

LA OPINION COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO

Distinta de la competencia objetiva en materia procesal, es la competencia subjetiva; aunque, por regla general, una y otra van unidas.

Al tiempo que la primera mira en abstracto a la entidad misma encargada de administrar justicia, tanto en el caso de que se trate de un cuerpo colegiado, como en el de que sea un órgano unipersonal, sin tener para nada en cuenta las personas que integran dicho cuerpo o la que desempeña las funciones del mencionado órgano; la segunda, la competencia subjetiva, dice relación a estas personas.

Es también distinta la manera como se determina por la ley una y otra clase de competencia, porque mientras la objetiva es señalada por preceptos que tienen un contenido, por decir así, positivo, la subjetiva la señalada la ley por medio de normas negativas, de textos en que se indican los casos en que un funcionario carece de ella. De este modo, una entidad, un órgano tendrá competencia objetiva cuando se esté frente a un caso de aquéllos que la ley dice que son de su competencia, de su conocimiento; mientras que un funcionario será subjetivamente competente, siempre que respecto del asunto a su estudio no se encuentre en ninguno de los casos que la ley señala como de impedimento.

Además, el criterio seguido por el legislador para hacer este señalamiento, para establecer los impedimentos es el de que para que se administre rectamente justicia, quien va a realizar tan alta misión no puede tener interés o nexo alguno, tanto con las personas que intervienen en el juicio cuya decisión le corresponde, como también con el problema mismo que ha de ser el objeto de esa decisión.

Entre estos impedimentos o motivos que hacen que un determinado funcionario no pueda, conforme a la ley, conocer de un negocio determinado; que hacen que él carezca respecto de ese negocio, de competencia subjetiva, está el de haber emitido opinión.

Así, en el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimien-

to Penal, se dice que es causa de impedimento: "Haber dado consejo o manifestado su opinión sobre el asunto materia del proceso", y así, también, en el artículo 4º de la Ley 96 de 1936, que trata de las demandas de inexecutable de leyes y decretos, se estatuye que será causal de impedimento y recusación, entre otras, "haber conceptuado el Magistrado sobre la constitucionalidad de la disposición acusada..."

No se encuentra una norma igualmente explícita en materia procesal civil; pero, además de que no vemos inconveniente para que se aplicaran por analogía los preceptos transcritos, tanto más que existe, en cierto modo, mayor razón para que no pueda actuar como juzgador en un juicio civil la persona que ha hecho conocer su opinión acerca del asunto que es materia de él, de la que hay para erigir en causal de impedimento este hecho dentro de los procesos penales o de las actuaciones sobre inconstitucionalidad, porque en el proceso civil se debaten intereses particulares, mientras que en lo penal y en el caso de demandas de inexecutable, lo que está en juego es un interés público, motivo por el cual es más presumible parcialidad en el primero de estos casos, que no en cualquiera de los otros dos; además, repetimos, de que sería posible esta aplicación analógica, el impedimento por opinión puede considerarse que está consagrado implícitamente en el numeral 9º del artículo 435 del Código Judicial, donde se lee: "Son causas legales de impedimento y recusación... 9º Haber favorecido a cualquiera de las partes en el negocio que es materia del pleito, o en el pleito mismo, o intervenido en éste como Agente del Ministerio Público, perito o testigo".

Son, en efecto, muchos los modos como se puede favorecer a una de las partes en un pleito, y entre ellos puede caber el de haber dado opinión favorable a los intereses de la una, y adversa a los de la otra parte.

Esto sentado, importa ahora averiguar cuándo es que puede considerarse que una persona ha emitido opinión para efectos de la causal de impedimento y recusación establecida en la ley, esto es, si como tal puede tenerse lo dicho por un funcionario con ocasión del ejercicio de las atribuciones propias de su cargo, como también si para ello basta que quien va a juzgar haya dado a conocer en alguna ocasión su pensamiento acerca de un problema jurídico, que es el mismo que constituye la materia del debate judicial, o si es preciso, por el contrario, que ese concepto haya sido manifestado en relación con el caso particular que va a ser objeto de decisión judicial.

