

ISSN L 2710-7566

ISSN 2070-3651

Sapientia

REVISTA TRIMESTRAL

EDIFICIO
865

INSTITUTO SUPERIOR DE LA JUDICATURA DE PANAMA
DOCTOR CESAR AUGUSTO QUINTERO CORREA

Covid -19: entre la justificación y la exculpación

Los efectos del contrato frente a terceros

*El régimen de las condiciones
generales de los contratos de adhesión*

Año 11, No.3, septiembre 2020

MAGISTRADOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

S.E. Luis Ramón Fábrega Sánchez

Magistrado presidente de la Corte Suprema de Justicia
Presidente de la Sala Tercera de lo
Contencioso Administrativo y Laboral
Presidente de la Sala Cuarta de Negocios Generales

H.M. Angela Russo de Cedeño

Vicepresidenta de la Corte Suprema de Justicia
Presidenta de la Sala Primera de lo Civil

H.M. María Eugenia López Arias

Presidenta de la Sala Segunda de lo Penal

H.M. Hernán A. De León Batista

Sala Primera de lo Civil

H.M. Olmedo Arrocha

Sala Primera de lo Civil

H.M. José E. Ayú Prado Canals

Sala Segunda de lo Penal

H.M. Maribel Cornejo Batista

Sala Segunda de lo Penal

H.M. Carlos Vásquez Reyes

Sala Tercera de lo
Contencioso Administrativo y Laboral

H.M. Cecilio Cedalise Riquelme

Sala Tercera de lo
Contencioso Administrativo y Laboral

La Revista Jurídica "Sapientia" es editada por la Sección de Editorial
y Publicaciones del Órgano Judicial de la República de Panamá.
Palacio Gil Ponce, Segundo Tribunal Superior, Planta Baja, Ancón.
Teléfono: (507) 212-7469

Correo electrónico: sapientia@organojudicial.gob.pa
Panamá, 2020

Magíster Stella Martínez

Diseño Gráfico

CONSEJO EDITORIAL

Doctor Cecilio Cedalise Riquelme

Magistrado de la Sala Tercera de lo
Contencioso Administrativo y Laboral de la
Corte Suprema de Justicia
Órgano Judicial de la República de Panamá

Doctor Luis Camargo

Magistrado del Tercer Tribunal Superior del
Primer Distrito Judicial
Órgano Judicial de la República de Panamá

Doctor Miguel Espino

Magistrado del Primer Tribunal Superior del
Primer Distrito Judicial
Órgano Judicial de la República de Panamá

Magíster José Correa

Magistrado del Tribunal Superior de Apelaciones del
Tercer Distrito Judicial
Órgano Judicial de la República de Panamá

Magíster Carlos Valentín Rivas

Magistrado del Tribunal Superior de Apelaciones
del Primer Distrito Judicial
Órgano Judicial de la República de Panamá

Doctor Ricaurte Soler Mendizábal

Director del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá,
Doctor César Augusto Quintero Correa (ISJUP).
Órgano Judicial de la República de Panamá

Magíster Jennifer Saavedra

Jueza de Juicio Oral del
Primer Distrito Judicial
Órgano Judicial de la República de Panamá

Magíster Porfirio Salazar

Defensor Público del Sistema Penal Acusatorio en
el Segundo Distrito Judicial
Órgano Judicial de la República de Panamá

Magíster Aracelly Vega

Jefa de la Unidad de Acceso a la Justicia y Género
Órgano Judicial de la República de Panamá

Magíster Anixa Santizo

Asistente de Magistrado de la Sala Civil
Órgano Judicial de la República de Panamá

Magíster Andrés Mojica García de Paredes

Secretario General
Fiscalía General de Cuentas de la República de Panamá

Licenciada Gloria Leiva Gaitán

Editora
Directora de Editorial y Publicaciones del Cendoj
Órgano Judicial de la República de Panamá

Dr. José Sánchez Gallego

Juez de Juzgado de Garantías del
Primer Circuito Judicial de Panamá
Órgano Judicial de la República de Panamá

Dr. Víctor Raúl De Las Casas Salazar

Asistente de Magistrado de la Sala Civil
Corte Suprema de Justicia
Órgano Judicial de la República de Panamá

