

## JURISPRUDENCIAS 2A./J. 38/2002\* Y P./J. 38/2002,\*\* SOBRE EL VALOR VINCULANTE DE LOS CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES DE LA SCJN

Fernando SILVA GARCÍA\*\*\*

Sólo emitiremos una opinión sobre las indicadas tesis de jurisprudencia (y otras dos relacionadas), por lo cual dejaremos para otro momento, por un lado, el análisis de la incidencia del valor vinculante de la jurisprudencia de la SCJN en los alcances del monopolio de los jueces del Poder Judicial de la Federación (PJF) en el ámbito del control constitucional de las leyes;<sup>1</sup> y por otro, nuestra propuesta interpretativa de los artículos 94 constitucional (8o. pfo.) y 192 de la Ley de Amparo.

1) En mayo de 1999, la 2a. Sala de la SCJN determinó que la jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de leyes: “no implica la creación o derogación de una norma, sino que es la interpretación válida y obligatoria de la ley”, la cual “produce sus efectos para todos los casos concretos que se adecuen al supuesto precisado en la misma”, concluyendo que los tribunales colegiados deben conceder el amparo por fundarse el acto reclamado en precepto declarado inconstitucional por la jurisprudencia de la SCJN.<sup>2</sup>

\* 9a. época; 2a. sala; *SJF* y su *Gaceta*; t. XV; mayo de 2002; tesis: 2a./J. 38/2002; p. 175. “Jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de leyes. Las autoridades administrativas no están obligadas a aplicarla al cumplir con la garantía de fundar y motivar sus actos”.

\*\* 9a. época; pleno; *SJF* y su *Gaceta*; t. XVI; agosto de 2002; tesis: P./J. 38/2002; p. 5. “Jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de una ley. El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa se encuentra obligado a aplicarla, siempre que sea procedente, al juzgar la legalidad de un acto o resolución fundados en esa ley”.

\*\*\* Profesor de amparo administrativo en la Escuela Judicial del Instituto de la Judicatura Federal.

1 El alcance de este monopolio no ha sido aclarado. Véase, por ejemplo, 9a. época; *SJF* y su *Gaceta*; t. XV; febrero 2002; p. 837: “Jurisprudencia que determina la inconstitucionalidad de leyes. El Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa no puede aplicarla para declarar la nulidad del acto administrativo impugnado”. 1er. Trib. Col. Adm. del 1er. Circ.

2 9a. época; 2a. sala; *SJF* y su *Gaceta*; t. IX; tesis: 2a./J. 37/99; p. 480; materia común; jurisprudencia. “Revisión en amparo directo. Procede cuando el Tribunal Colegiado omite aplicar la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la nación que declara la inconstitucionalidad de una ley”.

2) En diciembre de 2000, el Pleno de la SCJN determinó que los tribunales:

Al sentar jurisprudencia, no sólo interpretan la ley y estudian los aspectos que el legislador no precisó, sino que integran a la norma los alcances que, sin estar contemplados claramente en ella, se producen en una determinada situación; sin embargo, esta ‘conformación o integración judicial’ no constituye una norma jurídica de carácter general, aunque en ocasiones llene las lagunas de ésta, fundándose para ello, no en el arbitrio del juez, sino en el espíritu de otras disposiciones legales, que estructuran (como unidad) situaciones jurídicas, creando en casos excepcionales normas jurídicas individualizadas, de acuerdo a los principios generales del derecho.

y concluyó que:

Tomando en consideración que la jurisprudencia es la interpretación que los referidos tribunales hacen de la ley, y que aquélla no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley, ya que no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción, es inconcuso que al aplicarse, no viola el principio de irretroactividad.<sup>3</sup>

3) En mayo de 2002, la 2a. Sala de la SCJN señaló que:

La obligación (para las autoridades administrativas) de fundar los actos en la ley, no implica hacerlo en la forma en que haya sido interpretada por los órganos competentes del Poder Judicial de la Federación, dado que la jurisprudencia tiene notables diferencias con la ley y no puede ser equiparable a ésta, principalmente porque la jurisprudencia es obra de los órganos jurisdiccionales y la ley del órgano legislativo, es decir, la jurisprudencia no es una norma general y sólo se aplica a casos particulares, conforme al principio de relatividad de las sentencias que rige al juicio de garantías.