La Sala de Casación Penal de la Corte ha entendido que también lo expuesto en una providencia o en cualquier otro acto realizado en ejercicio de funciones públicas dentro del proceso puede ser tenido

como opinión para efectos de declarar impedido a un juez o magistrado; porque, de manera invariable, la mencionada entidad ha sostenido que no puede proferir sentencia en segunda instancia la persona que como juez profirió en la primera el auto de proceder.

En sentencia de casación de 9 de septiembre de 1941 se lee al respecto lo siguiente: "El motivo de impedimento previsto en el numeral 3º del artículo 435 del código de procedimiento civil, no podría interpretarse en sentido restringido, pretendiendo que allí sólo se contempla el interés económico o patrimonial, pues los intereses de orden moral o afectivo suelen perturbar con tanta o mayor eficacia que aquel los dictados de la razón y por eso, puede decirse que unos y otros constituyen la raíz del sistema legal de los impedimentos y recusaciones", y con base en que el magistrado que había dictado el auto de proceder tenía interés en la controversia planteada en torno de tesis que resultaron encontradas, la Corte invalidó la sentencia en cuyo proferimiento tomó parte aquel, precisamente porque dicho magistrado estaba impedido.

Igualmente, en auto de 13 de noviembre de 1945, la misma Sala de Casación Penal dijo: "Si un juez dictó el fallo en primera instancia o calificó el sumario en primera instancia y luego pasó a ocupar el cargo de magistrado que debe estudiar ese mismo proceso, es claro que no podrá formar parte de la Sala que va a dictar decisión en él".

Más explícita todavía es la providencia de 22 de marzo de 1946, donde se lee: "Circunscrito el numeral 7º del artículo 73 —que es el que determina los motivos de incompatibilidad en los jueces o magistrados— al motivo que constituye el hecho de "haber dictado la providencia de cuya revisión se trata", "la opinión sobre el asunto materia del proceso" que el numeral 4º enuncia como motivo de recusación, no puede limitarse a la opinión emitida fuera de la función jurisdiccional; debe también comprender los actos jurisdiccionales cuya validez presume una deducción, un juicio, un razonamiento, esto es, una opinión o un concepto fundados en el análisis y apreciación de los elementos jurídicos que esos actos —según su objeto y contenido— integran y componen.

"Típico de esos actos jurisdiccionales es la providencia por la cual se califica el delito y se llama a juicio al procesado, y cuya forma y contenido determina el artículo 431 del estatuto procesal penal. Esta calificación —como la norma referida lo prescribe— implica un especial proceso de análisis y de síntesis de los elementos y modalidades del delito y de los elementos y modalidades de la responsabilidad, deducidos de las pruebas, y que en la mayoría de las veces y no obstante las garan-

tías y oportunidades que el juicio público ofrece al procesado, viene a constituir, sin adición ni modificación alguna, la parte fundamental de la sentencia recurrida. Esta realidad procesal e histórica explica por qué "la opinión sobre el asunto materia del proceso", erigida en motivo de recusación, puede también ser emitida en actos jurisdiccionales que preceden a la sentencia o son distintos de ella, como entre otros, el que califica el sumario o el que ordena —por causa de contradicción entre el veredicto y los hechos— se convoque a nuevo jurado, y en los cuales el análisis y el juicio, esto es, la opinión sobre la materia del proceso, son base de la decisión. La misma realidad procesal e histórica explica y justifica la posición del funcionario que, después de haber dictado o concurrido a dictar una de aquellas providencias en la primera faz o instancia del proceso, se abstiene de intervenir en la instancia o faz ulterior de revisión".

Podrían hacerse muchas otras citas, porque son ya innumerables ocasiones en que la mencionada Sala de la Corte ha sostenido esta tesis, pero para completar el estudio de lo que en el particular ha dicho el más alto tribunal colombiano, basta hacer referencia al auto de la Sala Plena de diez y seis de octubre de mil novecientos cincuenta, por medio del cual se resolvió acerca del impedimento manifestado por dos magistrados para intervenir en la sentencia que debía decidir de la exequibilidad del artículo 226 del Código de Procedimiento Penal.

