

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 581

Panamá, 1 de junio de 2017

Proceso de inconstitucionalidad.

La firma forense **Morgan & Morgan**, actuando en su propio nombre y representación, demanda la inconstitucionalidad de la **Ley 19 de 26 de marzo de 2013**, que deroga el artículo 569 del Código Judicial, relativo a las medidas conservatorias o de protección en general.

Concepto de la Procuraduría de la Administración.

Honorable Magistrado Presidente de la Corte Suprema de Justicia.

Pleno.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial, con el propósito de emitir el concepto de la Procuraduría de la Administración respecto a la acción de inconstitucionalidad descrita en el margen superior.

I. El acto acusado de inconstitucional.

La firma forense **Morgan & Morgan**, actuando en su propio nombre y representación, interpone una acción de inconstitucionalidad en contra de la **Ley 19 de 26 de marzo de 2013**, que deroga el artículo 569 del Código Judicial, relativo a las medidas conservatorias o de protección en general (Cfr. fojas 1-9 y 13-14 del expediente judicial).

II. Disposición constitucional que se aduce infringida y el concepto de infracción.

La firma forense **Morgan & Morgan** es de la opinión que la **Ley 19 de 26 de marzo de 2013**, que deroga el artículo 569 del Código Judicial, relativo a las medidas conservatorias o de protección en general, acusada de inconstitucional,

infringe el artículo 32 de la Constitución Política de la República; el cual se refiere al principio del debido proceso (Cfr. fojas 2-6 del expediente judicial).

Al sustentar el concepto de la infracción sobre el cual descansa su demanda, la firma forense **Morgan & Morgan** explica que el artículo 32 del Estatuto Fundamental ha sido vulnerado de manera directa, por omisión, puesto que, en adición, señala que la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, en un número plural de decisiones se ha referido al alcance de esa garantía constitucional, particularmente en lo atinente a la observancia de las formas procesales que deben estar concebidas para asegurar la defensa de las partes en el caso en el que intervienen. Por consiguiente, plantea que si el objetivo del proceso es el reconocimiento de los derechos sustanciales, no existe razón que justifique la restricción introducida por la ley acusada de inconstitucional (Cfr. fojas 3-5 del expediente judicial).

También indica la firma forense recurrente, que nos encontramos frente a una violación del artículo 32 constitucional, toda vez que las medidas cautelares dentro de todo proceso civil permiten –previo el cumplimiento de las formalidades legales de rigor– la obtención de dictámenes de carácter provisional, cuyo propósito es asegurar la efectividad de las pretensiones reclamadas en los juicios. Aclara que dentro del género de las medidas cautelares se han distinguido tanto aquéllas específicas, como otras **genéricas**; y que las últimas persiguen, en algunos casos, la obtención de órdenes de hacer o de no hacer por parte de los operadores judiciales, dirigidas a asegurar la cosa u objeto litigioso (Cfr. foja 5 del expediente judicial).

En ese mismo sentido, la actora señala que la norma derogada, cuyo texto es réplica de posturas doctrinales, establecía claramente los presupuestos necesarios para la aplicación de medidas conservatorias, entendiéndose entre éstas (el *fumus bonis iure*) que es la apariencia de buen Derecho, dirigida a obtener la apreciación del Juzgador de forma preliminar (*a prima facie*) de manera

que se puedan conocer las posibilidades que tiene el solicitante de la medida de ser beneficiado en la sentencia de fondo o definitiva; y (el *periculum in mora*), que guarda relación con la existencia de un daño ya producido o de inminente producción, que resultaría irreparable o de difícil reparación por el transcurso del tiempo; todo ello, acompañado de la prueba preestablecida que sustente y justifique la adopción de esas medidas (Cfr. fojas 5-6 del expediente judicial).

En otro giro, la accionante sostiene que sin la existencia de las medidas cautelares reales o personales, el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales se ve mermado, toda vez que la mencionada efectividad presupone que la cosa o la acción reclamada no se desaparezcan o sean de imposible realización al momento de dictarse la sentencia (Cfr. foja 6 del expediente judicial).

Finalmente, la actora manifiesta que con la derogatoria, en nuestro ordenamiento jurídico, de las medidas de protección en general, el proceso civil pierde uno de los elementos fundamentales para hacer efectivas las resoluciones judiciales y deja sin tutela judicial efectiva a los demandantes, con lo cual se viola la norma constitucional invocada (Cfr. foja 6 del expediente judicial).

III. Concepto de la Procuraduría de la Administración.

A. Examen de admisibilidad.

Antes de entrar a expresar nuestro concepto, este Despacho debe señalar que la jurisprudencia reiterada de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, ha indicado que no debe dársele curso a la acción de inconstitucionalidad que adolezca de un defecto que impida su tramitación, como lo es demandar en su totalidad una ley, un decreto ley, un decreto de gabinete, un acuerdo, una resolución o un acto proveniente de autoridad, sin especificar la parte, el artículo o la frase que es contraria al texto constitucional invocado como fundamento de la acción. Ese criterio jurisprudencial está recogido, entre otras, en las Sentencias de 16 de mayo de 1996, 5 de mayo de 1999, 16 de marzo de 2001, 20 de marzo de

2003, 3 de mayo de 2006 y **22 de junio de 2006**, de las cuales nos permitimos citar esta última en su parte pertinente, que preceptúa:

“En esta labor, la Corte se percata que no debe darle curso a la acción de inconstitucionalidad, ya que adolece de un defecto que impide su tramitación, que consiste en la incorrecta técnica de demandar en su totalidad un acto jurídico de autoridad, es decir, sin especificar la parte, artículo o frase que es contraria al texto constitucional invocado como fundamento de la demanda. Sobre este parecer jurisprudencial, es ilustrativo el fallo de 20 de enero de 2002 expedido por esta Colegiatura, que remarca el deber del actor de referirse por separado a cada uno de los preceptos que asegura son contraventores de alguno o algunos artículos de la Constitución. El mencionado fallo sintetiza la tesis al respecto de la siguiente manera:

‘Si bien es cierto el párrafo primero del artículo 203 de la Carta Fundamental en concordancia con el artículo 2559 del Código Judicial prevé contra qué actos puede interponerse la acción constitucional, entre éstos la Ley, no es menos cierto que para enervar los efectos de la misma por medio de la acción constitucional, para ello debe seguirse una técnica jurídica adecuada, que alcance la pretendida declaratoria de inconstitucionalidad. Efectivamente, al revisarse el libelo de demanda se advierte que el actor ha demandado la totalidad de la Ley N° 8 de 1997, con sus respectivas modificaciones, pero no individualiza sistemáticamente y de manera coherente los cargos de violación en que incurre cada uno del articulado de dicho documento jurídico.