y concluyó que:

Resulta erróneo sostener que los actos de las autoridades administrativas sean violatorios del artículo 16 constitucional (fundamentación y motivación) por no apoyarse en la jurisprudencia que declare la inconstitucionalidad de una

<sup>3</sup> 9a. época; pleno; *S/JF* y su *Gaceta*; t. XII; diciembre de 2000; tesis: P./J. 145/2000; p. 16. “Jurisprudencia. Su aplicación no viola la garantía de irretroactividad de la ley”.

ley, habida cuenta que por remisión del octavo párrafo del artículo 94 de la Constitución Federal, los preceptos 192 y 193 de la Ley de Amparo, establecen con precisión que la jurisprudencia obliga solamente a los órganos jurisdiccionales.<sup>4</sup>

4) En agosto de 2002, la 2a. Sala de la SCJN estableció que conforme a los artículos 94 constitucional y 192 de la Ley de Amparo, “que fijan los términos en que será obligatoria la jurisprudencia” de la SCJN, los tribunales contencioso administrativos deben:

Aplicar la jurisprudencia sustentada sobre la inconstitucionalidad de una ley, porque en el último dispositivo citado no se hace ningún distingo sobre su obligatoriedad atendiendo a la materia sobre la que versa; además, si bien es cierto que los tribunales de esa naturaleza carecen de competencia<sup>5</sup> para resolver sobre la constitucionalidad de leyes, también lo es que al aplicar la jurisprudencia sobre esa cuestión se limitan a realizar un estudio de legalidad relativo a si el acto o resolución impugnados respetaron el artículo 16 constitucional, concluyendo en sentido negativo al apreciar que se sustentó en un precepto declarado inconstitucional por jurisprudencia obligatoria de la Suprema Corte, sin que sea aceptable el argumento de que al realizar ese estudio se vulnera el principio de relatividad de las sentencias de amparo.

Ya que: “al cumplir con la obligación que se le (s) impone de aplicar la jurisprudencia en relación con el caso concreto que resuelve, no invalida la ley ni declara su inaplicabilidad absoluta”. En seguida, la SCJN indicó que: “la obligatoriedad referida (de la jurisprudencia) responde al principio de supremacía constitucional... conforme al cual no deben subsistir los actos impugnados ante un tribunal cuando se funden en preceptos declarados jurisprudencialmente por la Suprema Corte como contrarios a aquélla”.<sup>6</sup>

Con esta base, principalmente, la SCJN ha interpretado que sus criterios jurisprudenciales sobre inconstitucionalidad de leyes obligan so-

4 Véase *supra* primer asterisco.

5 Nótese que este argumento no es el del tribunal colegiado que suscitó la contradicción de tesis resuelta a través de dicho criterio jurisprudencial. El argumento utilizado por el tribunal colegiado es distinto, consiste, en esencia, en que los tribunales administrativos carecen de poder para inaplicar leyes (lo que es diferente al argumento de falta de competencia para analizar la constitucionalidad de una ley), por lo cual consideramos que no quedó resuelta del todo esa contradicción de tesis. Véase la tesis del tribunal colegiado *supra* nota 1.

6 Véase *supra* segundo asterisco.

lamente a todos los tribunales,<sup>7</sup> pero no a otros agentes jurídicos, lo cual ha generado, por un lado, que se considere conforme a derecho que las autoridades apliquen leyes declaradas jurisprudencialmente inconstitucionales; por otro, que en determinados supuestos, el particular afectado por un acto fundado en una ley declarada jurisprudencialmente inconstitucional, ni siquiera obtenga la tutela respectiva ante los tribunales del PJF, por ciertos obstáculos impuestos vía interpretativa que tienen que ver con efectos extraños atribuidos al consentimiento jurídico de la ley.<sup>8</sup>

De dichas tesis se desprenden dos temas muy importantes que merecen alguna reflexión: el primero se refiere a los alcances del valor vinculante de la jurisprudencia de la SCJN; el segundo a la labor creativa de los jueces. En ese orden realizaremos nuestros comentarios.