Como se recuerda en la providencia mencionada, al iniciarse la discusión del proyecto de sentencia sobre la exequibilidad de la dicha norma y de otra del mismo Código, los magistrados Dres. Francisco Bruno y Agustín Gómez Prada, que formaban parte de la Sala Penal, manifestaron su impedimento alegando para ello que habían dado concepto sobre la constitucionalidad de la norma acusada en dos actos realizados en ejercicio de sus funciones de magistrados en la Sala de Casación Penal (en un salvamento de voto, el uno; y firmando una sentencia, el otro).

Para fundar su decisión aceptando el impedimento manifestado por los dichos magistrados, dijo la Corte, refiriéndose al artículo 4º de la Ley 96 de 1936: "No hace la ley, como se ve, ninguna distinción sobre las circunstancias particulares en que el Magistrado haya podido conceptuar sobre la constitucionalidad, para deducir el impedimento; ni, a diferencia de lo que sucede con la aplicación de normas de derecho privado a los casos particulares que se suscitan ante la Justicia, se encuentra razón ninguna que permita excluir de esta causal, el caso en que el concepto se haya emitido a través de un fallo judicial, pues mientras el objeto de las controversias privadas lo constituye una re-

lación jurídica distinta de la propia ley, en las demandas sobre inexecutable la materia exacta de la decisión es el contenido de la misma ley. Por ello es preciso aceptar los impedimentos manifestados por los cuales declaró nítidamente su opinión sobre la inconstitucionalidad de uno de los textos acusados, en tanto que el segundo se mostró francamente conforme con su exequibilidad".

La tesis de que quien ha dictado en primera instancia auto de proceder está impedido para intervenir, en la segunda, en el proferimiento de la sentencia, nos parece y ha parecido siempre que carece de suficiente respaldo legal; porque con la misma razón con que se sostiene que el funcionario ha dado en cierto modo a conocer su opinión, la que tiene interés en conservar, también podría decirse, y con más razón todavía, que ya hha emitido su opinión quien ha dictado una providencia cualquiera, y que, por lo tanto, es absolutamente inútil el recurso de reposición; a pesar de lo cual la ley lo tiene consagrado expresamente, tanto en materia civil, como en el procedimiento penal, y la práctica demuestra que muchas veces, ante los argumentos expuestos por el interesado en el escrito en que interpone el recurso, el funcionario cambia de parecer y modifica él mismo su decisión.

Por otra parte, aunque no idéntica, sí existiría razón muy semejante para que fuesen dos funcionarios distintos los que en primera instancia profiriesen el auto de proceder y la sentencia; a pesar de lo cual, por expresa disposición legal, es precisamente el juez de la causa, es decir, el que tendrá a su cargo el dictar la sentencia, el que debe calificar el mérito del sumario y, por consiguiente, apreciar el acervo probatorio y decidir si de esas pruebas resulta plenamente establecido el cuerpo del delito y si hay por lo menos cierta prueba de la responsabilidad del inculpado, a fin de, en caso afirmativo, llamarlo a juicio.

Sin duda la razón no es idéntica, porque en el caso de que se ha ocupado la Corte se trata de una instancia distinta, superior, con cuyo establecimiento se busca una mayor garantía de acierto mediante la revisión de lo que se decidió en la primera. Pero es muy semejante la razón, porque si el hecho de haber decidido una cosa en el auto de proceder, implicara forzosamente manifestación de su opinión por parte del funcionario acerca de puntos tan fundamentales del proceso penal, como son los anotados de la prueba del cuerpo del delito y de la imputabilidad de determinada persona como su autor, cómplice, partícipe, etc., y, todavía más, fundara presunción más o menos grave de que él no ha de cambiar su decisión al respecto; entonces el dejar a este mismo funcionario dictar a sentencia, implicaría el establecimiento por parte de la ley de actuaciones inútiles, y es contrario a toda norma de inter-

pretación legal presumir que el legislador ha hecho algo absurdo, cuando la presunción, aunque carente muchas veces de fundamento, es precisamente la contraria, la de la sabiduría del legislador.