...

La jurisprudencia de la Corte ha sido enfática y reiterativa en lo concerniente a la importancia que tiene el presentar las acciones constitucionales individualizando los actos o normas que se consideran vulneran preceptos Fundamentales. Veamos que se ha dicho:

1). ‘Se desprende tanto del petitum de la demanda enderezada por el licenciado Castellanos, como de la explicación del concepto de infracción, que su pretensión va encaminada a que se declare inconstitucional la Ley No.16 en su totalidad, pues no entra a detallar cuál o cuáles de aquélla son las disposiciones que, a su juicio, infringen las normas constitucionales.’ (Resolución de 16 de marzo de 2001).

2). 'La demanda de inconstitucionalidad debe cumplir con requisitos formales taxativamente señalados por la legislación procesal, por lo que su desatención acarrea la inadmisibilidad de la acción. En el caso bajo examen no se individualiza adecuadamente y mucho menos se transcribe el acto que se acusa, formalidad ésta que, por razones lógicas, es de la esencia misma del proceso constitucional.' (Resolución 28 de diciembre de 1998).

3) 'El Pleno estima que la demanda en estudio adolece de defectos formales que impiden su admisión... Finalmente, el demandante impugna la totalidad de las resoluciones en comento, sin especificar el o los artículos que considera son inconstitucionales.' (Resolución de 16 de mayo de 1996).

4) 'No es admisible, por tanto, que la pretensión anunciada se refiera a la derogación o subrogación de un conjunto de artículos que hacen parte de una ley o decreto reglamentario, íntegramente considerado. Es ineludible el deber que recae sobre el actor de referirse, por separado, a cada uno de los preceptos que considera infringen la normativa superior, indicando de igual manera y claridad el concepto de la violación que se alega.' (Resolución de 26 de marzo de 1993).

5) 'Finalmente, la falta de precisión por el libelo en cuanto a los cargos correspondientes, por separado, a cada una de las normas que componen el acto legislativo que se impugna, inhibe a la Corte de realizar la confrontación constitucional más allá del limitado marco jurídico que sugiere la demanda propuesta por el licenciado Agrazal Flores.' (Resolución de 7 de febrero de 1992). (Caso: Demanda de inconstitucionalidad presentada por la firma Rosas y Rosas en nombre y representación de la Asociación de Educadores Veragüenses, Asociación de Profesores de la República de Panamá, Magisterio Panameño Unido, Asociación de Educadores Coclesanos A.E.C.O. y la Asociación de Maestros independientes Auténticos, contra la Ley 8 de 1977, modificada por las Leyes 1 y 24 de 2000 y adicionada por la Ley 29 de 2001. MP. Adán Arnulfo Arjona L.).

Frente a la solidez expresada por la tesis de la jurisprudencia constitucional no es posible tomar como válidos los argumentos o razones del impugnante expuestos al inicio de esta resolución, según los cuales, es procedente esta demanda; aquellos motivos carecen de la entidad necesaria tanto fáctica como jurídica para propiciar un cambio en la doctrina tribunalicia.

Lo ajustado a derecho es no admitir la acción extraordinaria subjúdice.

Consecuentemente, el Pleno de la Corte Suprema administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO ADMITE la demanda de inconstitucionalidad presentada por el licenciado Juan Carlos Henríquez contra la totalidad del Decreto Ley 9, de 20 de febrero de 2006, que crea la Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia y adiciona disposiciones a la Ley 29, de 1 de febrero de 1996.”

No obstante lo anterior, esta Procuraduría observa que la **Ley 19 de 26 de marzo de 2013**, acusada de inconstitucional, prácticamente se limita a derogar el artículo 569 del Código Judicial, relativo a las medidas conservatorias o de protección en general, de la siguiente manera:

“LEY 19
De 26 de marzo de 2013

Que deroga el artículo 569 del Código Judicial, relativo a las medidas conservatorias o de protección en general

LA ASAMBLEA NACIONAL
DECRETA:

Artículo 1. Se deroga el artículo 569 del Código Judicial.

Artículo 2. Esta Ley comenzará a regir el día siguiente al de su promulgación.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Proyecto 565 de 2013 aprobado en tercer debate en el Palacio Justo Arosemena, ciudad de Panamá, a los dieciocho días del mes de marzo del año dos mil trece.

...” (Cfr. Gaceta Oficial Digital 27254 de 27 de marzo de 2013).

Comoquiera que prácticamente se trata de la supuesta violación del artículo 1 de la Ley 19 de 26 de marzo de 2013, procedemos a emitir nuestro concepto con el ánimo de cumplir con nuestra función contenida en el numeral 1 del artículo 206 de la Constitución Política de la República, en concordancia con el artículo 2563 del Código Judicial.

B. Examen de fondo.

Este Despacho concuerda con el criterio expresado por la firma forense **Morgan & Morgan**, por las razones que explicamos a continuación.

Nuestro análisis se centra en lo dispuesto en el artículo 215, numeral 2, de la Constitución Política de la República, que dice:

“Artículo 215. Las leyes procesales que se aprueben se inspirarán, entre otros, en los siguientes principios:

1. ...