Mgtr. Eric Edgardo Velasco Caballero

Asistente de Magistrado de la Sala Penal de la
Corte Suprema de Justicia
Órgano Judicial de la República de Panamá

Mgtr. Juan Francisco Castillo Canto

Magistrado del Tribunal Superior del
Segundo Distrito Judicial
Órgano Judicial de la República de Panamá

Mgtr. Joaquín Agustín Solís Sánchez

Abogado Litigante
República de Panamá

Nota

Editorial

Esta tercera edición de la Revista Sapiencia del mes de septiembre del 2020, es dedicada al Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Doctor César Augusto Quintero Correa, (ISJUP) la nueva casa de la Sección de Editorial y Publicaciones, tras la publicación en Gaceta Oficial del Acuerdo N°257 de 25 de junio de 2020, de la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

El ISJUP, es una institución educativa dedicada a la Educación formal y Educación continua, especializada e integral de la comunidad jurídica, y con esta decisión se consolida la Sección de Editorial y Publicaciones y, en consecuencia, se fortalece nuestra revista institucional, que tiene 11 años de edición cumpliendo su objetivo.

En esta publicación encontrarán temas de interés y actualidad que ha modificado la perspectiva del Derecho, específicamente con esta pandemia que ha cambiado no solo la visión médica, económica y social, sino también la jurídica, como es el ensayo titulado “Covid-19: Entre la justificación y la exculpación”, escrito por el Doctor José Félix Sánchez.

Además, se desarrollan otros temas como “Los efectos del contrato frente a terceros”, “El derecho registral y la importancia de su estudio permanente”, entre otros. Con estos escritos se busca enriquecer el ámbito jurídico en las distintas materias, con el aporte de profesionales del Derecho, que se destacan por su trayectoria profesional dentro y fuera de la institución.

Gloria Leiva Gaitán
Editora



RESEÑA DE LA PORTADA

Título: Edificio del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Doctor César Augusto Quintero Correa (ISJUP).

Foto: Katherine Jiménez
Secretaría de Comunicación

Fecha: agosto 2020

Técnica: Fotografía

MENSAJE DEL PRESIDENTE



La creación de la Revista Sapiaientia, hace once años, reforzó el objetivo de la Sección de Editorial y Publicaciones, al ofrecer a la comunidad jurídica un espacio para compartir sus conocimientos de la normativa legal, enriqueciendo de esta manera a los lectores.

Durante once años, la Sección de Editorial y Publicaciones formó parte del Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) y recientemente pasa a formar parte, del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Doctor César Augusto Quintero Correa (ISJUP), mediante el Acuerdo N° 257 del 25 de junio

de 2020, dictado por la Sala Cuarta de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.

Con el traslado de la Sección de Editorial y Publicaciones al ISJUP, se consolida nuestra Revista Sapiaientia, ya que formará parte de una institución educativa, que realiza programas académicos y de investigación jurídica.

Es oportuno este escenario para exhortar a los servidores judiciales que continúen ofreciendo sus conocimientos, además agradecer a los lectores, por acompañarnos durante estos once años.

Dr. Luis Ramón Fábrega Sánchez

Magistrado presidente de la Corte Suprema de Justicia

Covid -19: entre la justificación y la exculpación

Dr. José Sánchez Gallego

6

Los efectos del contrato frente a terceros

Dr. Víctor Raúl De Las Casas Salazar

18

El régimen de las condiciones generales de los contratos de adhesión

Mgtr. Eric Edgardo Velasco Caballero

40

El principio de investigación objetiva en el Sistema Acusatorio Panameño

Mgtr. Juan Francisco Castillo Canto

48

El derecho registral y la importancia de su estudio permanente

Mgtr. Joaquín Agustín Solís Sánchez

(Pluma invitada)