Pero hay todavía más para que sea posible, siquiera por hipótesis, la intervención en el proferimiento de la sentencia de segunda instancia por parte del mismo funcionario que ha dictado el auto de proceder en la primera, es preciso que en ésta haya tomado parte otro funcionario, porque de lo contrario se trataría de que el mismo que dictó la sentencia la revisara luego, aunque fuese en unión de otros como miembro de un Tribunal, lo que sí constituye indiscutiblemente causa de impedimento, porque expresamente lo prevé el Código de Procedimiento Penal en el numeral 7º del artículo 72.

Y la intervención de esta otra persona, constituye en cierto modo suficiente garantía de acierto, porque hay el parecer de otro que ha realizado el estudio de las pruebas y que, sin embargo, ha llegado a la misma o a distinta conclusión a la que había llegado el funcionario que profirió el auto de proceder, según que la sentencia haya sido condenatoria o absolutoria, y en este caso, de que lo haya sido porque la prueba no era siquiera suficiente para llamar a juicio, o por el contrario, porque, siendo bastante para ello, no era la plena requerida para condenar; o, por último, porque la tenida en cuenta en el momento de proferir el auto calificadorio del sumario, había quedado desvirtuada luego por las recogidas o practicadas durante la etapa del juicio.

Más fundada puede parecer la otra doctrina relacionada con el impedimento en caso de demanda de inexecutable de una ley, porque entonces es desde todo punto de vista indiscutible que es una misma la cuestión que va a ser decidida en el fallo y aquella sobre la cual ya se pronunció el magistrado. Pero aún en este caso, la duda de si existe o no impedimento podrá surgir tan sólo cuando en un acto judicial (sentencia, auto o salvamento de voto) el funcionario ha sostenido en forma expresa que a juicio la norma de cuya executable se va a decidir es constitucional, o que por el contrario viola la constitución; mas nunca podrá extenderse tanto el concepto de opinión, que se considere que ella ha sido emitida en sentido favorable a la constitucionalidad de la norma acusada, cuando el funcionario que se declara impedido o a quien se recusa lo único que ha hecho es aplicar esa disposición en uno o más casos, y esto porque de tal hecho se dedujera una aceptación tácita de que la ley o el decreto en cuestión son constitucionales.

Sin embargo, aún en el caso de un pronunciamiento expreso, no es muy claro el fundamento de un impedimento, porque militan argu-

mentos de mucho peso tanto en favor de una solución afirmativa, como en favor de la negativa.

En apoyo de esta última solución, es decir de la tesis de que el impedimento consistente en haber emitido opinión acerca de la constitucionalidad de la norma acusada existe tan sólo cuando el parecer del magistrado que considera debe separarse del conocimiento de la demanda de inexecutable o a quien se recusa, ha sido dado a conocer en un acto particular, en acto que no ha sido realizado en cumplimiento de sus funciones judiciales, se aducen importantes y muy jurídicas razones en un auto muy reciente proferido en la Corte por el magistrado sustanciador Dr. Néstor Pineda, en la demanda de inexecutable de algunas disposiciones o artículos del Código Contencioso-Administrativo relacionadas con la indemnización de los daños ocasionados con la realización de trabajos públicos, y para decidir del impedimento manifestado por tres de los magistrados de la Corte.

Para fundar la solución negativa, es decir para declarar infundados los impedimentos de los Dres. Estrada Monsalve y Gómez Prada, el último de los cuales apoyaba el suyo en que como magistrado de la Sala de Negocios Generales de la Corte había sostenido en más de una sentencia que las disposiciones de cuya constitucionalidad debía decidir ahora de manera definitiva la Corte, son inconstitucionales, sustentando ello en los mismos argumentos presentados después por el demandante en acción pública; mientras el primero hacía consistir su causal de impedimento, en el hecho de que como miembro del Consejo de Estado en épocas anteriores, expresamente en varios juicios y con el objeto de refutar lo dicho anteriormente por la Corte, había afirmado la executable de esos artículos; para fundar —repetimos— la solución negativa y negar la existencia del impedimento en esos dos magistrados, el sustanciador Dr. Pineda, en auto que lleva por fecha la de 21 de abril de 1955 hace una extensa exposición acerca de las diferencias existentes a su juicio entre sentencia y concepto, para concluir que la opinión que configura impedimento es únicamente la dada a conocer por medio de un concepto, pero nunca la expresada en una sentencia.