En el criterio 1), la SCJN determina que la jurisprudencia es la interpretación válida y obligatoria de la ley que produce efectos para todos los casos concretos que se adecuen al supuesto precisado en la misma; sin embargo, contradictoriamente, en la jurisprudencia 2) indica que la jurisprudencia no cumple con la característica de generalidad, y en el criterio 3), que la obligación para las autoridades administrativas de fundar los actos en la ley no implica hacerlo en la forma en que haya sido interpretada por los órganos competentes del PJF. Si la jurisprudencia es la interpretación válida y obligatoria de la ley, entonces sí cumple con la característica de generalidad y, por ende, todos deben apegar sus actos a la ley en el sentido en que ha sido interpretada por la SCJN. Sin embargo, se podría argumentar que los criterios 2) y 3) han superado el sentido del criterio 1).

En la jurisprudencia 1), la SCJN determina que los tribunales colegiados del PJF tienen la obligación de aplicar el criterio jurisprudencial respectivo, y conceder el amparo al quejoso, en los casos en que el acto reclamado se funde en precepto declarado jurisprudencialmente inconstitucional. En la jurisprudencia 4), la SCJN establece que no deben sub-

7 No nos referiremos a los casos de *sentencias* de inconstitucionalidad con valor *erga omnes*, previstos en el artículo 105 constitucional.

8 2a. sala; *SJF* y su *Gaceta*; parte X; agosto de 1999; jurisprudencia 2a./J. 96/99; p. 78: "Conceptos de violación inoperantes. Lo son en amparo directo si plantean la inconstitucionalidad de una norma general respecto de la cual, si se tratara de juicio de amparo indirecto, se actualizaría alguna causal de improcedencia". 2a. sala; *SJF* y su *Gaceta*; parte XI; marzo de 2000; tesis 2a. XIV/2000; p. 371: "Amparo directo. Son inoperantes los conceptos de violación invocados en contra de la ley aplicada en la sentencia reclamada, si aquella fue consentida con anterioridad". Véase la ya citada tesis del 1er. Trib. Col. Adm del 1er. Circ. *supra* nota 1.

sistir los actos impugnados ante un tribunal administrativo cuando se funden en preceptos declarados jurisprudencialmente inconstitucionales por la SCJN; que, en esos casos, al aplicar la jurisprudencia, dichos tribunales se limitan a realizar un examen de legalidad relativo a si el acto impugnado respeta el artículo 16 constitucional, el cual deben concluir en sentido negativo, al apreciar que se sustentó en un precepto declarado inconstitucional por jurisprudencia obligatoria. De esa forma, la SCJN reconoce que un acto o resolución fundado en una ley declarada inconstitucional es violatorio de la garantía de legalidad, aunque en la jurisprudencia 3) determina que resulta erróneo sostener que los actos de las autoridades administrativas sean violatorios del artículo 16 constitucional (fundamentación y motivación) por no apoyarse en la jurisprudencia que declara la inconstitucionalidad de una ley. Esto es, en el criterio jurisprudencial 3) se sostiene que nada impide a las autoridades administrativas emitir actos de aplicación de leyes declaradas contrarias a la norma suprema, porque no les obliga la jurisprudencia. Es por ello que puede decirse que la SCJN, por un lado, establece la obligación a cargo de los tribunales de anular aquéllos actos fundados en leyes declaradas en pugna con la Constitución (por ser contrarios a la garantía de legalidad) y, por otro lado, afirma que las autoridades no contravienen esa garantía cuando dejan de observar la jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de leyes. Si las autoridades administrativas no contravienen la garantía de legalidad al aplicar un acto de subsunción de una ley declarada jurisprudencialmente contraria a la norma suprema, entonces ¿por qué los tribunales tienen la obligación de anular dichos actos? Podría considerarse que las autoridades pueden emitir actos de individualización de una ley declarada inconstitucional, porque no les obliga la jurisprudencia respectiva y que los tribunales, más que anular un acto de esa índole por contravenir la garantía de legalidad, se abstienen de continuar aplicando el precepto viciado (en su sentencia), porque a éstos sí les obliga la jurisprudencia. Pero si este argumento fuera correcto, entonces por qué anular el acto respectivo. A nuestro juicio, el acto de individualización de una ley declarada contraria a la norma suprema por la SCJN en su jurisprudencia no carece de vicios jurídicos. ¿Podría fundarse en una ley declarada inconstitucional por la Suprema Corte un acto jurisdiccional o administrativo? ¿Tendrá una autoridad administrativa el poder para dictar un acto que produzca la violación de la Cons-

titución, en el sentido en que ha sido interpretada por su máximo intérprete? La ley no tiene el grado de vinculación para facultar a una autoridad a emitir un acto que produzca como efecto la transgresión del ordenamiento supremo. Precisamente esos vicios, principalmente, conllevan la obligación de los tribunales de anular esa clase de actos, por contravenir, entre otros preceptos legales<sup>9</sup> y constitucionales, la garantía de legalidad, según lo reconoce la SCJN en el criterio 4).