2. **El objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la Ley sustancial.**” (Lo destacado es nuestro).

Ese mismo texto se encuentra recogido en el artículo 469 del Código Judicial, que puntualiza:

“Artículo 469. El juez, al proferir sus decisiones, debe tener en cuenta que **el objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la ley sustancial** y con este criterio se deben interpretar las disposiciones del presente Código. Las dudas que surjan en la interpretación de las normas de este Código, deberán aclararse **mediante la aplicación de los principios constitucionales y generales del Derecho Procesal, de manera que se observe el debido proceso**, la igualdad procesal de las partes, la economía y la lealtad procesal.” (La negrita es de este Despacho).

En ese sentido, vale acotar que el **artículo 469 citado**, se insertó en el Código Judicial que entró en vigencia el 1 de abril de 1987, en sustitución del aprobado mediante la Ley 2 de 1916, el cual introdujo una serie de novedades que provienen del ámbito jurídico internacional.

La tendencia procesal mundial surgida de los estudios efectuados por Giuseppe Chiovenda, Francesco Carnelutti, Enrico Redenti reflejada en el Código de Procedimiento Civil de Italia de 1940, sirvió de base para la expedición de los diversos códigos de procedimiento civil en Latinoamérica, entre éstos, el de la República de Panamá de 1987, ha marcado la necesidad de incluir las llamadas medidas precautorias, genéricas o innominadas.

La célebre relación del Ministro Guardasellos del Reino de Italia, de 28 de octubre de 1940, conocida como la "Relación Grandi", señala, entre otras cosas, lo siguiente:

"... En ninguno de los campos del proceso civil parece encontrarse tan directamente en juego como en el de los procedimientos cautelares el buen nombre y, podríamos decir, la seriedad de la justicia; se comprende, pues, que el nuevo código, que se preocupa principalmente de enaltecer la autoridad del juez, haya dedicado especiales cuidados a dichos procedimientos.

El sistema de las medidas cautelares ha sido a este fin reordenado e integrado: no sólo en el sentido de agrupar de acuerdo a un más riguroso criterio teórico los varios institutos con finalidad cautelar (incluidos los procedimientos de instrucción preventiva), y de unificar y simplificar su procedimiento, sino también en el sentido de integrar las lagunas del sistema deploradas bajo el abolido código, y de **no dejar en ningún caso al juez desprovisto de los poderes de urgencia indispensables para hacer frente a todas las necesidades de la práctica.** Merece bajo este aspecto especial mención la extensión del secuestro conservatorio a los inmuebles (art. 671); **y la innovación consistente en conferir al juez el poder genérico de adoptar 'providencias de urgencia' (arts. 700-702) adecuadas a las necesidades de las circunstancias en todos aquellos casos en que no parezcan bastante eficaces las otras medidas cautelares específicamente denominadas y reglamentadas por la ley.**" (FÁBREGA P., Jorge. *Estudios Procesales*. Editora Jurídica Panameña. Panamá. 1989. Tomo I. Pág. 91).

Las figuras jurídicas a las que nos hemos referido, ameritan que conozcamos las novedades que introdujo el Código Judicial panameño aprobado en 1987, veamos:

“EDITORIAL

EL NUEVO CÓDIGO JUDICIAL

...
 El Nuevo Código Judicial,..., introduce instituciones que modernizan el proceso civil y el penal, y que deben contribuir a mejorar significativamente la administración de Justicia en Panamá. Este Código representa, pues, un avance significativo, aunque él, por sí solo, no remediará todos los defectos de la administración de justicia en nuestro país.

Entre las innovaciones contenidas en el nuevo Código Judicial merecen destacarse aquellas que tienden a combatir el formalismo excesivo en el proceso, la mayor amplitud en la admisión de prueba, el reemplazo de la tarifa legal por las reglas de la sana crítica como sistema de apreciación de las pruebas y la atribución de nuevos poderes al juez que le permitirán sanear el proceso de nulidades, **buscar la verdad material y no sólo la formal**, y participar más activamente en la dirección y orientación del proceso. El juez deja de ser un convidado de piedra en el desenvolvimiento del proceso civil.

...” (LEX, Revista del Colegio Nacional de Abogados de Panamá. AMAT, Octavio; BARSALLO, Pedro A., CRUZ R., Rogelio; FÁBREGA P., Jorge; REYES, Luis Carlos. El Nuevo Código Judicial. Enero – Junio 1985, Tercera Época No. 1, Litografía e Imprenta Lil, S.A. Págs. IX y X).

En relación con ese tema, el ilustre procesalista Doctor Jorge Fábrega, expresa lo siguiente:

“... Por tal motivo, como indica Rocco, la investigación del fin de la norma es fundamental para que el juzgador pueda encaminar su conducta en orden a las facultades que fueron conferidas, para el cumplimiento de una función de interés general.

Esto ocurre especialmente para la dirección del procedimiento (interpretación de las leyes).

Dichos artículos del C.J. y en la C.N. enuncian el principio de que las normas procesales no deben interpretarse formalísticamente, sino como normas instrumentales al enunciar, como lo hace, que el Juez, al proferir sus decisiones debe tener en cuenta que el objeto del proceso es el reconocimiento de los derechos consignados en la ley substancial y con este criterio ha de interpretarse las disposiciones de este Código. Respecto a este último extremo, ha expresado un tribunal alemán: ‘**Las disposiciones procesales no deben dificultar la persecución del derecho; no deben crear**

impedimentos que deban estrellarse los derechos materiales de una u otra parte, sino por el contrario indican el modo de proceder para que **una controversia sea llevada a su decisión objetiva en la forma más adecuada y rápida**. El derecho material no puede ni debe sufrir daño bajo el imperio de las disposiciones procesales, o debe sufrirlo en la menor forma posible.' (ROSEMBERG, Derecho Procesal, T.I.) FÁBREGA, Jorge, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Editora Jurídica Panameña, Segunda Edición corregida. 1999. Pág. 16).