Conviene reproducir, para mejor estudio del problema, lo principal siquiera de lo dicho por el mencionado funcionario: "**Sentencia** —dice— es evidentemente opinión del juez, juicio de éste, declaración de su pensamiento cuando interpreta la ley para aplicarla al caso controvertido y deducir las consecuencias que determinan su decisión. La solución de toda cuestión jurídica se halla, en verdad, predeterminada por el derecho, en el sentido de que el derecho es la fuente de toda decisión jurídica. La lógica interna de la actividad del juez obliga a concebir el

derecho como objetivamente anterior, o sea, como ya dado al Juez, que no debe crearlo sino buscarlo y declarar su aplicabilidad respecto al caso particular. Lo cual no quiere decir que el juez sea un ciego instrumento para aplicar mecánicamente la ley, porque como dice Del Vecchio, nadie puede desconocer que la interpretación del derecho y sobre todo, la que se reclama al juez, es una verdadera y original reflexión suya. Estos mismos rasgos esenciales se descubren en el análisis del "concepto" rendido por el jurisconsulto, quien interpreta el derecho y estudia los hechos que se someten a su consideración. Pero el concepto, la **respuesta** del jurisconsulto, implica la idea de ejercicio profesional y el dictamen que contiene sirve apenas para ilustrar la cuestión sin decidirla.

"Desde el punto de vista de su estructura el parecer del jurisconsulto y la sentencia del juez tienen rasgos comunes y aún idénticos, pero es esencialmente distinta su eficacia, puesto que el consultor **aconseja** mientras que el juez **manda**; el primero deja en libertad al interesado acerca de la conducta a seguir, mientras que el segundo lo vincula, lo obliga. Esta diferencia de efectos —dice Carnelutti—, ha de encontrar lógicamente su causa en la diversa naturaleza de los actos; si el dictamen posee eficacia menor que la sentencia, evidentemente ello significa que ésta tiene alguna cosa distinta y alguna cosa más. Esta cosa más consiste en que mientras el dictamen es sólo un juicio, la sentencia es también un **mandato**. Su naturaleza de mandato es, infaliblemente, el **prius** lógico de su eficacia vinculante: obligación y mandato no son, en efecto, sino una misma cosa vista desde dos lados distintos".

"Pero el mandato que contiene la sentencia —sigue el magistrado Dr. Pineda tan sólo vincula a las partes en la relación procesal, aunque en ciertos casos ella produzca efectos **erga omnes**. Como es obvio, el mandato contenido en la sentencia se halla en la resolución, no en la motivación. Esta última es el trabajo de interpretación de la ley, la verdadera y original reflexión del juez.

"En qué medida la motivación de una sentencia afecta para el futuro la imparcialidad esencial que se presupone en todo juzgador? Afectará esto a la misión del juez, en su alcurnia espiritual? Los mismos interrogantes pueden hacerse con respecto al jurisconsulto que con posterioridad a su dictamen es llamado como juez a decidir en la cuestión que fue objeto de su estudio.

"Acaso pudiera encontrarse una cierta dosis de escepticismo sobre la naturaleza moral del hombre en la doctrina (G. J. Nº 2062, p. 410) que considera el vínculo puramente intelectual "como presupuesto limitativo del raciocinio del juzgador, y posiblemente de su volun-

tad, no sólo en forma de apego a sus ideas ya expresadas, sino también de amor propio o de vanidad alrededor de éstas". Como si el hombre no pudiese por su propia naturaleza ser movido más que por el amor propio o egoísmo. No es éste el ángulo desde el cual deba mirarse la cuestión, sino otro muy distinto, a saber: el ángulo legal o jurídico, que toma en cuenta el vínculo del hombre con sus juicios previos como dimanante, no de la psicología, sino de la legalidad.

