

Primera edición: agosto de 2006  
D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación  
Av. José María Pino Suárez, Núm. 2  
C.P. 06065, México D.F.

ISBN 970-712-630-2

Impreso en México  
*Printed in Mexico*

La edición de esta obra estuvo al cuidado de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

CONFERENCIA *M*AGISTRAL

EL JUEZ CONSTITUCIONAL

 Centro de Consulta de  
Información Jurídica  
Biblioteca

*G*USTAVO  
RAGREBELSKY\*

Po  
Fo  
Folleto  
No. 3853  
ej. 3

\* Presidente Emérito de la Corte Constitucional italiana y Catedrático de  
Derecho Constitucional y Justicia Constitucional en la Universidad de Turín.

**SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN**

Ministro Mariano Azuela Güitrón  
*Presidente*

**Primera Sala**

Ministro José Ramón Cossío Díaz  
*Presidente*

Ministro José de Jesús Gudiño Pelayo  
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas  
Ministro Juan N. Silva Meza  
Ministro Sergio A. Valls Hernández

**Segunda Sala**

Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos  
*Presidenta*

Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano  
Ministro Juan Díaz Romero  
Ministro Genaro David Góngora Pimentel  
Ministro Guillermo I. Ortiz Mayagoitia

**Comité de Publicaciones y Promoción Educativa**

Ministro Mariano Azuela Güitrón  
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos  
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas

**Comité Editorial**

Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot  
*Secretario Ejecutivo Jurídico Administrativo*

Mtra. Cielito Bolívar Galindo  
*Directora General de la Coordinación de  
Compilación y Sistematización de Tesis*

Lic. Laura Verónica Camacho Squivias  
*Directora General de Difusión*

Mtro. César de Jesús Molina Suárez  
*Director General de Casas de la Cultura Jurídica  
y Estudios Históricos*

Dr. Salvador Cárdenas Gutiérrez  
*Director de Análisis e Investigación Histórico Documental*

59920

## CONTENIDO

Presentación .....	9
Palabras de bienvenida del Ministro Presidente Mariano Azuela Güitrón .....	11
Conferencia Magistral <i>El juez constitucional</i> , impartida por el Doctor Gustavo Zagrebelsky .....	15
Preguntas que el público hizo al profesor Gustavo Zagrebelsky .....	33
Palabras del Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano .....	39

## PRESENTACIÓN

Suprema Corte de Justicia de la Nación  
C. C. I. J. BIBLIOTECA

El 9 de febrero de 2006, el doctor Gustavo Zagrebelsky, Presidente vitalicio emérito de la Corte Constitucional italiana, visitó la Suprema Corte de Justicia de la Nación para impartir una conferencia magistral titulada “El Juez constitucional”. El acto se llevó a cabo en el auditorio “José María Iglesias” de este Alto Tribunal; el conferencista estuvo acompañado por los Ministros Mariano Azuela Güitrón y Sergio Salvador Aguirre Anguiano. No pudo ser más atinado el tema elegido por el exponente al comparar las atribuciones de los tribunales supremos de Italia y México.

El *quid* de la conferencia consistió en establecer los límites de la actuación del Juez constitucional en su papel de controlador de las funciones de los poderes públicos. Dejó en claro que el intérprete constitucional debe observar siempre el derecho enmarcado en la Constitución, interpretando toda norma a la luz de sus preceptos. En todo caso, los pronunciamientos de los órganos terminales de control constitucional deben corresponder al significado político de la voluntad constitucio-

nal, esto es, a principios subyacentes a la Constitución. Otros temas relevantes tratados por el doctor Zagrebelsky fueron los relativos a la organización de los tribunales constitucionales y la trascendencia de sus fallos.

El texto de su conferencia, así como las de los Ministros Mariano Azuela Güitrón y Sergio Salvador Aguirre Anguiano, se incluyen en esta publicación, destinada a promover los estudios sobre el control judicial de la Constitución.

*Comité de Publicaciones y Promoción Educativa  
de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*

Ministro Mariano Azuela Güitrón  
Ministra Margarita Beatriz Luna Ramos  
Ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas

## PALABRAS DE BIENVENIDA DEL MINISTRO PRESIDENTE MARIANO AZUELA GÜITRÓN

Ante todo quiero dar la bienvenida a esta Suprema Corte de Justicia de la Nación al Dr. Gustavo Zagrebelsky, presidente *ad honorem* de la Corte Constitucional italiana.

Como todos sabemos, para el caso de nuestro país, la Suprema Corte de Justicia mexicana, funge como Tribunal Constitucional, por lo que doy la bienvenida a un colega pero también a un maestro, me explico.

El Dr. Zagrebelsky constituía para mí, hasta hoy, una de esas personalidades que parecen tan lejanas, y que uno cree que nunca va a llegar a conocer. Don Sergio Salvador Aguirre Anguiano fue el culpable de esa situación, porque hace algunos años nos obsequió una obra de un prestigiado autor italiano, que por aquel entonces, parecía extraño a nosotros, su nombre Gustavo Zagrebelsky. La obra que pusieron en mis manos, se titulaba *La crucifixión y la democracia*. La lectura de este ensayo nos permitió no solamente profundizar en su pensamiento, sino, debo confesarlo abiertamente, aprovecharlo en muchas de mis conferencias,

lecciones, etcétera. Sus profundas argumentaciones en torno al derecho y la política, han sido de gran utilidad.

Aunque debo manifestar que al inicio, cuando yo hablaba de *La crucifixión y la democracia*, causaba estupor en el auditorio, pues quizá la mayoría imaginaba que iba a introducir algún tema de carácter religioso. Pero el tema de este estudio va mucho más allá de lo que el título pudiera hacernos pensar. Zagrebelsky, nos ofrece una reflexión entorno a las democracias contemporáneas, que en la búsqueda de la pureza, pierden contacto con la realidad y dejan de ser eficaces, pervirtiéndose en sistemas populistas y acríticos. Un estudio brillantísimo de política moderna.

Zagrebelsky toma como metáfora aquél momento evangélico en que la muchedumbre pide a Pilatos la crucifixión de Jesús, aplicando este relato a las posturas que puede asumir un régimen democrático, siguiendo al constitucionalista italiano, podemos identificar al menos tres modos. El primero es aquél en dónde todos creen movidos por una noble convicción, que el valor más alto a defender, es la verdad y no la democracia, por tanto, en nombre de 'su' verdad, están listos para apoyar las más atroces mentiras, a estos, Gustavo Zagrebelsky los denomina sostenedores de la "democracia dogmática". Hay, por el contrario, otros que no creen nada, e instrumentalizan la verdad para mantenerse en el poder, estos son los defensores de la "democracia escéptica". Finalmente, el comportamiento de aquellos que escuchan, y están en grado de corregir los propios errores, es decir, hay un espacio para el 'margen de error' este espacio es el que llama él, la "democracia crítica", en donde todo está "por construirse". Y cito textualmente a Zagrebelsky para no contradecirlo:

La democracia de la posibilidad, de la búsqueda, debe oponerse a aquellos que rechazan el diálogo, que niegan la tolerancia, que buscan solamente el

poder, contra aquellos que creen tener siempre la razón. La democracia crítica, significa ductilidad –como característica del espíritu abierto al discurso común, que aspira no a vencer sino a convencer, y está dispuesto a hacerse convencer– es ciertamente la virtud cardinal. En la política, la ductilidad, para no convertirse en imbecilidad, debe ser una virtud recíproca. Si no lo es, en un cierto punto, antes de su final, tenemos necesidad de romper el silencio y dejar de sufrir.

