada por el Pleno en la **contradicción de tesis 293/2011**. En dicha sentencia esa distinción se utilizó para clarificar la idea de que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una *extensión* de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por lo demás, cabe destacar que se trata de una distinción conceptual muy utilizada tanto en la teoría del

derecho como en la práctica de algunos Tribunales Constitucionales.¹

De acuerdo con esta distinción, la “disposición” alude al *texto* de un determinado ordenamiento (constitución, ley, reglamento, etc.), mientras que la “norma” hace referencia al *significado* que se le atribuye a ese texto. En este sentido, puede decirse que la jurisprudencia sería una norma porque *atribuye significados a textos normativos* a través de la actividad interpretativa que despliegan los tribunales. Evidentemente, el resultado de la atribución de significado a un texto normativo puede ser una interpretación *literal*, una interpretación *restrictiva* o una interpretación *extensiva* del texto.

Si ello es así, en mi opinión también pueden predicarse de la jurisprudencia características que son propias de los textos normativos, como su *generalidad* y *abstracción*. En el caso de la *obligatoriedad*, en cambio, ello dependerá de que el sistema jurídico en cuestión determine si esta característica también debe extenderse a la atribución de significado a los textos normativos realizada por los tribunales y en qué condiciones debe considerarse obligatoria.

En el derecho mexicano, la jurisprudencia es 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 normativos 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*

¹ Como se señaló en esa oportunidad, 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, pp. 35-37.

VOTO CONCURRENTES EN LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 299/2013.

para los órganos jurisdiccionales del país, en términos del artículo 217 de la propia Ley de Amparo.

Por lo demás, una muestra de que no resulta descabellado entender que la jurisprudencia es una norma está en el hecho de que la presente contradicción consiste en determinar si la jurisprudencia de la Suprema Corte puede desaplicarse en un caso concreto. Como se expondrá más adelante, la “aplicación” o “desaplicación” son maniobras que los juristas realizan en relación con normas.

2. “Desaplicación” e “inaplicabilidad”

Un segundo punto de desacuerdo estriba en que en la resolución se asume la distinción entre “desaplicación” e “inaplicabilidad” de una norma sin explicar suficientemente en qué consiste cada una de estas maniobras. Si bien ambas operaciones tienen en común el hecho de que una *norma no es aplicada*, las razones que justifican esta situación son muy distintas en uno y otro caso.

Desde el punto de vista teórico, una norma es aplicable cuando se actualizan sus condiciones de aplicación.² Así, para que una norma se “desaplique” debe en primer lugar ser aplicable. O dicho de otra manera, la desaplicación es una maniobra que *presupone la aplicabilidad* de la norma, toda vez que no se puede desaplicar una norma que no fuera aplicable a un caso.

Un ejemplo puede aclarar este argumento. Si se sostiene ante un juez penal que el delito de contrabando presunto viola la

² Si se describe la norma **N** se describe en términos condicionales, si **S** entonces **P**, puede decirse que la norma **N** es aplicable y, en consecuencia, se desencadenará la consecuencia normativa **P**, cuando ocurra **S**.

presunción de inocencia, éste sólo puede declarar que es inconstitucional y, en consecuencia, desaplicar la norma penal, si efectivamente se realizó la conducta descrita en la norma. Por el contrario, si la conducta que se llevó a cabo es la descrita en el tipo penal de robo, es evidente que el juez no podrá desaplicar la norma que establece el delito de contrabando presunto aunque sea inconstitucional, puesto que ésta no es aplicable al caso concreto. Así, la desaplicación consiste en *no aplicar* una norma aplicable por considerar que ésta es *inválida* porque vulnera lo dispuesto alguna norma constitucional.

En esta línea, sostener que una norma es “inaplicable” o que “no es aplicable” significa que en un caso concreto *no se actualizan* las condiciones de aplicación de esa norma. Siguiendo con el mismo ejemplo, para el juez penal la norma que establece el delito de contrabando presunto no es aplicable porque se realizó la conducta prevista en el delito de robo. De esta manera, en el ejemplo la norma no se aplica precisamente porque no se surten las condiciones de aplicación de la misma.