"En efecto, tanto la doctrina general del derecho como la ley positiva (Artículos 26 del C. C. y 4º de la Ley 169 de 1896), tienen admitido y consagrado que la jurisprudencia no es fuente formal de derecho, sino mero **precedente** de que pueda apartarse el sentenciador cuando quiera que juzgue erróneos sus fundamentos. La opinión, el juicio contenido en la motivación de la sentencia no obliga al juez para el futuro, no lo vincula jurídicamente pero ni aún desde el punto de vista de la ética. Al contrario, la ética manda que el juez, encarnación de la justicia, no se aferre al error cuando ha sido convencido de que en él ha incurrido; ella presupone en el juez la entereza moral necesaria para recoger el error y modificar el criterio interpretativo de la ley.

"De diferente manera se enfoca la conducta del jurisconsulto que ha preguntado sobre la cuestión que posteriormente debe decidir como juez. El ha emitido un concepto, que si bien deja en libertad a quien le fue rendido, vincula definitivamente el juicio del autor, así se le considere bajo la perspectiva de la ética o a la luz del derecho. Ética y derecho que obran siempre, mezclados e influídos recíprocamente —como en todas las relaciones sociales— en la práctica de la profesión de abogado, en su ejercicio. La ley positiva dio el carácter de norma jurídica a los preceptos de la ética profesional y aún a las reglas de la delicadeza y el decoro profesionales (Artículos 8º y 9º de la ley 69 de 1945 y 10 de la ley 21 de 1931).

"El jurisconsulto es libre para emitir o no su concepto, el cual tiene origen en un acuerdo de voluntad con el tercero que se lo solicitó. No importa que lo haya emitido remunerada o gratuitamente; pero en la medida en que fue libre para rendirlo, queda obligado a respetarlo posteriormente, en el caso concreto sobre que versa.

"El juicio que el juez emite en la sentencia no tiene como fuente su libre voluntad: está obligado a emitirlo en virtud de mandato legal (Artículos 163 de la Constitución y 48 de la ley 153 de 1887); y en la misma medida en que para él es forzoso expresar su opinión, es libre para separarse de ella cuando, con más meditado estudio, juzgue erróneas sus apreciaciones anteriores.

“Se desprende de lo anteriormente expuesto que, aunque semejantes en su estructura, el juicio del intérprete en la motivación de sus sentencias y el concepto del jurisconsulto en el ejercicio profesional, tienen esencia distinta y producen efectos diferentes, considerados desde el punto de vista ético jurídico. Por consiguiente, no pueden tener en la ley el mismo significado para los efectos de la necesaria imparcialidad e independencia de criterio que caracterizan idealmente al buen juez.

“El “concepto” que inhabilita al Magistrado para intervenir en un juicio de inexequibilidad, no es la opinión, el juicio emitido por él en la motivación de las sentencias firmadas por él, sino el rendido como jurisconsulto en el libre ejercicio de la profesión de abogado”.

A todo lo anterior puede observarse que aunque no es posible negar las diferencias existentes entre el concepto emitido por un profesional y la sentencia dictada por un juez, no se ve claro cómo pueda incidir esta diferencia por lo que hace o toca con los impedimentos, por lo que dice relación con el impedimento consistente en haber conceptuado acerca de aquello que debe ser objeto del juicio en época anterior al momento en que va a ser decidido éste; por haber, en el caso concreto de las demandas de inexequibilidad haber dejado pública constancia en un escrito, aunque él sea una providencia judicial o un salvamento de voto, de si a su juicio, a juicio del juez o magistrado, la norma pugna con algún precepto constitucional o, por el contrario está en un todo conforme con la Carta.

Y no se ve claro cómo pueda incidir esta diferencia, porque tanto en uno como en otro caso, el funcionario ha hecho público su concepto acerca de si es o nó constitucional una determinada norma, y esto lo ha hecho en ambos casos con un fin práctico, con el de obtener una determinada solución favorable para los intereses de su cliente profesional, en uno; y con el de resolver un negocio en forma distinta de la ordenada por la ley, o por el contrario, de ajustarse al precepto de ésta, apartándose del concepto de un abogado o del de sus colegas, para quienes la ley es inaplicable por ser inconstitucional. Por consiguiente, en todos los eventos dichos el magistrado estará cohibido para modificar públicamente su decisión, su manera de pensar, al proferir un fallo de inexequibilidad de la norma acerca de cuya constitucionalidad ya él se pronunció.