Las normas citadas de la Constitución Política de la República y del Código Judicial constituyen la esencia de lo que la doctrina ha denominado la **Tutela Judicial Efectiva**, a la que se ha referido ese Tribunal en la Sentencia de 19 de diciembre de 2003, en los siguientes términos:

“Desde la vertiente del derecho a la tutela judicial efectiva (la que, con arreglo a la doctrina de este Pleno forma parte de la garantía constitucional del debido proceso -sentencia de constitucionalidad de 29 de octubre de 1992), la doctrina española le ha dedicado una importancia decisiva, como derecho fundamental. ‘El derecho a la tutela judicial efectiva puede ser definido como el derecho fundamental que asiste a toda persona para obtener, como resultado de un proceso sustanciado con todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, **la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos**. Se caracteriza por cumplir una *función de defensa*, en base a la heterocomposición del conflicto a través del poder del Estado, y por su marcado *carácter procesal*, ya que surge con la incoación, desarrollo y ulterior resolución de un proceso’ manifiesta Joaquín Silguero Estagnan (vide autor citado, en ‘La Tutela Jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos’, Editorial Dykinson, Madrid, 1995, págs. 85-86) (Las cursivas son del autor citado).

La legitimación sustancial o en causa forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva y al acceso a la jurisdicción, ha señalado el Tribunal Constitucional Español, como indica el especialista CHAMORRO BERNAL, en su conocida monografía ‘La tutela judicial efectiva’ señalando que forman parte de la misma y que ‘el derecho de acceso a la jurisdicción y al proceso implican necesariamente que se **reconozca el derecho a ser parte en el proceso y el poder promover la actividad jurisdiccional**, que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, a todas aquéllas personas que estén en una determinada relación con dicho proceso, relación a la que técnicamente se denomina legitimación’ (obra y autor citados, Madrid 1994, pág. 50), y citando al respecto copiosa jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de prestación, no de libertad y, por lo tanto, de configuración legal, por lo que puede ser ejercido por los cauces y en las oportunidades procesales previstas por el ordenamiento que las regula, y no es un derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional (como señala JOAN PICÓ I JUNOI, en 'Las garantías constitucionales del proceso', Editorial José M^a Bosch, Barcelona, pág. 42), sin que, agrega el Pleno, en ningún caso se pueda desconocer su contenido mínimo, en su 'núcleo duro'.

..." (Las negrillas son de esta Procuraduría).

De conformidad con el texto citado, la Tutela Judicial Efectiva garantiza a las partes "**la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos**", la cual, a nuestro juicio, debe validarse en todas las etapas del proceso.

El autor panameño Manuel de Jesús Corrales Hidalgo, al analizar las medidas cautelares también se refiere **al reconocimiento judicial del derecho de quien la propone y al deber del juez de respetar las garantías constitucionales de las partes involucradas**, por lo que al efecto, puntualizó:

"El actual Código Judicial de Panamá, que entró en vigencia el 1 de abril de 1987, contiene **normas generales y regulación específica** sobre las Medidas Cautelares; a diferencia del Código de 1917, que no tenía regulación general.

...
b.3. Medidas Conservatorias o de Protección en General.

b.3.1. Solamente un artículo, **el 558**, regula esta medida cautelar tan importante; el mismo dice: 'Además de los casos regulados, a la persona a quien asista un motivo justificado para temer que durante el tiempo anterior **al reconocimiento judicial de su derecho** sufrirá un peligro inmediato o irreparable, puede pedir al Juez las medidas conservatorias o de protección más apropiadas para asegurar provisionalmente, de acuerdo con las circunstancias, los efectos de la decisión sobre el fondo. El peticionario presentará prueba sumaria y, además, la correspondiente fianza de daños y perjuicios. La petición se tramitará y decidirá en lo conducente de acuerdo con las reglas de este Título.'

De la norma transcrita se deduce que **la facultad cautelar genérica es útil en los casos en que las medidas específicas** (secuestro, suspensión, etc.) **no alcanzan a garantizar la protección del derecho sustantivo afectado.**

El Prof. Jorge Fábrega (Op. Cit. Págs. 230-231) cita una serie de ejemplos en los que las medidas tradicionales no tendrían cabida:

...

En nuestra opinión la regulación establecida por el Código Judicial, en cuanto a las Medidas Conservatorias o de Protección en General, es la más avanzada; ello es así porque permite amplias facultades al juez para que actúe y haga respetar las garantías constitucionales de las partes involucradas, pero además porque exige al actor que presente **prueba sumaria** de su derecho y del peligro que lo acecha, lo cual debería exigirse para todas las medidas cautelares, sin embargo adolece del respeto al principio del contradictorio; antes de practicarse la medida el demandado debería ser escuchado, aunque fuera en el propio lugar donde se va a ejecutar la misma.” (CORRALES HIDALGO, Manuel de Jesús. Medidas Cautelares en procedimiento civil de Panamá y de España. Editora Sibauste. Panamá. 2001. Págs. 61, 75-77).