Es por esto, que se indica en la jurisprudencia 4) que la obligatoriedad de una jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de leyes responde al principio de supremacía constitucional, conforme al cual no deben subsistir los actos impugnados ante un tribunal cuando se funden en preceptos declarados jurisprudencialmente inconstitucionales por la SCJN. En este apartado, la SCJN equipara los alcances del valor de sus pronunciamientos jurisprudenciales sobre inconstitucionalidad de leyes al valor de la norma suprema, por darle juego al principio de supremacía constitucional.<sup>10</sup> Opinamos que al fundarse la obligatoriedad del criterio jurisprudencial en dicho principio, se obtiene que la contravención de la jurisprudencia por los tribunales, además de implicar una transgresión a dicho criterio y a los preceptos que prevén su obligatoriedad, genera, al mismo tiempo, una violación a la Constitución, concretamente, al derecho o principio constitucional que se ha estimado contravenido por la ley, así como, desde luego, al principio de supremacía constitucional. Si se considera que únicamente los tribunales están obligados a aplicar la jurisprudencia sobre inconstitucionalidad de leyes, por virtud del principio de supremacía constitucional, y que las autoridades administrativas no están obligadas a ello, entonces, ¿podría decirse que a las autoridades administrativas, en esos casos, no las vincula el principio de supremacía constitucional, ni el derecho o principio constitucional tutelado a través del criterio jurisprudencial?

Pensamos que la obligatoriedad de la jurisprudencia que, por virtud de una disposición legal, se ha entendido únicamente dirigida a los tribunales, no puede ser el fundamento de una disociación de esa naturaleza,

9 En el artículo 238 del Código Fiscal de la Federación, por ejemplo, se contempla como causales de invalidez la falta de fundamento de los actos y la incompetencia de las autoridades que, desde cierta perspectiva, podrían resultar aplicables en esos casos.

10 De modo similar a la Corte Suprema de Estados Unidos de América: "8. The interpretation of the Fourteenth Amendment enunciated by this Court in the *Brown* case is the supreme law of the land". *Cooper v. Aaron* 358 U.S. 1 (1958).

que genere la aplicabilidad del principio de supremacía únicamente para dichos órganos jurisdiccionales en esos casos, pues se pone en tela de juicio la propia generalidad de la Constitución. Creemos que esa interpretación (de los artículos 94 y 133 constitucionales *conforme* al artículo 192 de la Ley de Amparo, extrañamente invertida) da origen a una incomprensible escisión del ordenamiento en dos cuerpos distintos, en el caso de jurisprudencias sobre inconstitucionalidad de leyes: uno, el derecho de los ciudadanos y autoridades, a quienes no vincularía el principio de supremacía constitucional; el otro, el derecho de los tribunales, que sí estarían vinculados por ese principio, afectándose además la unidad del ordenamiento jurídico, el principio de igualdad en la aplicación del derecho, el carácter de intérprete supremo del máximo tribunal del país.<sup>11</sup>

El segundo tema abordado en los criterios de la SCJN también es interesante. Entendemos que en el criterio 2), la SCJN indica que la jurisprudencia no implica una labor judicial propiamente creativa, porque el juez no extrae de la nada el material jurídico integrativo, sino que aplica principios generales del derecho o se basa para ello en el espíritu de otras disposiciones jurídicas.