Como señalé anteriormente, en este caso mi desacuerdo estriba exclusivamente en que en la sentencia se asume la distinción entre “desaplicación” e “inaplicabilidad” sin que se clarifique en qué consiste cada una de estas maniobras. Ahora bien, a continuación presento con algún detalle la forma en la que se conectan

3. Tipos de jurisprudencia

Si bien la sentencia recoge la distinción entre los tipos de jurisprudencia que existen en función de los textos a los que se les atribuye significado —legalidad, constitucional y sobre constitucionalidad de normas generales—, me parece que no se

VOTO CONCURRENTENTE EN LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 299/2013.

explica suficientemente la manera en la que se conecta esta distinción con las otras distinciones a las que he hecho referencia en el presente voto. A continuación me ocupo de abundar en este aspecto.

A) Jurisprudencia de legalidad

La jurisprudencia de legalidad sería aquella en la que se establece el significado de las normas de rango infraconstitucional (leyes, reglamentos, normas oficiales, etc.). En este sentido, cuando lo que se plantea es que una norma legal, tal y como se interpreta en una jurisprudencia, vulnera un derecho fundamental, los jueces no deberían aplicar dicha jurisprudencia para resolver ese caso precisamente porque *no es aplicable*, ya que en ella no se aborda el problema de constitucionalidad que se está planteando.

En efecto, si lo que se argumenta es la inconstitucionalidad de una norma legal, la jurisprudencia que simplemente establece la forma en la que ésta debe interpretarse *no es aplicable* al caso concreto porque no resuelve la cuestión planteada. Así, parece evidente que una jurisprudencia de legalidad no puede dar respuesta a un planteamiento de constitucionalidad.

De igual forma, en los casos en los que un juez ha aplicado una jurisprudencia de legalidad y en el juicio de amparo se plantea la inconstitucionalidad de dicha jurisprudencia, me parece que sería perfectamente posible analizar en esa vía dicho planteamiento, toda vez que el quejoso se duele de la inconstitucionalidad de la interpretación que la Suprema Corte realizó de la norma legal y ése es un problema del que no se ocupó la jurisprudencia. Una cuestión distinta es si es la propia Suprema Corte la que debería conocer de

ese juicio de amparo o del recurso correspondiente a través de la facultad de atracción.

Por lo demás, en el caso de muchas jurisprudencias de legalidad surgidas en el marco del anterior paradigma constitucional sería explicable que la Suprema Corte no se haya ocupado de los posibles problemas de constitucionalidad de la norma interpretada, ya sea porque se trate de un pronunciamiento realizado en una contradicción de tesis en el que no se haya advertido el problema de constitucionalidad en cuestión o en algún amparo regido por el principio de estricta legalidad donde el quejoso no haya planteado ese argumento de constitucionalidad, de tal manera que en esos supuestos no era posible que la Suprema Corte introdujera ese tema en su análisis de legalidad.

En general, puede decirse que la no aplicación de una jurisprudencia es una operación que practican constantemente los tribunales ordinarios y federales cuando sostienen que la jurisprudencia en cuestión no resuelve el caso o problema sometido a su jurisdicción. De esta manera, me parece que resulta perfectamente admisible la idea de que las autoridades jurisdiccionales “no apliquen” una jurisprudencia de legalidad de la Suprema Corte, y a mayoría de razón de tribunales colegiados, siempre que del análisis de las tesis o las ejecutorias respectivas se advierta que no se estudió la norma legal a la luz del derecho fundamental cuya violación se aduce.

B. Jurisprudencia constitucional y de constitucionalidad

El caso de la jurisprudencia de constitucionalidad y la jurisprudencia sobre constitucionalidad de normas generales es distinto. Este tipo de jurisprudencias tienen en común que en ellas se establece el significado de los derechos humanos u otras normas

VOTO CONCURRENTES EN LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 299/2013.

constitucionales. En principio, cuando un juez se enfrenta al problema de establecer el alcance de un derecho fundamental para resolver un problema de constitucionalidad, ya sea de una norma general o de un acto de aplicación, *está obligado* a utilizar la jurisprudencia de constitucionalidad de la Suprema Corte que sea *aplicable* al caso concreto.