En esta fase de nuestro análisis, conviene referirnos al **principio de razonabilidad** que debe acatar el Legislador al momento de emitir una Ley. Para ello, citamos al autor costarricense Marvin de Jesús Vargas Alfaro, quien en su Tesis para optar por el Grado de Licenciado en Derecho, sobre ese tema, indicó:

“Casi un año después, la Sala Constitucional dictó la sentencia No. 1739- 1992 de las 11:45 hrs. del 1 de julio de 1992. En esta ocasión estableció la diferencia entre debido proceso formal y sustantivo. A nuestro juicio, este esfuerzo argumentativo marcó profundamente las resoluciones posteriores. El Tribunal caracterizó el debido proceso sustantivo, como sigue:

[...] Pero aun se dio un paso más en la tradición jurisprudencial anglo-norteamericana, al extenderse el concepto del debido proceso a lo que en esa tradición se conoce como debido (sic) sustantivo o sustancial - substantive due process of law-, que, en realidad, aunque no se refiere a ninguna materia procesal, constituyó un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados, al hilo de la Enmienda XIV a la 80 Constitución Federal, pero que entre nosotros,

sobre todo a falta de esa necesidad, equivaldría sencillamente **al principio de razonabilidad de las leyes** y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional, **en el sentido de que deben ajustarse, no sólo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales de equidad, proporcionalidad y razonabilidad**, entendidas éstas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución [...] **De allí que las leyes** y, en general, las normas y los actos de autoridad **requieran para su validez, no sólo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución** (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., **que se configuran como patrones de razonabilidad**. Es decir, que una norma o acto público o privado sólo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología constitucional. **De esta manera se procura, no sólo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto...**'

En esta resolución, la Sala Constitucional afianzó la relación de adecuación entre medios y fines como su principal parámetro **para determinar la razonabilidad de una Ley...**" (Énfasis suplido) (VARGAS ALFARO, Marvin de Jesús. El Control de Razonabilidad de las Leyes en la Jurisprudencia de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Tesis para optar por el Grado de Licenciado en Derecho. Universidad de Costa Rica. Facultad de Derecho. 2009. Págs. 79-80).

Tal como fue explicado en líneas previas, el Código Judicial que nos rige actualmente incluyó, en ese momento en el artículo 558, posteriormente en el artículo 569, las medidas cautelares denominadas "Medidas Conservatorias o de Protección en General", como una figura jurídica adoptada por el Legislador que

respondía al principio de razonabilidad para garantizar “**el reconocimiento judicial del derecho**” y “**el deber del juez de respetar las garantías constitucionales de las partes involucradas**” (CORRALES HIDALGO, Manuel de Jesús. Op. Cit. Págs. 61, 75-77), **lo que denotaba su necesidad e importancia.**

En efecto, el artículo 569 del Código Judicial regulaba las **medidas cautelares innominadas**, que se ubicaba en el Libro Segundo, Procedimiento Civil; Título II, Medidas Cautelares; Capítulo IV, Medidas Conservatorias o de Protección en General, cuyo texto decía:

“Artículo 569. Además de los casos regulados, a la persona a quien asista un motivo justificado para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho sufrirá un peligro inmediato o irreparable, puede pedir al juez las medidas conservatorias o de protección más apropiadas para asegurar provisionalmente, de acuerdo con las circunstancias, los efectos de la decisión sobre el fondo. El peticionario presentará prueba sumaria y, además, la correspondiente fianza de danos y perjuicios.

La petición se tramitará y decidirá en lo conducente de acuerdo con las reglas de este Título.”

Según se observa del texto transcrito y tal como se dijo en párrafo precedente, el artículo 569 del Código Judicial establecía el régimen legal de las denominadas **medidas cautelares innominadas, las cuales tenían como características**, las siguientes: **1.** su atipicidad; **2.** la facultad del juez de “*decretarlas siguiendo un criterio de oportunidad y conveniencia, de modo que se emplearan los medios más idóneos para garantizar el fin procesal perseguido por las partes*”; **3.** permitían prevenir el riesgo del elemento “ilusorio” en la ejecución del fallo; y **4.** “*también procuraban evitar que una de las partes pudiera irrogar lesiones graves o irreparables al derecho de la otra, durante el tiempo que tomaba la expedición de la decisión jurisdiccional definitiva.*” (Cfr. FÁBREGA, Jorge. Medidas Cautelares. Ediciones Jurídicas E. Ibáñez. 1998. Pág.232).

Para que el juzgador decretara una medida conservatoria o de protección en general, debían darse los **presupuestos** establecidos, por la Sala Primera, de lo Civil, citados en la Sentencia de 9 de julio de 2001, que en lo pertinente dice:

“Tanto la doctrina como la jurisprudencia de esta Sala han mantenido que para decretar una medida conservatoria o de protección en general se deben dar los siguientes **presupuestos**: 1) **Prueba sumaria del derecho a asegurar o cautelar, es decir, de la existencia de una situación jurídica o fumus boni iuris que se ha de debatir en juicio**; 2) **Peligro en la demora o periculum in mora o, en otras palabras, la existencia de un motivo justificado para temer que durante el tiempo que demore el reconocimiento judicial del derecho, se pueda sufrir un peligro inmediato o irreparable**; y 3) **La obligación de constituir fianza para garantizar los posibles daños y perjuicios que se pudieran causar al sujeto pasivo de la tutela.**”

A lo anterior se debe añadir que la ley le concede al juzgador facultad discrecional para adoptar la medida cautelar, lo que significa que éste deberá hacer un análisis de dicha solicitud con el objeto de determinar si cumple con los requisitos antes mencionados, teniendo en cuenta también que con la adopción de dicha medida no se causen molestias y daños irreparables a la parte que será cautelada.” (Lo resaltado es del Tribunal).

La Sala Primera, de lo Civil, también se pronunció en su Sentencia de fecha 7 de abril de 2015, respecto de **los derechos que reconocía el artículo 569 del Código Judicial**: “(i) *Que las medidas innominadas accedan a un proceso que conoce o conocerá el propio Juez que decreta la medida, (ii) Que la medida precautoria constituya la medida más apropiada para proteger o conservar el derecho que se pretende reclamar en el proceso y (iii) Que se cumpla con la presentación de fianza de daños y perjuicios.*”

Por tanto, esas medidas cautelares estaban dirigidas a ser interpuestas en aquellos procesos contenciosos, en los que, por su naturaleza, se hacía necesaria la consignación de una caución, para prevenir los perjuicios que el demandante podía ocasionar al demandado (Cfr. Sentencia de 30 de diciembre de 2011; Sala Primera, de lo Civil, de la Corte Suprema de Justicia).