62



INSTITUTO SUPERIOR DE LA JUDICATURA DE PANAMÁ, DOCTOR CÉSAR AUGUSTO QUINTERO CORREA

RESEÑA HISTÓRICA

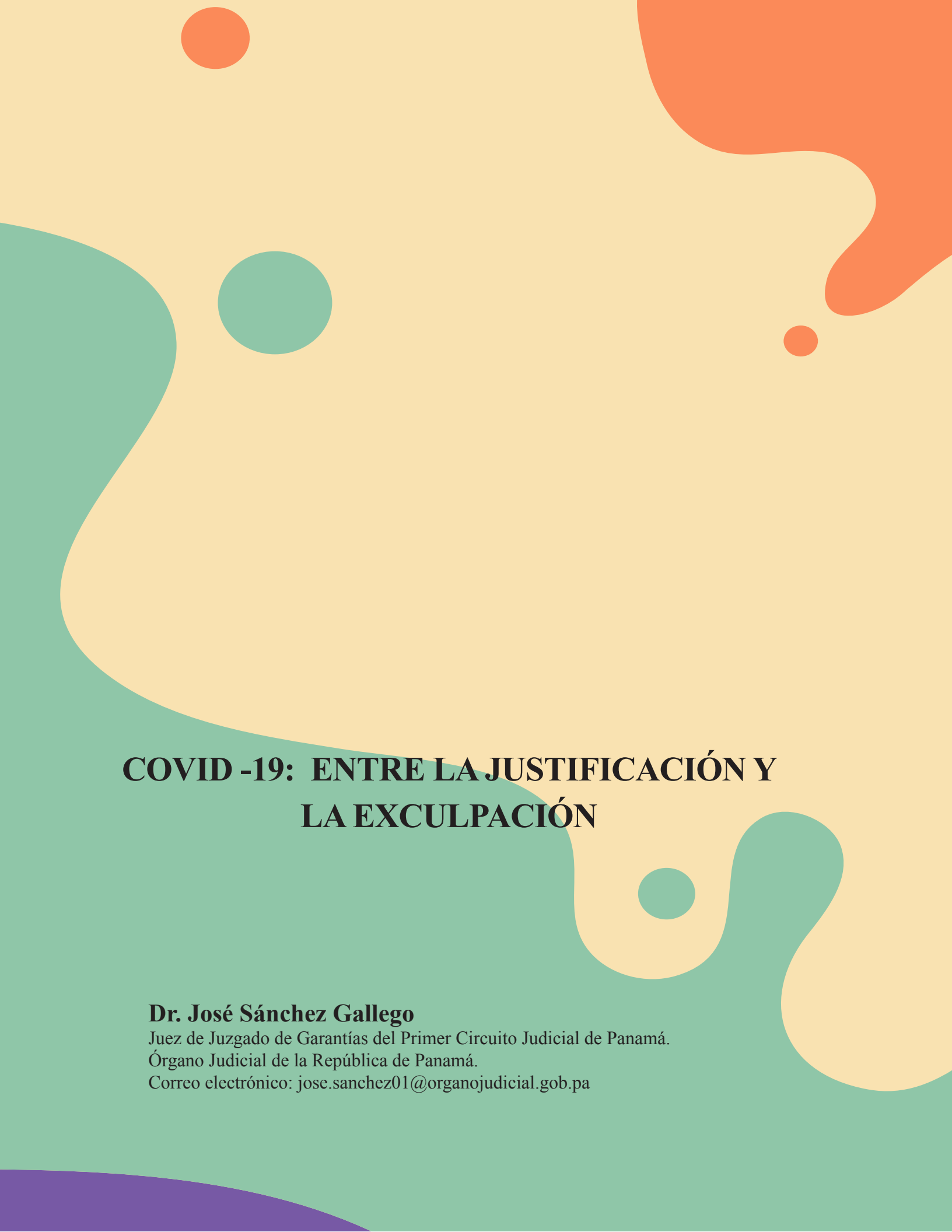
La Escuela Judicial de Panamá se organizó mediante Acuerdo N°5 el 11 de enero de 1993, como parte del Proyecto de Mejora en la Administración de Justicia, auspiciado por la Agencia Internacional para el Desarrollo (AID). La Escuela Judicial como dependencia del Órgano Judicial contempló, para ese entonces entre sus propósitos, la formación de abogados que aspiran a ingresar a la Carrera Judicial.