El derecho escrito no puede abarcar todos los supuestos de situaciones conflictivas; no tiene la capacidad de formular sus mandatos, siempre y sin excepciones, en forma unívoca y con un significado indiscutiblemente aprehensible; y las mismas normas pueden dejar un margen de apreciación al juez, mediante el empleo de conceptos genéricos. Por ello, el juez debe, en forma continua, aportar sus propios criterios (actividad creativa) para completar lagunas, para seleccionar la interpretación más adecuada de entre todas las posibles, y para otorgar un alcance a aquéllos conceptos genéricos.<sup>12</sup>

Las Constituciones no pueden dejar de utilizar fórmulas abiertas. Se habla, por ello, de un lenguaje moral abstracto presente, sobre todo, en algunas normas sobre derechos constitucionales.<sup>13</sup> Tiene sentido que al-

11 Porque las autoridades administrativas podrían sobreponer su entendimiento de la ley y la Constitución al definido por la Suprema Corte, lo cual pone en tela de juicio la supremacía constitucional.

12 López Guerra, Luis, "La fuerza vinculante de la jurisprudencia", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año X, núm. 442, 8 de junio de 2000.

13 Véase Dworkin, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Massachusetts, Harvard University Press, 1999, p. 7.

gunos conceptos previstos en la Constitución no se encuentren definidos detalladamente, por un lado, porque la apertura hace posible abarcar supuestos que no se imaginaron en su momento; por otro, porque aun cuando no se hayan querido contemplar en ella determinados supuestos, es razonable pensar que el Constituyente ha reconocido que las circunstancias pueden cambiar al grado de hacer indispensable que la norma comprenda casos que el sentido común y el nuevo estado de las cosas hace imprescindible. Es decir, resulta razonable sostener que esos conceptos constitucionales abstractos evidencian la intención de sus creadores de responsabilizar a las generaciones futuras, *en cierta medida*, al desarrollo e interpretación de las normas indeterminadas, pues de no haber sido así, se hubieran precisado los conceptos abiertos, detallando los casos y supuestos respectivos.<sup>14</sup>

La actividad creativa de los jueces se hace más clara en el ejercicio del control constitucional de las leyes, particularmente en la definición del sentido de la norma constitucional que servirá de parámetro para enjuiciar la ley. Por ejemplo, si una ley fiscal se ataca por contravenir los principios de equidad y proporcionalidad tributaria, quien rellenará de contenido dichos conceptos indeterminados será la SCJN, luego del debate constitucional respectivo,<sup>15</sup> y ese contenido creado jurisdiccionalmente (porque en ninguna norma se indica expresamente el alcance de tales conceptos), servirá para medir la constitucionalidad de la ley e, indirectamente, para dotar de cierta claridad a tales conceptos abiertos, con el objeto de que exista certidumbre y previsibilidad en la aplicación del ordenamiento jurídico.

Es verdad que el parámetro constitucional construido para medir la ley no nacerá de la nada, sino a partir del derecho, pero creemos que ello no resta carácter creativo a esa actividad, porque la decisión del alcance de dichos conceptos indeterminados tendrá su origen en la voluntad del juez (Estado), a partir del margen de libertad de configuración interpretativa que le permita cada caso concreto. Esto es, pensamos que la definición

14 "They charge those whom they instruct with the responsibility of developing and applying their own conception of". Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, Harvard University Press, 1977, pp. 134-136.

15 Nos referimos a la opinión previa del legislador, particulares, autoridades, jueces y magistrados que participen en la definición del concepto indeterminado, que es lo que finalmente dota de autoridad a la interpretación de la SCJN. Sobre este discurso constitucional Tribe, Laurence H., *American Constitutional Law*, N. Y., Foundation Press, 2000, vol. 1, p. 311.



del concepto indeterminado supone una elección jurisdiccional, de entre muchas posibles, dando lugar, por ello, a una construcción nueva, sin presencia evidente, distinta de sus componentes o elementos jurídicos inspiradores. El resultado interpretativo de la SCJN conformará el parámetro constitucional con base en el cual habrá de medirse la conformidad de la ley con el texto básico, y ese parámetro es, generalmente, un enunciado normativo conformado judicialmente, por su novedad con respecto al material jurídico tomado en cuenta para su construcción.<sup>16</sup> De aquí el carácter creativo de la actividad interpretativa de la SCJN.

A nuestro juicio, lo que es importante tener presente es que los principios abstractos, sistemáticamente entendidos, a la vez que generan la posibilidad de ser rellenados en el tiempo, condicionan también esa labor creativa: *apertura no equivale a ininteligibilidad*.<sup>17</sup> Por ello, la determinación o elección interpretativa no debe entenderse como un acto arbitrario, por ser una actuación constitucionalmente autorizada (ejercicio de potestad jurisdiccional) y por encontrarse condicionada por una serie de reglas y principios.<sup>18</sup> Incluso ese condicionamiento genera que, en muchos casos, la actividad creativa de los jueces se proyecte en menor medida, en razón a que tales reglas y principios, junto con el enunciado normativo aplicable al caso, pueden dejar al juez un menor margen de libertad configuradora en su labor interpretativa.