Tomando en consideración algunos precedentes, entre éstos, las Sentencias de 26 de octubre de 1999, 9 de febrero de 2000 y 20 de junio de 2001, relativas a las medidas cautelares conservatorias o de protección en general, la Sala Primera, de lo Civil, puntualizó lo siguiente:

“1) Que las medidas de conservación o de protección en general no son subsidiarias de las otras medidas cautelares, incluyendo el secuestro.

2) Que los efectos de las medidas cautelares conservatorias o innominadas son distintos a los de las medidas cautelares reguladas de manera específica, como por ejemplo, el secuestro.

3) Que las medidas innominadas o de conservación responden a una necesidad distinta a la de las otras medidas cautelares.

4) Que en los casos de las medidas conservatorias o de protección en general no procede su sustitución por otra medida cautelar ni la contra cautela, es decir, no procede la consignación de una fianza con el objeto de levantar la medida de conservación decretada, con fundamento en el principio de que esta última persigue un fin especial y determinado.”

En la Sentencia de 6 de agosto de 2004, dictada por la Sala Primera, de lo Civil, se indicó:

“Que dicho artículo no contiene disposiciones relativas al posible levantamiento o sustitución de la medida, tampoco existe la menor duda de que con relación a este aspecto de la controversia corresponde al juez de la ejecución (bajo su personal responsabilidad), sustituir la medida ‘siempre que queden plenamente asegurados los intereses del actor’.

...”

“Las medidas cautelares innominadas a que se refiere el artículo 569 del Código Judicial no han sido establecidas para atacar o neutralizar los efectos de decisiones que se adopten en procesos jurisdiccionales o en procesos administrativos.”, tal como lo indicó la Sala Primera, de lo Civil, en la Sentencia de 26 de septiembre de 2005, en la que citó las Sentencias de 28 de enero de 1993 y de 20 de junio de 1999, que a la letra dicen:

“FELICIO BARRÍA BARRÍA RECORRE EN CASACIÓN EN LA MEDIDA CONSERVATORIA O DE PROTECCIÓN EN GENERAL INSTADA DENTRO DEL PROCESO DECLARATIVO QUE SIGUE CONTRA LARISSA MICHELLE OCHOMOGO BONILLA. PONENTE: JORGE FEDERICO LEE. PANAMA, VEINTISEIS (26) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL CINCO (2005).

Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá

Sala: Primera de lo Civil

Ponente: Jorge Federico Lee

Fecha: 26 de septiembre de 2005

Materia: Civil

Recurso de revisión - primera instancia

Expediente: 176-03

VISTOS:

El abogado ABILIO CAMAÑO, en su condición de apoderado judicial de FELICIO BARRÍA, ha interpuesto recurso de casación contra el auto de 20 de mayo de 2003 dictado por el Tribunal Superior de Justicia del Segundo Distrito Judicial, dentro de la medida conservatoria o de protección en general instada en el proceso ordinario declarativo que ha incoado contra LARISSA MICHELLE OCHOMOGO BONILLA.

En el referido auto, el Tribunal Superior decidió lo siguiente:

‘En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL SEGUNDO DISTRITO JUDICIAL (COCLÉ Y VERAGUAS), administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, REVOCA el Auto No. 128 de veintisiete (27) de febrero del dos mil tres (2003), emitido por el Juzgado Segundo del Circuito de Veraguas, Ramo Civil y en su lugar NIEGA la solicitud de Medida Conservatoria o de Protección formulada por Felicio Barría, a través de su apoderado legal.’

‘Asimismo en cuanto a la apelación interpuesta por el Licenciado Luis Carlos Valdés contra la resolución de fecha veinte (20) de febrero de 2003, que fijó la caución correspondiente (f. 13), se declara sustracción de materia.’

...

DECISIÓN DE LA SALA

Para este tribunal de casación, los cargos de injuridicidad que se plasman en los motivos carecen de validez.

Las medidas cautelares innominadas a que se refiere el artículo 569 del Código Judicial no han sido establecidas para atacar o neutralizar los efectos de decisiones que se adopten en procesos jurisdiccionales o en procesos administrativos. A este respecto, ha dicho esta Sala lo siguiente.

Sentencia de 28 de enero de 1993.

‘El artículo 558 [hoy 569] transcrito, otorga al Juez la facultad amplia, genérica, de adoptar lo que se conoce como providencias de urgencia, las cuales, tal como sostiene el profesor JORGE FABREGA P., en el Tomo I de sus Estudios Procesales, serán ‘adecuados a las necesidades de las circunstancias en todos aquellos casos en que no parezcan bastante eficaces las otras medidas cautelares, específicamente denominados y reglamentados por la ley’. **No es posible, en consecuencia, que tales medidas, por lo menos en nuestro derecho positivo, tiendan a suspender resoluciones judiciales ordenadas dentro de otros procesos judiciales. Ello sería posible si la ley así lo autorizare, tal cual aparece en forma expresa en el proceso de amparo de garantías constitucionales contra órdenes de hacer contenidas en resoluciones judiciales y que el tribunal, al acoger el amparo, considere que deba suspenderse** (artículo 2606 [hoy 2615], numeral 1, Código Judicial).

Llama la atención que el solicitante de las medidas conservatorias o de protección general, al promover su acción no utilizara las medidas cautelares específicamente denominadas y reglamentadas por la ley.

Como consecuencia, no se da la interpretación errónea del artículo 558 del Código Judicial como postula el recurrente, lo que lleva a desestimar la causal invocada.’ (Las negritas son suplidas).

Sentencia de 20 de junio de 1999.