Cuando tuve noticia que el profesor turinés vendría a México, y que además, existía la posibilidad de que nos honrara en la Suprema Corte con una conferencia, como comprenderán, en lo personal, fue extraordinariamente significativo, me refiero a la oportunidad de conocer a un hombre que había yo admirado en abstracto. A esto se sumaba el hecho de que, en la responsabilidad que tengo como representante del Poder Judicial de la Federación y de la Suprema Corte, como dije, también Tribunal Constitucional, sentí un gran orgullo el poder recibir al Dr. Zagrebelsky, como colega y como maestro. Por ello, le doy una calurosa y cordial bienvenida.

Gustavo Zagrebelsky es una figura representativa del pensamiento constitucional actual. Su carrera académica por demás exitosa, que se corona en la obra traducida a varios idiomas *el derecho dúctil*, ha sido eficazmente combinada con la actividad de juez constitucional. Por eso es tan fascinante su figura, porque ha sido un pensador, un hombre de estado, un juez, un constitucionalista; y en todos los rubros, destacado. Así, que tenerlo en este momento, aquí, sentado junto a nosotros, representa para mí mucho. Escucharemos seguramente, las palabras de un docto en la teoría del derecho y en la política, pero además las apreciaciones que la comparación le permitirá hacer, entre el trabajo de la Corte que ha dirigido y este Tribunal que hoy desempeña funciones constitucionales.

Por eso agradezco enormemente su visita, porque nos da la posibilidad de hacer realidad lo que le hemos leído, lo que constantemente ha

venido repitiendo en Italia, y por lo que tenemos noticia, también en otros países, desde hace ya más de treinta años, cuando inició su carrera como profesor en Turín y Sassari; nos referimos al diálogo. Por lo que, si pudiéramos resumir el pensamiento zagrebelskiano, seguramente sería en una idea similar al coloquio, al acercamiento, a la apertura.

Nuevamente gracias por la deferencia hacia este Tribunal y bienvenido a México.



CONFERENCIA MAGISTRAL  
*EL JUEZ CONSTITUCIONAL*

Doctor Gustavo Zagrebelsky

*M*uchas gracias, me disculpo con todas las personas aquí presentes por el hecho de hablar en mi idioma, entre las tantas lagunas que tengo, está la de la lengua castellana, así que me excuso en forma preliminar.

Quisiera sobre todo agradecer al presidente de la Suprema Corte Constitucional de la Nación mexicana, don Mariano Azuela. También agradecer a los Jueces, Ministros –para nosotros la expresión de Ministro es inusual, porque llamamos Ministros a los miembros del gobierno y no a aquellos de los órganos judiciales–; igualmente a quienes han tenido la paciencia de estar aquí hoy en la tarde, y naturalmente a las personas que han asistido.

Me gustaría comenzar mi presentación mencionando la dedicatoria que abre dos maravillosos volúmenes dedicados a la interpretación constitucional, que han sido coordinados por el Dr. Ferrer Mac-Gregor. Es una dedicatoria poco usual, porque dice: “A todos los Jueces

constitucionales”.<sup>1</sup> Esta dedicatoria tiene mucho significado: los Jueces constitucionales de todas las jurisdicciones, aun con las diferencias de los distintos sistemas jurídicos. Por cierto, quiero subrayar una diferencia fundamental en el trabajo de la Corte Suprema mexicana con respecto al modo en que trabajan otras Cortes constitucionales, entre las que también está la italiana, de donde provengo.

A pesar de las diferencias, los Jueces constitucionales pertenecen a una comunidad que va más allá de las fronteras tradicionales de los Estados. Podríamos decir que tienen los pies en los sistemas jurídicos y en los sistemas políticos nacionales, pero la cabeza en una dimensión que va más allá, en una dimensión digamos universal, ya que los principios, los derechos humanos que se atribuye a su competencia para defenderlos, para su promoción, por definición son principios y derechos que no tienen fronteras. La prueba de esta comunión, de esta comunidad de intenciones, de este “acomunar”<sup>2</sup> de intenciones, la vemos en la circunstancia de que los encuentros entre Jueces constitucionales de todas las jurisdicciones se desarrollan siempre con un espíritu de colaboración y de comprensión naturales. Cuando se organizan coloquios internacionales entre exponentes de gobiernos o de parlamentos, no existe un espíritu de comunión así.

Otra prueba de lo anterior está en el hecho de que la comparación jurídica en el campo del derecho constitucional, ha sido desarrollada justamente a partir de jurisdicciones constitucionales, es el sector privilegiado

---

<sup>1</sup> N. del E. Se refiere a la obra FERRER MAC-GREGOR, Eduardo,(coord), *Interpretación constitucional*, II vols., México, Porrúa-UNAM, 2005, p. XX.

<sup>2</sup> N. del E. No existe traducción literal de ‘acomunarse’, se trata de un verbo reflexivo que hace referencia a la reunión, a la acción de formar una comunidad.

del derecho constitucional comparado. Nuestras reuniones siempre han sido muy fecundas en enseñanzas y reflexiones; se puede decir entonces, que cada conquista, cada derrota de una jurisdicción constitucional constituye una conquista y una derrota de todas ellas.

Cuando estaba en la Corte Constitucional italiana existía una oficina de derecho comparado que por aquellos días nos señalaba cuáles eran las grandes decisiones de las jurisdicciones constitucionales extranjeras. En ocasiones queríamos utilizar tales sentencias, sin citarlas en forma expresa, claro está, porque existe un orgullo nacional que hace que no se declare en forma explícita la deuda que se tiene hacia otras jurisdicciones. Pero hay que reconocer que sustancialmente, nuestra jurisprudencia se formó en diálogo con otras pertenecientes a Cortes constitucionales internacionales de Derechos Humanos. En cambio, cuando nos llegaban noticias de las dificultades de otras Cortes frente al poder político nacional, o cuando algunas decisiones nos parecieron demasiado duras con respecto a expectativas del poder político nacional, tomamos estas decisiones como una derrota no sólo suya sino también nuestra.

Hoy la justicia constitucional en muchos países del mundo, incluida la de nuestra Corte italiana –pido disculpas porque sigo hablando de ‘mi función’ como si yo siguiera siendo Juez constitucional, pero ya se sabe que *semel iudex, semper iudex*–, decía que nuestra función es atacada a veces, en nombre de una democracia más plena, como si el control de la constitucionalidad sobre los actos legislativos del Parlamento, o los del Poder Ejecutivo, es decir, los actos de los órganos que tienen una legitimación democrática, inmediata, evidente, constituyeran un ultraje a la democracia.

En mi país –y esto para hacer una consideración que aligere un poco este clima tan serio– cuando la Corte Constitucional anuló una ley

aprobada por la mayoría que actualmente gobierna- y que había previsto ciertos privilegios no justificables según la Constitución a favor de altos cargos del Estado, me refiero a la inmunidad penal para los cinco puestos públicos más importantes del Estado italiano, entre ellos el de Presidente de la Corte Constitucional, el hecho de que estuviera incluido este funcionario era, como se dice en italiano, “una hoja de higo.”<sup>3</sup> En realidad lo que quería el legislador era establecer esa inmunidad para el Presidente del Consejo de Ministros,<sup>4</sup> a quien se le imputaban algunos delitos. Cuando la Corte anuló esta ley, en el Parlamento alguien preguntó: ¿pero cómo se permiten quince jueces ir en contra de la voluntad de ochocientos diputados y senadores?; y entonces alguien propuso aumentar el número de componentes de la Corte Constitucional, de manera que fuera un órgano más numeroso que las Cámaras Parlamentarias. A nosotros esta observación nos puede parecer simpática, pero esto se dijo de verdad, lo dijo un miembro del gobierno. Naturalmente esas observaciones qué es lo que demuestran, pues que hay una incomprensión de fondo de las razones fundamentales de la justicia constitucional en los regímenes democráticos, y sobre este punto voy a regresar al final de mi ponencia.