Si, pues, como dice Rocco en su obra sobre derecho procesal civil, al tratar de los impedimentos, “El fin, que impone tales condiciones, es el de poner al juez en condiciones de desarrollar su función con la objetividad, imparcialidad e independencia necesarias, evitando aque-

llos hechos y circunstancias que pueden influir en su juicio o que pueden al menos no dejarle la serenidad indispensable para formarse cabal y exacta convicción” (1); es claro que nada importa que el concepto acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley haya sido manifestado por medio de un acto particular y realizado en ejercicio de la profesión de abogado, o que por el contrario él se haya hecho público por medio de un acto judicial, porque en ambos casos no se encontrará el magistrado en condiciones de desarrollar su función con la objetividad, imparcialidad e independencia necesarias. Aún en el caso de que el acto por medio del cual él ha expresado su concepto haya sido realizado en ejercicio de sus funciones de magistrado, él se encontrará cohibido cuando menos por el temor de que se le tache de prevaricador, especialmente cuando ese concepto fue adverso a la constitucionalidad de una ley y con base en esa presunta inconstitucionalidad, dejó él de aplicarla en un caso determinado, favoreciendo con ello los intereses de una parte que, de haber sido decidida la controversia en conformidad con la ley, habrían sufrido perjuicio, y perjudicando los de la otra que en el evento contrario habrían resultado favorecidos; si luego hubiese de cambiar de opinión y de adoptar la solución contraria en el fallo de inconstitucionalidad, declarando exequible la norma que primeramente consideró inconstitucional.

El único argumento valedero en contra de la solución de que un magistrado que ha conceptuado acerca de la exequibilidad de una norma está impedido para tomar parte en el fallo con que la Sala Plena de la Corte ha de decidir acerca de esa cuestión de manera definitiva, podría ser el de que entonces jamás un juez podría fallar un juicio después de haber decidido otro semejante, porque al sentenciar en el primero ya había en cierto modo expresado su concepto acerca de cuál sea la verdadera interpretación de cierto texto legal.

Razón es ésta por la cual somos de opinión que el problema no puede recibir una solución general, sino que es preciso distinguir el caso de la sentencia de exequibilidad de una ley, de los demás casos en que en un juicio civil o en un proceso penal se ha debatido un problema semejante. La identidad que en apariencia existe entre las dos hipótesis, se desvanece si se miran las cosas con más detenimiento y se examina mejor el problema. En el caso de la constitucionalidad de una norma, es absolutamente uno mismo el problema sobre el cual debe decidir la Sala Plena de la cual forma parte el magistrado, y el problema sobre el cual expresó su opinión en un juicio civil o en un proceso penal, a fin de aplicar o de dejar de aplicar esa norma. En el caso de dos juicios civiles o de dos procesos penales, la identidad no es absoluta,

porque lo único que hay de común es la norma sobre cuyo alcance ya se pronunció en otra ocasión el magistrado, pero son otras las pruebas y demás elementos de juicio, cualquiera de los cuales, al ser distinto puede modificar la solución del juicio o controversia, aunque permanezca la misma la interpretación que se dé a un determinado texto legal.

En conclusión: creemos que el simple hecho de haber manifestado cuál es la recta interpretación de una norma legal, no constituye causal de impedimento, mientras, por el contrario, sí está impedido para intervenir como magistrado de la Corte en el fallo de la Sala Plena sobre exequibilidad de una ley, la persona que ha dado a conocer públicamente su concepto acerca de si esa ley es o no constitucional, aunque tal concepto haya sido expresado por medio de una sentencia o de cualquier otro acto realizado en cumplimiento de las funciones propias del cargo de magistrado, pero previamente al momento en que va a ser proferida la decisión de exequibilidad por toda la Corte.

- (1) Ugo Rocco. -**Derecho Procesal Civil**, traducción de Felipe de J. Tena, México, 1944, pág. 205.

Jesús Medardo Rivas Sacconi