‘Como es sabido, la medida cautelar innominada o genérica, que motiva estas reflexiones de la Sala, consiste en una cautela con estructuración abierta, que deja librado al juzgador un amplio espectro de manifestaciones concretas de la cautela (‘las

medidas de protección más apropiadas'), pero no puede ser concebida como un mecanismo procesal alternativo frente a los mecanismos de impugnación que pone a disposición de las partes el ordenamiento procesal. De allí a que, con respecto a las consideraciones que hizo el Tribunal Superior, y que se han dejado transcritas, se trata de dos cautelas distintas que no tienen una preferencia, en cuanto a su aplicación, de una sobre la otra, como existe en otros ordenamientos procesales, sí pueden ser propuestas, naturalmente, por el demandante y también por un tercero con un interés legítimo digno de protección que pudiese verse afectado por el remate en sus derechos patrimoniales. Pero, **la cautela solicitada por el demandado no puede tener efectos, como ya se ha dicho y conviene repetirlo, de un mecanismo alternativo que pueda utilizar a su elección el proponente de la medida, la parte demandada, en reemplazo de los medios de impugnación a su alcance** en estos procesos ejecutivos (véase Jorge Fábrega, Medidas Cautelares. Pág. 138, Ediciones Gustavo Ibáñez, 1998, Santa Fe de Bogotá, Colombia).’ (Las negritas son suplidas).

...

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, NO CASA el auto de 20 de mayo de 2003 dictado por el Tribunal Superior de Justicia del Segundo Distrito Judicial, dentro de la medida conservatoria o de protección en general instada en el proceso ordinario declarativo que ha incoado contra LARISSA MICHELLE OCHOMOGO BONILLA.”

Sobre el particular, la doctrina española ha apuntado lo siguiente:

“Con esta modalidad de tutela cautelar lo que se pretende es impedir que el desarrollo de una situación de hecho venga a frustrar en concreto la solución jurídica de un conflicto de intereses. No son simples efectos aseguratorios, es algo más, que sin embargo, bien por haber sido introducidos desde hace tiempo por el Legislador, bien porque exactamente no satisfacen la pretensión, gozan de indudable naturaleza cautelar (o al menos mayoritariamente reconocida) aunque consistan en una resolución provisional del conflicto que, de momento, es suficiente para las partes.” (CALDERÓN, María Pía, Las medidas cautelares indeterminadas en el Proceso Civil, Editorial Civitas, España, página 130) (Lo destacado es nuestro).

Los señalamientos antes expuestos, han recibido expresa acogida por la jurisprudencia sentada por la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia en numerosas decisiones entre las cuales pueden citarse las Sentencias de 26 de octubre de 1999 (Inmobiliaria e Inversiones Caribe, S.A. -vs- Roberto Antonio Berástegui); 9 de febrero de 2000 (Lu Textiles, S.A. recurre en casación en la medida conservatoria presentada contra Sonite Limited); y 20 de junio de 2001 (Muquel, S.A. recurre en casación en la medida conservatoria que le sigue Graciela Quelquejeu de Eleta).

Para los propósitos de nuestro análisis, es imperativo consultar la exposición de motivos que sirvió de fundamento para la expedición de la **Ley 19 de 26 de marzo de 2013**, acusada de inconstitucional, de manera que podamos conocer cuál fue la intención del Legislador para derogar el artículo 569 del Código Judicial, veamos:

“EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El presente Proyecto de Ley presenta a la Asamblea Nacional la iniciativa dirigida a derogar el artículo 569 del Código Judicial, el cual establece el régimen legal de las denominadas Medidas Conservatorias o de Protección General o Innominadas, las cuales tienen entre sus características las de garantizar el fin procesal perseguido por las partes, permitiendo prevenir el riesgo de ilusoriedad en la ejecución del fallo y evitar que una de las partes pueda irrogar lesiones graves o irreparables al derecho de la otra.

Si bien la finalidad de la medida cautelar conservatoria es la de garantizar la efectividad de la pretensión, puesto que existe la posibilidad que el demandando, un tenedor o terceros, realicen actos que puedan menoscabar o afectar los intereses del demandante durante la tramitación del proceso. Esta situación, sumada a la eminente amplitud y naturaleza discrecional, en la práctica, se ha convertido, por el excesivo uso de la figura, en una puerta abierta para la desprotección de los derechos de los demandados, que conlleva al desequilibrio de la balanza y; por ende, se aleja de mejorar el resguardo de los derechos de las partes en un determinado proceso, contrariando de forma directa el principio de igualdad procesal.

Desde esta óptica, la existencia de medidas conservatorias, que le otorgan al administrador de justicia la facultad denominada Potestad Cautelar General, para que éste dicte o establezca cautelas preventivas que puedan exceder, en un momento dado, aquellas predeterminadas en la propia ley procesal, es decir, una facultad discrecional, tanto para, el análisis de las condiciones que le dan la existencia a dichas cautelas, así como para que pueda decretarlas; por un lado y, por el otro, el uso indiscriminado de la figura procesal de medidas conservatorias consignadas de manera amplia y discrecional en el artículo 569 del Código Judicial, pudieran dar lugar a constituirse en una figura desorbitante en desmedro de una de las partes en litigio.

Esta propuesta consigna de manera clara, la eliminación de esta figura jurídico procesal y de esta forma erradicar posibles prácticas, que auspician que los titulares de los Despachos puedan verse influenciados por las partes demandantes para la aplicación de este tipo de cautelas.”

Según observa este Despacho, los argumentos básicos que sirvieron de sustento para que el Legislador expidiera la Ley 19 de 26 de marzo de 2013, que derogó el artículo 569 del Código Judicial, relativo a las medidas conservatorias o de protección en general, se centró en el hecho que: “...*existe la posibilidad que el demandando, un tenedor o terceros, realicen actos que puedan menoscabar o afectar los intereses del demandante durante la tramitación del proceso. Esta situación, sumada a la eminente amplitud y naturaleza discrecional, en la práctica, se ha convertido, por el excesivo uso de la figura, en una puerta abierta para la desprotección de los derechos de los demandados, que conlleva al desequilibrio de la balanza y; por ende, se aleja de mejorar el resguardo de los derechos de las partes en un determinado proceso, contrariando de forma directa el principio de igualdad procesal.*” (Cfr. Exposición de motivos antes citada).