Mi disertación está dedicada a un aspecto particular de la justicia constitucional que surgió de un asunto que se presentó en la Corte Constitucional italiana, y que me va a permitir hacer algunas consideraciones, más bien generales, sobre la naturaleza de esta tarea de garantía que se les atribuye a las Cortes Constitucionales. También me va a permitir hacer algunas comparaciones sobre la manera en que trabaja la Corte Cons-

---

<sup>3</sup> N. del E. es un dicho italiano que significa crear una distracción, generar un señuelo.

<sup>4</sup> En la organización política italiana el titular del Poder Ejecutivo, hace las veces de primer ministro, de jefe del gabinete, pues el Presidente de la República cumple sólo una función representativa.

titucional italiana y, en general, podemos decir que todas las Cortes Constitucionales que conozco –aunque sea vagamente–, por un lado, y la Suprema Corte mexicana, por otro.

Hoy en la mañana tuve la fortuna, el privilegio de asistir algunos momentos a la sesión en Pleno de los miembros de la Corte Suprema mexicana, y debo confesar francamente que me sorprendió mucho lo que ví, porque la manera de trabajar de su Corte es radicalmente distinta al modo en que trabajan otras Cortes Constitucionales.

Bien, el caso del que voy a partir para hacer mis consideraciones es un asunto que se llevó a la Corte Constitucional italiana en 1996. Se trataba de decidir si el clásico principio de la irretroactividad contenido en todas nuestras Constituciones, de la no retroactividad de la ley penal, se refería solamente a las normas relativas a la determinación de los delitos y sus correspondientes penas. La interpretación vigente decía que el principio *nullum crimen sine lege* se refiere sólo a la determinación legislativa de los delitos, y las penas que les corresponden. Esta era la jurisprudencia sobre la cual la Corte Constitucional se había apoyado por muchos años, pero la pregunta era si este principio valía también para las normas que se referían a la ejecución de las penas.

No sé si en México se haya planteado un problema de este tipo, pero básicamente la Corte se encontraba frente a una ley que había hecho más pesado el trato penitenciario para aquellos que habían sido condenados por un delito; esta ley pretendía tener valor retroactivo; es decir, ser válida para personas que ya habían sido condenadas y estaban en la fase de cumplimiento de la pena. Ahora quisiera subrayar dos aspectos de este caso. Primero, existía una larga tradición jurisprudencial a nuestras espaldas; esta larga tradición decía que el principio *nullum crimen sine lege*

no aplicaba para la fase de cumplimiento de las penas. El segundo aspecto del caso es que se trataba de un verdadero asunto constitucional, ¿qué quiere decir que se trataba de un asunto constitucional?; la Corte se encontraba con el inconveniente de tener que decidir sobre la Constitución y no sobre la aplicación de la Constitución. Los verdaderos asuntos constitucionales son precisamente aquellos donde está controvertida la interpretación de la Constitución y, por tanto, la determinación del alcance de las normas constitucionales.

La Corte Constitucional, en aquella ocasión, se reunía en un número par, como hoy en la mañana sucedió en la Corte Suprema de México, donde estaba ausente un Juez. La ley de la Corte Constitucional italiana, establece que en caso de un empate de votos, prevalece el voto del Presidente. Es muy raro que suceda, pero, en principio, el Presidente tiene al menos ese pequeño privilegio; lo más seguro es que trate de no usarlo, sobre todo en las grandes cuestiones constitucionales. Ocurrió entonces que el Juez relator –al que llaman ponente en México–, había propuesto precisamente que se abrogara la jurisprudencia de la Corte; es decir, interpretar la Constitución, incluso en el sentido de que el principio de no retroactividad de la ley penal pudiera valer también para el tratamiento penitenciario, y este Juez tenía ya muchos años trabajando una propuesta en este sentido. Había discutido con su colegas, había producido kilos y kilos de documentos con investigaciones sobre antecedentes históricos y de derecho comparado, para tratar de mover a la mayoría a favor de su tesis. Después se llevó a cabo la discusión, como sucede en todas las Cortes, y se verificó que había dos bandos, y que el Presidente estaba del lado del ponente; es decir, a favor de la abrogación de la jurisprudencia.

¿Se imaginan ya el sentido de la decisión de la Corte Constitucional en este asunto?, pues no hubo tal, porque cuando se constató que la Corte

estaba dividida en dos sobre una cuestión referente a la determinación del alcance de la norma constitucional, es decir, cuando la Corte estaba decidiendo sobre la Constitución misma, antes de la aplicación de la Constitución, la mayoría de la Corte dijo: “no podemos decidir porque no está dentro de nuestras facultades; nosotros estamos por debajo de la Constitución, no estamos por encima de la Constitución”.

Se trataba de un caso particular, pero cualquiera que conozca la famosa polémica Kelsen-Schmitt –de los años veinte– sabe que justamente una de las críticas a la justicia constitucional desarrollada por Carl Schmitt era precisamente esta; hay casos en los que no se trata de aplicar la Constitución, sino de reescribir la Constitución. La Corte Constitucional se retractó, y resolvió ese asunto en una forma distinta: tomó la decisión –y esto puede ser muy interesante desde el punto de vista de las técnicas de toma de decisiones de nuestras Cortes– de no aplicar rigurosamente una norma constitucional taxativa, como el artículo 27 de nuestra Constitución, sino de decidir sobre la razonabilidad de la ley, es decir, si era o no razonable. Naturalmente el carácter de razonabilidad no toca los principios rigurosos, digamos, y se presta a una gran elasticidad, y entonces, sustancialmente lo que se dijo fue esto: “no es razonable una ley que intervenga para cambiar el régimen de la ejecución penal cuando, en forma concreta –con una persona individual, que está sometida a la cárcel, al proceso carcelario– ya empezó un programa de readaptación”.

Nuestra Constitución establece que las penas, además de su función punitiva, también tienen una función de readaptación, y el derecho penitenciario prevé ciertos procedimientos, ciertas etapas para la reeducación del individuo. Entonces se dijo, si el procedimiento de readaptación ya está en curso, no se puede modificar la legislación penitenciaria en forma tal que se impida la prosecución y la conclusión del programa educativo. Luego se decidió de una manera más sutil; es decir, sin cambiar

la Constitución, con esta técnica de razonabilidad o racionalidad, o también llamada “carácter proporcional de las normas legislativas”, no se atacó el principio constitucional en sí.

Este asunto que les acabo de narrar constituyó para mí un motivo de reflexión sobre los aspectos generales y fundamentales de la justicia constitucional. ¿Hicimos bien o no en rechazar la propuesta del ponente?; si hubiéramos estado en una Asamblea Parlamentaria, en donde la mayoría tiene derecho de decidir y la minoría el deber de acatar la decisión de la mayoría, hubiera sido diferente. Después de una discusión parlamentaria muy dura el que gana en los votos está satisfecho, pero en un órgano como la Corte Constitucional, si la Corte se divide en forma neta, entre mayoría y oposición, ni la mayoría que prevalece, ni la minoría que sucumbe, están satisfechas; se tiene la sensación de que ambas partes no han cumplido hasta el final el propio deber y, ¿cuál es el deber? Para la mayoría el deber era haber logrado que prevalecieran sus buenas razones en relación con la minoría, y la minoría el de ser capaz de hacer valer sus buenas razones en relación con la mayoría.

Así es, por lo menos, en el sistema italiano: una decisión de la Corte sobre estas cuestiones constitucionales importantes que la divide, constituye una derrota para la justicia constitucional; ¿cómo se explica esta actitud, digamos, esta sensación de insatisfacción?, se puede explicar fácilmente, con razones teóricas.