En efecto, tanto la jurisprudencia sobre constitucionalidad de normas como la jurisprudencia constitucional deben ser respetadas por todos los órganos jurisdiccionales del país en atención al principio de jerarquía. En este sentido, sostener lo contrario pondría en riesgo todo nuestro sistema de precedentes y generaría incertidumbre jurídica para los operadores jurídicos y las personas en general. Así, me parece muy claro que los jueces “no pueden desaplicar” la jurisprudencia constitucional ni la jurisprudencia sobre constitucionalidad de normas.

Al respecto, es importante advertir que cualquier sistema de precedentes se estructura en torno al principio de jerarquía, de tal manera que no es ninguna excentricidad sostener que los precedentes de los superiores jerárquicos deben ser acatados por los inferiores cuando resultan aplicables a los casos concretos. Ahora bien, partiendo de esta premisa, también hay que distinguir dos situaciones en las que está justificado “no aplicar” este tipo de jurisprudencias.

(a) Inaplicabilidad de la jurisprudencia sobre constitucionalidad de normas

Un primer supuesto en el que es válido “no aplicar” este tipo de jurisprudencia es en aquellas situaciones en las que éstas *no son aplicables* al caso concreto: por ejemplo, cuando en la

jurisprudencia se analiza la constitucionalidad de una norma general a la luz de un derecho distinto al que se aduce como violado en el caso concreto. Si bien es cierto que en la sentencia se reconoce este supuesto de “no aplicación” de la jurisprudencia (página 25), considero que también debió reconocerse otras dos situaciones en las que está justificado llevar a cabo esta maniobra.

(b) Superación y pérdida de vigencia de la jurisprudencia

Otro supuesto donde los jueces estarían legitimados a “no aplicar” una jurisprudencia de constitucionalidad es cuando la jurisprudencia haya sido *superada* o haya perdido *vigencia*. La superación de la jurisprudencia (*overruling*, en la teoría del precedente) ocurre cuando una sentencia posterior de la Suprema Corte ha variado los alcances del derecho fundamental, de tal manera que puede afirmarse el derecho tiene ahora un *contenido diferente*, ya sea más amplio o más restrictivo, el cual es incompatible con la jurisprudencia que se pretendía aplicar.

En la misma línea, una variación en el contenido del derecho también puede establecerse en sede constitucional cuando el Poder Revisor incorpora en la Constitución un contenido distinto al del derecho interpretado en la tesis que se pretendía aplicar. En este segundo caso podría decirse que la jurisprudencia ha *perdido vigencia* porque el texto constitucional ha modificado el alcance del derecho fundamental interpretado en la jurisprudencia.

Por lo demás, ambos supuestos también pueden presentarse en relación con una jurisprudencia sobre constitucionalidad de normas, cuando se modifica el alcance del derecho fundamental con el que se confrontó una norma general infraconstitucional.

(c) Preferencia de otra norma jurisprudencial

VOTO CONCURRENTES EN LA CONTRADICCIÓN DE TESIS 299/2013.

Finalmente, en el caso de la jurisprudencia constitucional sobre derechos humanos, la **contradicción de tesis 293/2011** estableció que la jurisprudencia nacional, que podría ser de constitucionalidad de normas generales o sólo de constitucionalidad, puede dejarse de aplicar cuando exista otra emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la que se desarrolle una protección más amplia para los derechos de las personas.

En este supuesto no puede hablarse propiamente de “desaplicación” de la jurisprudencia nacional, toda vez que tanto ésta como la jurisprudencia interamericana en principio serían aplicables al caso concreto. En todo caso, en atención al principio pro persona, puede decirse que el juez debe *preferir* la aplicación de aquélla que sea más protectora. De la misma forma en la que un juez puede elegir entre dos normas que en principio son aplicables para resolver un caso en función del criterio de especialidad, en materia de derechos humanos puede preferir utilizar la norma más protectora, sin que ello suponga aceptar que la jurisprudencia nacional se está desaplicando por ser inválida.

MINISTRO ARTURO ZALDÍVAR LELO DE LARREA

SECRETARIO GENERAL DE ACUERDOS

LIC. RAFAEL COELLO CETINA.

ABZ