A nuestro juicio, los elementos que sustentan a la **Ley 19 de 26 de marzo de 2013**, acusada de inconstitucional, son contrarios a los avances jurídicos que desde 1987, incorporó el Código Judicial a nuestro ordenamiento jurídico, entre éstos, la importancia de las medidas cautelares y la facultad del juez para decretarlas, a las que se refirió el Doctor Jorge Fábrega en su artículo titulado “E

Nuevo Proceso Civil. Antecedentes. Interpretación e Integración de la Ley Procesal. Principios Fundamentales” publicado en la Revista LEX antes descrita, en el que indica:

“A. EN RELACIÓN CON LAS MEDIDAS CAUTELARES:

El Juez debe procurar en todo momento evitar daños y perjuicios, molestias innecesarias en la adopción o ejecución de la medida y podrá de oficio, y bajo su personal responsabilidad, sustituir la medida, con sujeción a ciertas limitaciones y restricciones.” (LEX, Revista del Colegio Nacional de Abogados de Panamá. AMAT, Octavio; BARSALLO, Pedro A., CRUZ R., Rogelio; FÁBREGA P., Jorge; REYES, Luis Carlos. El Nuevo Código Judicial. Enero – Junio 1985, Tercera Época No. 1, Litografía e Imprenta Lil, S.A. Pág. 19).

Por consiguiente, este Despacho es de la opinión que la **Ley 19 de 26 de marzo de 2013**, que derogó el artículo 569 del Código Judicial, **vulnera el principio del debido proceso**, porque se le niega al proponente de la medida cautelar conservatoria o de protección general, el derecho a la Tutela Judicial Efectiva, integrada a la garantía procesal regulada en el artículo 32 de la Constitución Política de la República a través del **“Derecho a la jurisdicción, que consiste en el derecho a la tutela constitucional”** citado por el Doctor Jorge Fábrega, quien manifiesta que la jurisprudencia ha llenado de contenido la garantía del debido proceso, integrado por los derechos que se indican a continuación:

“1. Derecho a la jurisdicción, que consiste en el derecho a la tutela constitucional;

2. Derecho al Juez natural;

3. Derecho a ser oído;

4. Tribunal competente, predeterminado en la ley, independiente e imparcial;

5. Derecho a aportar pruebas lícitas, relacionadas con el objeto del proceso, y de contradecir las aportadas por la otra parte o por el juez;

6. Facultad de hacer uso de los medios de impugnación previstos en la ley contra resoluciones judiciales motivadas; y

7. Respeto a la cosa juzgada.” (La negrita es nuestra) (Cfr. FÁBREGA, Jorge. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Editora Serviprenta. 1976).

Ese máximo Tribunal de Justicia, en Pleno, en su Sentencia de 13 de septiembre de 1996, dictada dentro de la acción de Amparo de Garantías Constitucionales interpuesta por el Licenciado José Manuel Faúndes hijo, en nombre y representación del Magistrado José Manuel Faúndes Rodríguez, contra la orden de hacer contenida en la Resolución N° 45 del 21 de agosto de 1996, expedida por el Pleno de la Asamblea Legislativa, se refirió al debido proceso así:

“ ...

Durante el desarrollo de toda esta actividad procesal **ni las partes ni el juez están en libertad de encaminar el proceso en base a su particular arbitrio, sino que deben ajustarse a las normas, reglas y principios preestablecidos, orientadores o rectores del proceso.** Por ello, el ordenamiento jurídico, tanto constitucional como legal, se ha encargado de establecer los preceptos legales dentro de los cuales los sujetos procesales deben desplegar su actuación. En algunos casos, estas normas constituyen un deber u obligación para el juez, pero operan al mismo tiempo como una garantía para el derecho de defensa de las partes, tal como ocurre con las normas procesales que, entre otras, ordenan el traslado de la demanda, la práctica de pruebas, la celebración de la audiencia y la motivación de la sentencia.

Es así como el proceso está constituido por una serie de elementos dirigidos a asegurar la efectiva o adecuada defensa de las partes en el mismo. A estos elementos procesales se refiere el Doctor Arturo Hoyos en su interesante obra sobre el debido proceso, al indicar que ‘si se viola alguno de dichos elementos de tal manera que se afecte la posibilidad de las personas de defender efectivamente sus derechos (ya sea por violación del derecho a ser oído; por falta de la debida notificación, ausencia de bilateralidad, o contradicción del derecho a aportar pruebas; de la posibilidad de hacer uso de medio de impugnación contra resoluciones judiciales; falta total de motivación de éstas; tramitación de procesos no regulados mediante ley; pretermisión de una instancia; seguirse un trámite distinto al previsto en la ley -proceso monitorio en vez de uno ordinario; ejecución de sentencia en vez de

proceso ejecutivo; notificación por edicto cuando debe ser personal; sentencia arbitraria que, por ejemplo, desconozca la cosa juzgada material- ante tribunal competente, la sanción correspondiente será la nulidad constitucional' (HOYOS, Arturo. El debido proceso. Editorial Temis, S. A. Santa Fe de Bogotá. 1995. Págs. 89-90).

Es importante agregar, que, en numerosos precedentes, **el Pleno de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la violación del debido proceso únicamente ocurre cuando se desconocen o pretermiten trámites esenciales del proceso que, efectivamente, conlleven a la indefensión de los derechos de cualquiera de las partes.**

En resumen, **la garantía del debido proceso legal implica la existencia previa de una serie de normas que regulan el proceso y cuya observancia por parte del juez o tribunal es indispensable para asegurar a las partes la adecuada defensa de sus derechos."**

En el marco de las consideraciones antes expuestas, este Despacho solicita a los Honorables Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, en Pleno, se sirvan declarar **QUE ES INCONSTITUCIONAL la Ley 19 de 26 de marzo de 2013**, puesto que vulnera el artículo 32 de la Constitución Política de la República.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


Mónica I. Castillo Arjona
Secretaria General

Expediente 475-17-I