Los aquí presentes conocerán una famosa sentencia de la Corte Suprema norteamericana de 1943 que se refería al caso del denominado “saludo obligatorio a la bandera”.<sup>5</sup> En 1943 la Corte americana modificó una jurisprudencia anterior; hubo opiniones separadas, por parte del Juez

---

<sup>5</sup> N. del E. Se refiere al caso *West Virginia State Board of Education vs. Barnette*.

Félix Frankfort y el Juez Robert Jackson, Presidente de la Suprema Corte, quien declaró que era inconstitucional la obligación de saludar a la bandera en las escuelas. En la motivación escribió la siguiente fórmula, que debería ser nuestra brújula; es una definición de lo que deben ser las Constituciones: “La Constitución es aquello sobre lo cual no se vota, la Constitución contiene los principios sobre los cuales ya se votó, una vez y de una vez por todas, y los principios que se contienen en la Constitución se eximen de la competencia electoral y de las divisiones, y el voto es típicamente una manera para contar las divisiones”. Entonces, si uno considera esta afirmación del Juez Jackson debería plantearse este problema, ¿cómo es posible que las normas y los principios constitucionales sobre los que el Parlamento no puede votar, sobre los que el cuerpo electoral no se puede expresar, cómo puede suceder entonces que justamente el Tribunal Constitucional, que es el órgano al que se da la tarea de garantizar que ya no se va a votar más, sea justamente el que va a votar o se divida?. Es una paradoja, hay una dificultad; por lo menos así sucede en Italia, y así se entiende el problema.

Naturalmente en la Ley Orgánica sobre la Corte Constitucional se establece que “después de una discusión el Presidente reúne los votos de los jueces y prevalece la propuesta que haya obtenido un mayor número de votos”. En un órgano colegial evidentemente tiene que haber una regla que permita tomar decisiones, decidir; pero en forma íntima los Jueces de la Corte Constitucional –por lo menos en el periodo en el que yo formé parte de ella y fui su Presidente–, la Corte Constitucional, siempre trató de evitar las votaciones: esto quiere decir que trató de llegar a conclusiones en forma unánime –aunque naturalmente la unanimidad es una quimera, porque siempre hay alguien que se permite disentir del Presidente– o, por lo menos, con una gran mayoría, muy notoria, que le permitía al Presidente no pasar siquiera a la votación. Es decir, una vez

que se han expresado las opiniones, en esos casos era evidente, que había un amplio consenso sobre una propuesta.

Por tanto, digamos que estas consideraciones corresponden a una manera de trabajar de la Corte, y esto a veces nos lleva a una mayor pesadez en los procedimientos, a una mayor duración en los lapsos que se dedican a la toma de decisiones.

Una norma válida, para todos los colegios que deciden, es que en la primera fase los Jueces deban propugnar por una solución; y si en esta primera fase es difícil llegar a un amplio acuerdo, entonces, es parte de la sabiduría del Presidente imaginar fases sucesivas que pueden durar varios meses, qué es lo que permite este aplazamiento de la decisión. Esto implica que psicológicamente los Jueces, en una primera fase en la que habían propugnado por su propia solución, lleguen a una segunda o tercera fase en la que se predisponen en forma casi espiritual a encontrar la solución colegiada, y así las posiciones de los Jueces se suavizan y se predisponen al compromiso.

Compromiso es una palabra que aplicada a un órgano jurisdiccional, como nuestras Cortes Constitucionales, puede suscitar objeciones; pero en mi opinión son objeciones que no tienen fundamento. Se deben distinguir dos nociones de compromiso, aquél que puede ser un intercambio de favores, un compromiso sórdido; y aquél que es producto de una común y honesta búsqueda de la composición de todas las razones constitucionales que están en la mesa.

Creo que decidir a través de compromisos con frecuencia está en la lógica más profunda de nuestras Constituciones. Las Constituciones de nuestro tiempo que no se basan en un principio único a partir del cual

todo descende como consecuencia; son Constituciones que a su vez son un compromiso entre distintas razones, entre planteamientos ideológicos distintos: libertad e igualdad, justicia social y derechos de las personas, etcétera; propiedad privada, pero función social también de la propiedad, etcétera; y es natural que los Jueces, siguiendo sus propias convicciones, individualmente acentúen uno u otro aspecto, pero cuando se encuentran en un órgano colegiado, esta predisposición al compromiso hace que a menudo –o casi siempre–, las decisiones de compromiso, no del compromiso sórdido que decíamos antes, sino del otro compromiso, correspondan a la lógica de nuestras Constituciones. Esto nos dice que en las jurisdicciones constitucionales que aplican Constituciones pluralistas, desde el punto de vista de los principios y los valores, no se razona como nos enseñan nuestras universidades; y aquí yo pido que me lo confirmen los colegas de la Suprema Corte mexicana, ¿verdaderamente nosotros aplicamos el silogismo judicial?, ¿verdaderamente utilizamos la técnica de la subsunción?; dos métodos conceptuales que se deducen desde lo alto de la norma constitucional, hasta llegar abajo, a la solución de la norma constitucional.

Nuestra lógica, si es lógica la que usamos, es lógica horizontal, cuando un ponente presenta a la atención de los colegas una cuestión –la cuestión que se trata de decidir–; normalmente lo que pone sobre la mesa son todos los principios, todos los elementos constitucionales que tienen que estar compuestos en un cuadro lógico en el que haya una cierta coherencia. Entonces, podemos decir que nosotros somos jueces horizontales, no verticales; por lo menos esta es la experiencia que yo tengo en la Corte italiana.

Aquí es donde llego a detectar la profunda diferencia que existe entre la Corte italiana y la mexicana; pues lo anterior se traduce en el principio de colegialidad, que tiene un significado particular. Naturalmente el pre-

presidente de la Corte en cuanto es elegido por sus colegas –porque en Italia es como en México– lo primero que tiene que decir es que se va a cuidar en forma escrupulosa el principio de colegialidad, que es un principio de respeto por los derechos de los colegas. Estas son las fórmulas muchas veces de estilo, pero más allá de esto que estoy diciendo –un poco en broma, claro–, está la lógica profunda del principio de colegialidad, el cual se encuentra en el hecho de que la decisión de la Corte es la decisión de toda la Corte, y no es posible conocer las posturas que asume cada Juez en la elaboración de la decisión; es decir, ese es el significado del principio de colegialidad. En Italia no existen los jueces constitucionales individuales, pues no tendrían ningún espacio constitucional como tales, como jueces individuales, existe la Corte y nada más; y esto supone sacrificios importantes, porque durante nueve años –esto es lo que dura el cargo en Italia, por suerte son nueve y no quince– es como si estuviéramos sepultados en el colegio, ya no tenemos una individualidad, ya no existen opiniones separadas.

Cuando entré a la Corte Constitucional estaba a favor de que se instituyera el *dissent*.<sup>6</sup> Después de algún tiempo de experiencia dentro de la Corte me opuse a esto, porque la falta de posibilidad para los Jueces de dar su opinión por separado, su opinión particular, es el estímulo, es el resorte que permite alcanzar ese equilibrio pluralista de las distintas posiciones constitucionales; sólo las constitucionales, obviamente, porque las que son arbitrarias, las que se hacen en forma extemporánea, o incluso las que a veces pueden resultar demasiado en línea, demasiado conformes con el mundo político y son contrarias a la independencia de la función de la Corte, son fácilmente identificables y normalmente margi-

---

<sup>6</sup> N. del E. se refiere a la figura del derecho anglosajón equivalente al voto particular.

nales; pero todas las demás opiniones, las constitucionales, es decir aquellas capaces de fundarse en buenos argumentos constitucionales, son valoradas por la falta del *dissent*.