La incorporación en el ordenamiento jurídico del enunciado normativo conformado por la suma de la norma escrita y la labor creativa del juez, será lo que va a transformar la disposición o configuración del sistema

16 El enunciado que indica 'las multas excesivas son contrarias al artículo 22 constitucional' es distinto del creado jurisdiccionalmente que señala 'las multas fiscales fijas son contrarias al artículo 22 constitucional'; el enunciado constitucional escrito que señala 'no se podrá coartar el derecho de asociarse' es distinto del creado por la SCJN que comprende el 'derecho a permanecer, a renunciar y/o a no asociarse'; el enunciado escrito que señala que los trabajadores tienen 'derecho a coaligarse en defensa de sus intereses' es distinto al enunciado normativo creado por la SCJN, que podría considerarse que señala, además, que: 'los trabajadores tienen derecho a formar más de un sindicato para defender sus intereses'. Todos esos casos en SCJN. *75 decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (novena época)*, México, SCJN, 1998.

17 Ferrajoli, L. (et al.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, pp. 9-17, 287-381.

18 Por el principio de instancia de parte, el principio de imparcialidad, la exigencia de motivación, la vinculación de todas las normas y principios que rodean al juez en su actividad interpretativa, y el sistema de responsabilidades a que está sujeto, por ejemplo.

jurídico,<sup>19</sup> dando lugar a una serie de nuevos derechos y obligaciones para los particulares y poderes públicos.<sup>20</sup> Inclusive, la actividad creativa hace cuestionable la aplicación retroactiva de la jurisprudencia (también en casos distintos a la materia penal), por virtud del principio de seguridad jurídica (que no sólo opera para las leyes), especialmente en los supuestos en que esa aplicación hacia el pasado afecta, además de ese principio, otros derechos constitucionales.<sup>21</sup> También se habla de una labor creativa de los jueces al anular leyes inconstitucionales con efectos *erga omnes* (en México, en los casos correspondientes previstos en el artículo 105 de la Constitución), en razón a que en tales supuestos se genera una disociación total entre las leyes y los contenidos normativos que permanecen vigentes.<sup>22</sup>

El juez particulariza derecho previo, pero en esa función aporta, y no puede dejar de hacerlo, valores propios, que no son, por supuesto, de libre creación del derecho, pero que significan necesariamente un ele-

19 Verbigracia, las normas secundarias tendrán que ser interpretadas conforme a la Constitución, pero entendida de la manera en que ha sido definida por la SCJN.

20 Los particulares invocarán el derecho a que no se prevean ni se les apliquen multas fiscales fijas (aun cuando la Constitución prohíbe expresamente las multas excesivas). Las autoridades, si no desean contradecir la norma suprema abiertamente y que su acto se anule, tendrán que abstenerse de prohibir la conformación de más de un sindicato, en los casos señalados por la SCJN (aun cuando la Constitución no prevea literalmente, con ese detalle, tal derecho). Véase *supra* nota 15.

21 Por ejemplo, la jurisprudencia de la SCJN que señala que contra el desechamiento parcial de la demanda de amparo procede recurso de queja y no revisión, implica una labor constructiva, derivada de la interpretación de los artículos 83 y 95 de la Ley de Amparo. Supongamos que un gobernado interpone recurso de queja contra el desechamiento parcial de su demanda y que dicho recurso es admitido para su trámite por el tribunal con base en la norma jurisprudencial referida. Imaginemos que dicho criterio obligatorio es sustituido por otro que establezca que el recurso procedente en esos casos es el de revisión, y que el tribunal dicte el fallo respectivo acatando esta segunda norma jurisprudencial. Parece que aunque, lógicamente, la jurisprudencia no es formalmente una ley, la aplicación del nuevo criterio, publicado posteriormente al plazo que tuvo el gobernado para combatir el desechamiento parcial, afecta en su perjuicio los principios de seguridad y certidumbre jurídica y, además, el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, lo cual creemos que evidencia, *principalmente* en ese tipo de casos, que impliquen una labor constructiva del máximo tribunal del país que, por regla general, no cabe la aplicación retroactiva de la jurisprudencia en perjuicio del gobernado (sobre todo si está en juego un derecho constitucional). 8a. época; pleno; SJF; t. VIII, julio de 1991; P./J. 40/91; p. 56: "Queja, procede este recurso contra resoluciones que desechan parcialmente una demanda de garantías".