Naturalmente los críticos externos que no conocen y no pueden conocer las reglas efectivas de nuestro trabajo, encuentran en nuestras decisiones un material sin límite para sus ataques, porque ellos razonan desde el positivismo jurídico, tratando de aplicar la regla *ex principis derivationis*. Y cuando nos preguntan ¿cuál es el principio al que se atuvieron? la respuesta es “pues son muchos los principios a los que nos atuvimos”, parece una respuesta un poco débil, quizá hasta hipócrita, pero no es hipócrita, es conforme a la función de la justicia constitucional que tiene una formación plural.

Según esta concepción de la justicia constitucional, en el principio de colegialidad hay ausencia de la opinión particular, y esta ausencia que hasta hace tres horas por ignorancia mía era la regla general y que ya no lo es, consiste en que los Jueces discuten, o mejor aún, escuchan las discusiones de los abogados de las partes en público, pero cuando se trata de decidir se recluyen, se cierran las puertas de su sala, y se quedan solos.

No creía que en el mundo existiera una regla distinta, en cambio, como ustedes podrán ver, mi visita a México me ha traído conocimientos fundamentales nuevos. Sería muy interesante discutir este punto, porque en mi país, y en países que tienen jurisdicciones constitucionales de esta misma naturaleza, se considera natural que la discusión y la deliberación de los Jueces se realice después de las audiencias, *extra omnes*. Sobre todo porque la discusión, en ausencia de público, es muy libre, a veces hasta demasiado libre.

Me causó mucha admiración lo ordenado de la sesión de la Corte mexicana a la que asistí hoy en la mañana. Ningún Juez interrumpía a otro colega mientras hablaba, todos los Jueces pedían la palabra en forma disciplinada al Presidente, como hace un buen estudiante a su maestro. Les puedo asegurar que en la Corte italiana sucede de todo; como lo que me ocurrió a mí, personalmente, durante una sesión: a la interrupción número cincuenta, tomé el expediente y lo estrellé sobre la mesa, y le dije al Presidente en ese momento “si no eres capaz de garantizar el orden yo me voy”.

Decía que lo que he visto en la Suprema Corte de México constituye un elemento de gran admiración, por lo ordenado del desenvolvimiento de los trabajos, pero también hay que entender que la falta de público, y por supuesto de la televisión –esto es impensable en Italia–, hace que el intercambio sea muy libre y esto en cierto modo favorece que haya cambios de parecer, cambios de opinión; la pregunta que yo quisiera plantear aquí a mis colegas es la siguiente: el hablar en público ¿no determina quizá que las posiciones se vuelvan más rígidas?

La operación de compromiso entre las posturas, a la que me refería antes, presupone la posibilidad para todos los Jueces de modificar su postura inicial; entonces, yo me pregunto: si en la primera fase de un juicio cada Juez expresa una opinión muy neta en cuanto a su preferencia, eso ¿no puede ser luego un lastre para poder llegar a posiciones quizás más intermedias, que tomen en cuenta también las razones de los otros jueces?; esta es la pregunta que yo quería hacerles.

En segundo lugar, la falta de publicidad en la actividad de deliberación se considera consecuencia del carácter no político del órgano y de su función; es decir, la necesidad de preservar a las Cortes Constitucionales

de ese riesgo, naturalmente una protección no formalizada, pero que de hecho existe, contra la valoración externa, no del trabajo de la Corte, o sea, no de la sentencia, sino de las conductas y los comportamientos individuales de cada uno de los Jueces. Es decir, esta forma de responsabilidad puede parecer más típica de un órgano político tradicional, por ejemplo, la publicidad del trabajo parlamentario.

La publicidad se vincula al carácter político de un órgano, y es incompatible con la naturaleza jurisdiccional de una Corte Constitucional donde los Jueces actúan después de haber escuchado, y proceden sólo sobre la base de su conciencia, de su conocimiento, una responsabilidad no hacia fuera, sino hacia sí mismos y hacia sus colegas.

Me impactó mucho el hecho de que en la Suprema Corte de México la regla de la publicidad haya sido introducida en nombre de un principio de transparencia. Hago notar que todo lo que estoy diciendo son consideraciones personales, naturalmente, no es que yo esté ni defendiendo la postura de mi Corte Constitucional, ni mucho menos; quiero simplemente hacer observar que el principio de hacer públicas las deliberaciones de los órganos judiciales nace en el periodo de la Revolución Francesa –en el periodo Jacobino–, cuando todas las funciones públicas tenían que efectuarse en presencia del pueblo, pero naturalmente la Constitución jacobina no conocía la separación de Poderes como la conocemos nosotros ahora.

Dicho esto, del otro lado de la balanza, debo decir que también nosotros en Italia, como en muchos otros países, tenemos que lamentar no tanto la opacidad de los trabajos de la Corte, sino que la justicia constitucional, siendo una función muy importante –como bien sabemos–, sea casi desconocida para el público. Hay una exigencia, y creo que esto

sucede en todas las Cortes Constitucionales, de abrirse, de llegar al conocimiento de los ciudadanos, y aquí la publicidad de los trabajos es un medio muy eficaz de darse a conocer. No creo que las transmisiones por televisión de sus reuniones tengan un elevado *rating* como los espectáculos de variedad, pero ciertamente, han de suscitar la curiosidad de mucha gente, del público no especializado que quiere saber cuáles son las lógicas particulares de función de la justicia constitucional.

Una vez dicho esto, concluyo el punto agradeciendo esta invitación a la Suprema Corte mexicana, porque sobre este aspecto particular de la organización de los trabajos, que es algo muy específico pero general en cuanto a significado, me voy a llevar a mi país un motivo de mucha reflexión; no puedo asegurar, aquí a mi colega,<sup>7</sup> que va a venir a la Corte Constitucional para la celebración de los cincuenta años de su historia, en el mes de abril, que va a encontrar ya actuada la reforma que abre al público las sesiones de nuestra Corte, pero tal vez encuentre un terreno ya sensibilizado al tema.

Quiero concluir retomando ese problema del que partí. Nuestras Cortes Constitucionales a menudo son –no siempre, pero a menudo– objeto de protesta en nombre de la democracia; no es fácil rebatir esta crítica, no es fácil porque nosotros vivimos en un contexto cultural en donde la democracia lo es todo.

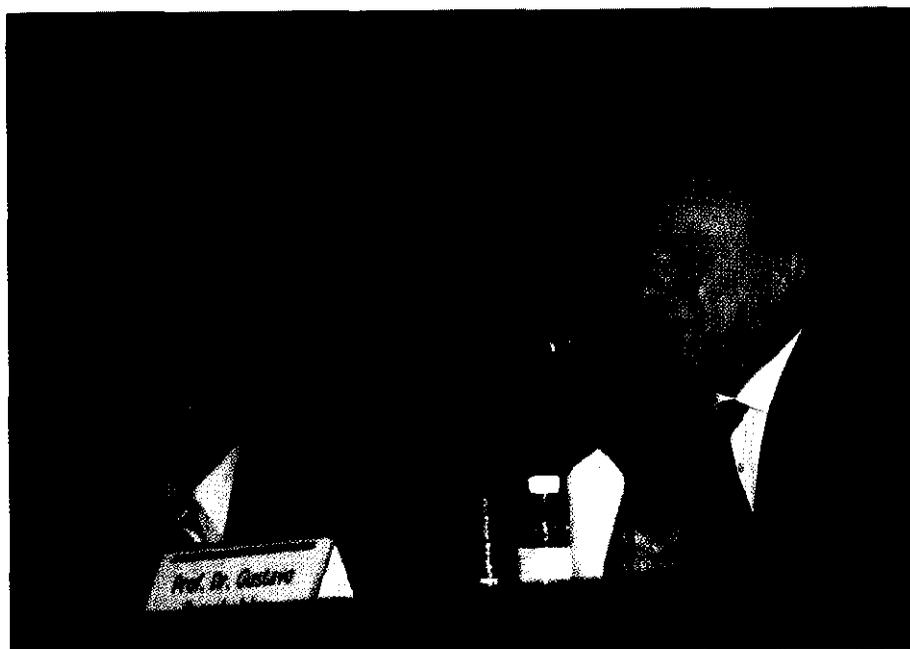
No sé si en la Constitución mexicana se dice que México es una República democrática, porque en Italia existe esta fórmula de República democrática. Nuestros doctrinarios, que trabajan el artículo 1o. de la Cons-

---

<sup>7</sup> N. del E. se refiere al Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano.

titución italiana, por ejemplo el comentario famoso del gran jurista Constantino Mortati –que es muy conocido–, dice que en esta fórmula de República democrática una cosa es la República y otra cosa es la democracia. Hay que entender como República no sólo –es más, le quito el sólo–, el sistema político en el que existe un Presidente de la República en lugar de un monarca; sino entender como República la noción clásica de *res publica*, es decir, lo que se refiere a todos en común, el patrimonio común. La República, entendida en este sentido, puede ser una República monárquica, una República oligárquica, o una República democrática. La democracia, en esta fórmula de República democrática, es una calificación de la República; República democrática significa que los procedimientos e instrumentos de la democracia no son omnipotentes, tienen que respetar precisamente la *res publica*, es decir, aquellos bienes espirituales, culturales –antes que nada– y jurídicos –después–, que se traducen en las normas constitucionales; y con esto regresamos a aquella definición del Juez Jackson: “la Constitución es aquello sobre lo que no se vota”, sobre lo que no hay que dividirse, porque es patrimonio de todos, es la *res publica*, a aquellos que critican a las jurisdicciones constitucionales en nombre de la democracia, les contestamos que no son republicanos; es decir, aquellos que quieren una democracia ilimitada, con la posibilidad de que el pueblo a través de sus representantes –a través del principio de mayoría–, sea omnipotente, están desconociendo el principio republicano. Hubo una derivación cultural, una obviedad constitucional en la fórmula “República democrática”, el sustantivo –antes que nada– es *res publica*, que se califica como democrática; la democracia ilimitada contradice a la República democrática; es omnipotencia de la mayoría sin limitación de poder, y lleva a un régimen en el que la mayoría puede adueñarse de todo, incluso de aquel patrimonio cultural, filosófico, histórico y jurídico que en cambio nos pertenece a todos.

Yo con esto concluyo. Habría muchísimas cosas que decir, pero quizá tengamos mejor así la posibilidad de abrir una discusión sobre lo que se ha dicho y sobre otras cosas; estoy a su disposición y les agradezco la atención.



## PREGUNTAS QUE EL PÚBLICO HIZO AL PROFESOR GUSTAVO ZAGREBELSKY

**Pregunta:** Profesor, usted se refirió al Juez constitucional en su difícil tarea de decidir las controversias que se someten a su consideración, ya sea del Tribunal Constitucional o de la Suprema Corte. A propósito de esto, sabemos de un gran jurista italiano que abordaba ese tema –me refiero a Piero Calamandrei–, y él, en una frase muy celebre dijo “¡ay de aquel Juez que no tenga dudas.” A mí me gustaría que usted nos explicara sobre esta problemática que él planteaba, y en particular cómo considera que debería resolverse un asunto cuando los Jueces o los Magistrados, o Ministros, en su caso, tienen una duda. Sin embargo, tienen que resolver, pero no están convencidos de que su punto de vista sea el acertado. Aquí en México, cuando se va a resolver un caso no se soluciona de inmediato, sino que cuando se presenta un empate en las opiniones de los señores Ministros se turna, se difiere la decisión, se nombra un nuevo Ministro ponente para que elabore un nuevo proyecto en donde tome en consideración las opiniones de los señores Ministros, y en la nueva sesión, si se vuelve a presentar otro empate, entonces sí ya se le concede el derecho al señor Ministro Presidente para que haga uso de su voto de calidad.

Mi pregunta es, en esos casos, ante la duda que exista, cómo considera usted que se debería de resolver la situación.

**Dr. Gustavo Zagrebelsky:** Gracias por esta pregunta difícil, difícil porque creo que casi siempre hay dudas. Los órganos jurisdiccionales y las Cortes Constitucionales están ahí justamente para resolver dudas, pero su pregunta se refiere más bien a otro tipo de dudas, a las dudas internas, a las dudas dentro del órgano que tiene que tomar la decisión; es decir, las dudas que no se pueden superar. La experiencia de la Corte Constitucional italiana –naturalmente los textos legales como la Ley Orgánica de la Corte Constitucional– no prevé el caso de la duda, se presupone que las dudas ya hayan sido resueltas, pero cuando en forma subjetiva los jueces, o la mayoría de los Jueces, consideran que la cuestión cualquiera que sea su solución, permanece abierta, no en forma jurídica porque nuestras sentencias son definitivas e inapelables, sino que permanece abierta en el debate público o, peor aún, cuando una decisión nuestra puede agravar las tensiones que existen en un debate público, los órganos de justicia constitucional están ahí para reducir las tensiones políticas, para crear consenso, para crear integración.

A menudo el caso de la duda o las dudas insuperables coinciden con lo que estoy diciendo; es decir, son casos en los que, cualquiera que sea la decisión, el efecto en el sistema político y en el sistema jurídico va a ser el de agravar las discusiones, es el caso que la jurisprudencia norteamericana define como cuestiones que aún no están maduras; hay cuestiones que tienen sus tiempos de maduración. Los Tribunales Constitucionales no tienen que tener prisa en decidir; una decisión demasiado avanzada en la defensa de un derecho, qué quiere decir muy avanzada: ¿Que es una decisión que no logra construir una cultura conforme a sí? Aquí abro un paréntesis. Nuestras jurisprudencias viven de cultura, de cultura constitu-

cional, son, por un lado, la expresión de una cultura constitucional, pero por otro lado también tienen que contribuir a la construcción; nuestras decisiones son instrumentos de magisterio constitucional que muchas veces van más allá del *dictum*, tienen que formar una conciencia constitucional. Muchas veces se tiene la sensación de que una decisión de la Corte Constitucional crea un desgarre –va mas allá de ese límite– y puede determinar una reacción contraria. Por ejemplo, la Corte Constitucional italiana decidió en la grave cuestión de la fecundación artificial heteróloga a falta de una ley específica en la materia –me imagino que también en México hay este tipo de problemas–. La fecundación heteróloga se da a través del semen de un tercero. Una propuesta de ley que pudiera regular esta materia estaba pendiente desde hace años en el Parlamento, pero no había sido posible legislar. El caso era el siguiente –y se los voy a indicar porque a veces es oportuno bajar de los principios generales a las cuestiones específicas–, se trataba de una mujer que de acuerdo con su marido había utilizado esta técnica de fecundación artificial heteróloga. Poco tiempo después del nacimiento del niño, el marido intenta una acción de desconocimiento legal del niño. Existe una norma del Código Civil –como creo que en todos los Códigos Civiles del mundo–, que permite al marido desconocer al hijo, si éste ha sido concebido en un periodo de impotencia verificada, y este era el caso; esta pareja había recurrido a las técnicas de fecundación asistida justamente porque había una impotencia del esposo. Entonces, el esposo hizo una demanda para desconocer a este hijo porque decía “evidentemente este no es mi hijo”; el Código Civil le daba la razón al marido, pero el Código Civil es de 1940, se hizo cuando estas técnicas no existían, cuando era evidente que el hijo nacido de una mujer cuyo marido era impotente en el momento de la concepción, era un hijo ilegítimo, era hijo de alguien más, obvio, una norma bien justificada. Se nos pedía entonces una declaración de inconstitucionalidad de esa norma, una sentencia que llamamos aditiva –creo que también en español se dice

aditiva–; en este caso era muy aditiva, porque la norma es inconstitucional puesto que no preveía una situación similar en la que, haciéndose uso de determinadas técnicas, el marido, que estaba de acuerdo –porque hubiera sido diferente si la mujer se hubiera sometido a esta técnica sin su consentimiento- ejerciera el derecho a la acción por desconocimiento.