22 Rubio Llorente, Francisco, "La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 22, 1988.

mento innovador.<sup>23</sup> Precisamente por esa creatividad jurisdiccional<sup>24</sup> se ha llegado a subrayar que, en la actualidad, la labor preponderante de las cortes supremas y tribunales constitucionales es la definición de criterios generales de validez, a propósito de la interpretación constitucional que realizan en los *pocos* casos trascendentes de su conocimiento.<sup>25</sup>

Con independencia de todo ese debate, pensamos que el sentido interpretativo de una norma que ha elegido el máximo tribunal, de entre muchos posibles, requiere ser dotado de efectos generales, en forma simétrica a la generalidad de la norma escrita,<sup>26</sup> más aun cuando esa interpretación ha dado como resultado la contradicción de una ley con la Constitución, porque sólo así puede cumplirse con los principios de igualdad en la aplicación de la ley<sup>27</sup> y de seguridad jurídica,<sup>28</sup> sin que por ello quede vaciada de contenido la regla de relatividad o fórmula Otero,<sup>29</sup> pero ese ya es otro tema que trataremos en otra ocasión.

#### BIBLIOGRAFÍA

CABRERA, Lucio, *El Poder Judicial federal mexicano y el Constituyente de 1917*, México, UNAM, 1968.

23 García De Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas, 1994, p. 224.

24 “Se ha ido creando, así, un marco favorable para la revisión teórica del dogma tradicional que, en los ordenamientos continentales, niega a la jurisprudencia la condición de fuente del derecho”. Pizzorusso, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional II*, Madrid, CEC, 1984, p. 408 (trad. por Javier Jiménez Campo).

25 “The work of governments and parliaments is today structured by an ever-expanding web of constitutional constraints... authoritative interpretation of a constitutional text —constitutional rule-making— often produces powerful prospective effects on future policy-making and dispute resolution. It legitimates some policy routes and delegitimates others... the court (re-)constructs the constitutional law”. Stone Sweet, Alec, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, UK, Oxford University Press, 2000, pp. 1, 92-125, 201.

26 López Guerra, Luis, *op. cit.*, nota 12, p. 442.

27 La generalidad de la ley es garantía de la moderación del poder, de la imparcialidad del Estado respecto a los componentes sociales, así como de su igualdad jurídica. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2002, p. 29.

28 Silva, Carlos de, “La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho”, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, ITAM, núm. 5, octubre de 1996.

29 La *res judicata* sigue operando *inter-contententes*; lo que opera *erga omnes* es la jurisprudencia. Véase Cabrera, Lucio, *El Poder Judicial federal mexicano y el Constituyente de 1917*, México, UNAM, 1968, p. 147.

- DWORKIN, Ronald, *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Massachusetts, Harvard University Press, 1999.
- , *Taking Rights Seriously*, Massachusetts, Harvard University Press, 1977.
- FERRAJOLI, L. (et al.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, Civitas.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, “La fuerza vinculante de la jurisprudencia”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, año X, núm. 442, 8 de junio de 2000.
- PIZZORUSSO, Alessandro, *Lecciones de derecho constitucional II*, trad. de Javier Jiménez Campo, Madrid, CEC, 1984.
- RUBIO LLORENTE, Francisco, “La jurisdicción constitucional como forma de creación del derecho”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 8, núm. 22, 1988.
- SCJN, *75 decisiones relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (novena época)*, México, SCJN, 1998.
- SILVA, Carlos de, “La jurisprudencia, interpretación y creación del derecho”, *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, México, ITAM, núm. 5, octubre de 1996.
- STONE SWEET, Alec, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, UK, Oxford University Press, 2000.
- TRIBE, Laurence H., *American Constitutional Law*, Nueva York, Foundation Press, 2000, vol. 1.
- ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 2002. ©