Era una cuestión muy complicada, como ustedes pueden entender, también desde el punto de vista técnico y de una eventual construcción de una sentencia fuertemente normativa, pero sobre todo, lo que frenó a la Corte Constitucional fue el hecho que se considerara que esa demanda –nacida en ese momento–, no estaba históricamente madura. ¿Qué quiere decir históricamente madura?, quiere decir que nosotros teníamos que habernos anticipado al legislador, habríamos podido decidir; a pesar de que existían muchas opiniones, entre nosotros, pero habríamos podido decidir apelando a principios generales incluidos en la Constitución: la dignidad humana, la tutela de los derechos de los niños, el principio de lo razonable, etcétera; podríamos haber llegado a una decisión, sin embargo –y hubiera sido una decisión en ese sentido, es decir, a favor de la protección del niño y contra la iniciativa del padre–, pero teníamos la sensación de que una decisión de este tipo habría ido demasiado lejos, sobre todo respecto al procedimiento en el Parlamento, porque si nosotros hubiéramos dicho algo así, ustedes pueden entender fácilmente que habríamos presumido la legitimidad del recurso a la fecundación asistida heteróloga. Es claro, porque ésta habría sido una decisión de raciocinio, una decisión consecuente con la misión del principio de la fecundación heteróloga, y este era el objeto de discusión. De hecho, la ley que se aprobó más adelante permitió la fecundación artificial homóloga, es decir, dentro de la pareja, pero no la heteróloga, por los grandes problemas que ocasionó. Yo no quiero decir si estoy a favor o en contra, pero es obvio que hay muchos problemas éticos, morales, jurídicos, de estatus

personales, etcétera, derecho de búsqueda de la paternidad natural, en fin, una serie de cosas muy complicadas como las que vemos cotidianamente. Pues bien, contestamos sin prejuzgar el trabajo del Parlamento, considerando que la tarea de la Corte es intervenir después de que el Parlamento ha hecho sus elecciones, nuestro poder es un poder de control, no de anticipación. Ustedes podrían preguntarme ¿y cómo decidieron?, ¿cómo salieron de esto?, porque claro que hay que dar una respuesta; tomen ustedes en cuenta que en Italia el control de las leyes es promovido por procedimientos incidentales y que nacen en el curso de juicios civiles, penales y administrativos; cuando un Juez que tiene que decidir una causa se encuentra frente a una norma de la cual es dudosa su constitucionalidad se llega a una prejudicialidad constitucional; nosotros tenemos que dar respuesta al Juez, porque el Juez tiene que resolver su causa. Respondimos así: “la cuestión es inadmisibile”; ustedes me pueden acusar de Pilatos, que nos lavamos las manos, pero no, sino que adoptamos una de las muchas técnicas, porque los instrumentos de decisión son muchos. Dijimos, “es inadmisibile porque el Juez denunció una norma, la del código de 1940, que no puede aplicarse a este caso específico”; es decir, aparentemente se podía pensar que tratándose de una persona impotente cuya esposa concibió a un hijo en el periodo de la impotencia, este caso podría estar dentro de lo previsto por el código, pero *la ratio legis* de 1940 era la del adulterio, mientras que el caso actual era otra cosa, no era el adulterio. Entonces le dijimos al Juez “propusiste una cuestión sobre una ley que tú no tenías que aplicar, porque la *ratio legis* te aleja de esa ley”; después, claro, agregamos “para decidir este caso específico tendrás que tomar en cuenta todos aquellos principios constitucionales que se involucran: la dignidad de la persona, el derecho de que no se le atribuya a nadie la paternidad de un hijo que no es propio, la protección del menor, etcétera”. Entonces, le devolvimos al Juez la revisión del caso concreto; es decir, no adoptamos una decisión capaz de prejuzgar el problema en

una forma definitiva y para siempre. La cuestión pasó por todas las instancias judiciales hasta llegar a la Corte de Casación, donde se estableció este principio, no escrito pero ostensible –todos somos juristas aquí, y todos sabemos que nuestras Cartas Constitucionales nos pueden proporcionar, si bien no todo, sí muchas cosas de las que necesitamos–, la Corte de Casación estableció el principio por el cual no nos podemos retractar de un compromiso sin justificar el motivo; entonces, el padre que había dado su consentimiento para esa concepción –no habiendo ningún motivo que justificara un cambio de opinión–, no podía revocar ese consentimiento y, por tanto, no tenía derecho a la acción por desconocimiento.

Podría estarme aquí hablando días enteros, pero nada más quiero hacer una última reflexión. Muchas cuestiones de jurisdiccionalidad en las que hay dudas son decisiones donde se implica el principio de racionalidad o proporcionalidad. Naturalmente este es un criterio muy elástico, y es esto sobre lo que normalmente no concuerdan los Jueces entre sí; entonces aquí se desarrolló esta regla pretoria –al interior de la Corte–: “si la discusión sobre la razonabilidad de una ley –que a menudo significa la permanencia de la ponderación que hace el legislador a través de diferentes intereses constitucionales– se prolongaba por más de tres horas –claro digo tres horas, pero podían ser dos, tres horas y media, en fin–, si se prolongaba demasiado, quería decir que la ley no era manifiestamente irrazonable y que, por tanto, en este caso de duda insuperable tenía que prevalecer el respeto de la discrecionalidad del legislador”, es decir, muy a menudo el caso de la duda superable es el que lleva a decir a la Corte Constitucional “estamos en ese ámbito en el que debemos dar libertad al legislador de hacer sus elecciones”.

## PALABRAS DEL MINISTRO SERGIO SALVADOR AGUIRRE ANGUIANO

*P*or encargo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, debo agradecer a usted el haber impartido esta conferencia magistral. Todos fuimos testigos de que fue muy rica, de que fue ubérrima, de que fue al punto central de la Diana, y con ella nos pasó lo que a mi juicio nos pasa siempre cuando leemos a Gustavo Zagrebelsky: pese a que tiene una muy abundante producción jurídica, se necesita escribir bibliotecas enteras acerca de lo que dice. Cuando escuchaba el currículum, el palmarés del Dr. Gustavo Zagrebelsky, del profesor Gustavo Zagrebelsky, del presidente vitalicio emérito de la Corte Constitucional de Italia, oí después una serie de galardones y calificativos de honor más, pero pensé que le faltaba uno, y éste lo quiero decir y hacer yo. Pienso que todos los grandes juristas cuando llegan a la cima son reconocidos solamente por su apellido, yo no tengo duda que estamos ante Zagrebelsky, aquel que cuando se mencione por cualquiera que tenga que ver con las cosas de derecho constitucional en este mundo, sabrá que se refiere a Gustavo Zagrebelsky; entonces, me voy a permitir –por hacerle el honor– la libertad de nombrarlo solamente como Zagrebelsky. Él mencionaba que el espíritu de

comunidad hace que todos aquellos Jueces constitucionales tengan –hago paráfrasis, desde luego, no lo dijo así-, un territorio común, y pienso que efectivamente podrá existir un colegio no formalmente constituido, pero finalmente un colegio de carácter universal, que nos hace a todos colegas; y aquí me voy a permitir decirle a Zagrebelsky, además, colega.

Él nos dijo lo siguiente: “Los derechos humanos no tienen fronteras, los jueces constitucionales tenemos como misión fundamental ver por los derechos humanos constantes en la Constitución”; y además –no lo dijo, pero lo significó– inmersos en otros principios y valores que, aunque no estén recogidos en forma textualizada en las Constituciones, están ahí presentes.

Sostuvo que la conquista y la derrota de cualquier Tribunal Constitucional en el mundo constituyen una conquista o una derrota de todas las jurisdicciones constitucionales, y creo que tiene razón, porque cuando la jurisdicción constitucional da un paso adelante en la inteligencia de un problema de esa raigambre, de raigambre constitucional, todas las jurisdicciones constitucionales en el mundo avanzan; pero cuando un Tribunal Constitucional sufre un revés por el poder político, al cual le pudo haber parecido demasiado lo resuelto y lo dicho por un Tribunal Constitucional, todas las jurisdicciones constitucionales sufren mella.

Afirmó algo que me pareció también muy interesante: que “Una vez Juez Constitucional, siempre Juez”. Me pareció muy curioso que piense, en esencia, que el haber sido Juez Constitucional imprime carácter para siempre –aun cuando se deje de serlo en activo–, como es el caso de nuestro conferencista. Yo me adhiero y compro esa idea: siempre será Zagrebelsky un Juez Constitucional; y se ve que conoce en serio las Cortes Constitucionales, porque ha calado en su forma de ser y de manifestarse desde dentro;

por tanto, encuentro cierta comunidad de problemas en sus expresiones y en sus vivencias. Dice, por ejemplo, que alguna vez el Parlamento italiano, o algunos parlamentarios italianos se preguntaron ¿Cómo es posible que quince se superpongan a lo dictado y decidido por ochocientos?; no sé si esto será históricamente fidedigno o sólo sea una alegoría hiperbólica, pero este tema lo hemos escuchado en otros lares también.

Zagrebelsky asevera algo muy, muy interesante: “Cuando se trabaja en colegio, el colegio es el que decide”, y no lo dijo así, pero sugirió que el Juez individualmente considerado no es nada. Además –y estoy hilvanando muy ancho, porque no quiero exprimirlo más en su tiempo, aunque sé que tiene batería para hablar días enteros, como él lo dijo, también los días pueden parecersele pesados– adujo lo siguiente: “un Juez en alguna medida debe ser un renunciante que negocie su posición particular, en beneficio de la mayoría interpretativa del colegio”; y es renunciante porque, según entendí, en Italia no existe el voto particular– circunstancia que evidencia que existen diferencias en los sistemas constitucionales–; luego, si no hay voto particular, siempre se interpreta buscando la unanimidad y la posición particular, cuando es minoritaria, se negocia. Eso me hace recordar la humildad de los cenobitas italianos del siglo XIII y XIV.

Realmente podría felicitar a un Juez Constitucional que se autoanula en esa forma y suma su voluntad como un renunciante al sentido mayoritario; y no estoy tan seguro de que cuando hay voto particular se vote la Constitución. Zagrebelsky nos refirió un axioma en el sentido de que la Constitución no se vota, porque ya se votó una vez y es la única que se puede votar. Comparto totalmente este aserto, pero leí su obra titulada *El derecho dúctil*, y en ella hay casi una invitación a ser creativos en la interpretación; ahí se nos dice que se vale interpretar en ausencia de la voluntad del legislador –o cuando menos eso creí haber entendido–, y

también en contra de su voluntad, lo cual es una audacia de avanzada, que a mí me parece además muy correcta.

Nos refirió el caso de la inseminación con semen de tercero, en donde la Corte prefirió sobreseer. El Tribunal Constitucional *ad hoc*, y no con otras características sino con las propias del Tribunal Constitucional italiano, prefirió sobreseer y no entrar al mérito de fondo del asunto, y aquí encuentro yo cierta paradoja.

Me pareció enormemente interesante el comentario que expresó respecto de los inconvenientes de una discusión pública, y más si ésta se hace en aras de la transparencia; no, yo creo que lo que se hace en aras de la transparencia –que parece ser un nuevo valor destacado de la democracia– es la transmisión en directo, que yo creo tiene algún *rating* –mi mamá nos ve a diario, y me dice que le da mucho gusto verme, aunque no entienda lo que estoy diciendo–. Esto se hace en la búsqueda de la transparencia, pero lo que no se hace en aras de la transparencia es discutir en público, esto es una añeja norma constitucional, que para no improvisar –porque siempre es más fácil errar improvisando– voy a darle lectura, se trata del párrafo cuarto del artículo 94 de nuestra Constitución. Éste es el folleto constitucional, y dice lo siguiente: “En los términos que la ley disponga, las sesiones del Pleno y de las Salas serán públicas y, por excepción, secretas en los casos que así lo exijan la moral o el interés público”. Entonces, ante nosotros puede haber una serie de razones de estimativa de conveniencia o inconveniencia, pero finalmente Constitución *dixit*.

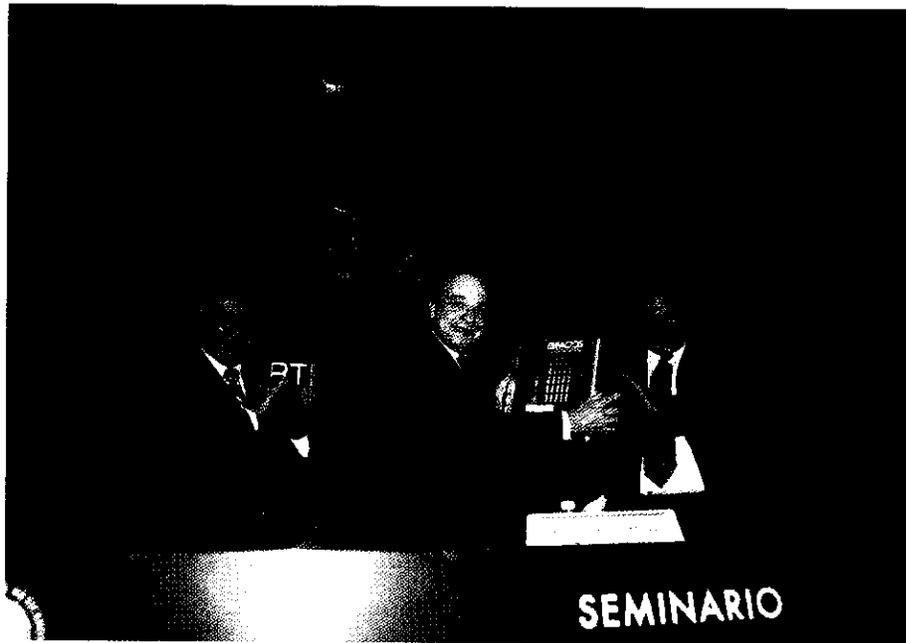
Muy interesante también su disertación acerca de la cosa pública, la jurisdicción y la democracia. Es algo, de veras, que en tanto cuanto no se ate al voto unánime forzado, a que se refirió Zagrebelsky, porque en eso podrá haber opiniones, yo le concedo al voto particular un valor testi-

monial y a la disidencia, finalmente si se registra, un valor no más allá de que hubo otras opiniones, reconociendo que el Tribunal Constitucional decidió, y eso hay que respetarlo.

Vale la pena concluir mi intervención y mi agradecimiento citando a un autor piemontés que dice, en alguna de sus obras: “La Constitución fija de una vez por todas los principios de libertad y justicia, sus garantías no pertenecen a la política, pero hacen una función política; comprender esta paradoja significa penetrar en la esencia de la misma democracia”.

Gracias





Esta obra se terminó de imprimir y encuadernar en agosto de 2006 en los talleres de Gama Sucesores, S.A. de C.V., Ingenieros Civiles, núm. 94, Col. Nueva Rosita, Delegación Iztapalapa, C.P. 09420, México, D.F. Se utilizaron tipos Garnet de 10, 11 y 22 puntos y Shelley Andante BT de 38 puntos. La edición consta de 1,500 ejemplares impresos en papel couché mate dos caras de 100 grs.