En el 2015, la Escuela Judicial retoma y confirma la necesidad de liderar el proyecto de Acreditar a la Escuela Judicial como Instituto Superior, con el objetivo de elevar los programas de capacitación y formación académicos a un nivel de educación superior; considerando que las alternativas que brindan los centros de nivel superior revisten especial importancia para el desarrollo del país, ya que los Centros Superiores son instituciones educativas dinámicas que responden a las necesidades de los sectores productivos y justicia que se especializan en su ramo; ofreciendo estudios que cubren, niveles técnicos avanzados o superiores.

La Ley 53 de 27 de agosto de 2015. La Sección 2ª del Capítulo II Unidades Técnicas, del Libro I denominado “Carrera Pública en el Órgano Judicial”, se encuentra la normativa que respalda la Escuela Judicial de Panamá, que de conformidad con el Acuerdo de Pleno No 549-B del 17 de septiembre de 2015, publicado en Gaceta Oficial No.27911-B del 19 de noviembre de 2015, pasó a constituirse en el Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, Doctor César Augusto Quintero Correa (ISJUP).

El ISJUP, es una institución educativa encargada de la formación continua, especializada e integral de los servidores judiciales, los aspirantes a ingresar a la Carrera Judicial, la comunidad jurídica y demás participantes del Sistema de Administración de Justicia; comprometidos con el desarrollo humano sostenible, educación inclusiva, diversidad cultural, ética profesional y transparencia, para generar una cultura de excelencia en el desempeño de sus funciones, prestando un servicio de calidad, a través del fortalecimiento de competencias, investigación e innovación tecnológica.

En la actualidad el Instituto Superior de la Judicatura de Panamá, cuenta con la aprobación del Ministerio de Educación mediante Resuelto 2207 del 17 de mayo de 2017, Certificación de calidad por la Red Iberoamericana de Escuelas Judiciales, Normas NCR1000:2015, del 25 de noviembre de 2019 y Certificación de Calidad ISO 9001: 2015.



COVID -19: ENTRE LA JUSTIFICACIÓN Y LA EXCULPACIÓN

Dr. José Sánchez Gallego

Juez de Juzgado de Garantías del Primer Circuito Judicial de Panamá.

Órgano Judicial de la República de Panamá.

Correo electrónico: jose.sanchez01@organojudicial.gob.pa

COVID -19: ENTRE LA JUSTIFICACIÓN Y LA EXCULPACIÓN

“Como consecuencia de ese incremento sostenido de casos, desde junio ha ido en aumento el número de pacientes, tanto en salas de hospitalización como en las unidades de cuidados intensivos, alcanzando el pasado viernes 714 pacientes hospitalizados en salas y 148 en las UCI. Situación que tiene al sistema de salud, incluido el personal que atiende a los enfermos al borde del colapso”. (Prosperi Ramírez, 2020).

En tales términos se refería el doctor Luis Prosperi Ramírez a la problemática ocasionada por el Covid -19 en Panamá. En este mismo sentido, Eduardo Prado, jefe de Docencia de la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital Santo Tomás, comunicó que el ingreso al citado recinto se lleva a cabo con estrictos parámetros, en razón de la carencia de camas, lo cual obedece al aumento de contagios por la Covid-19; de manera que se acude a una suerte de selectividad por parte de los facultativos, tal cual lo reporta el diario El Panamá América el día 30 de junio de 2020.

La calamitosa situación permite razonablemente concluir que el incremento de personas contagiadas con esta enfermedad, daría ocasión a que los recursos del sistema de salud, entendidos estos en términos amplios, (respiradores, camas, e incluso el personal sanitario especializado), serían insuficientes para hacer frente a las necesidades de los ciudadanos; de tal modo que la vida de las personas estaría altamente comprometida.

El asunto planteado permite formular lecturas en diferentes sentidos. Algunos de estas guardan estrecha relación con la teoría y práctica del Derecho penal, puesto que la situación descrita tendría repercusiones en

materia sustantiva. De hecho, el asunto trae a colación casos como el planteado por filósofo griego Carnéades, en el cual dos náufragos luchan por una tabla de salvación; el supuesto del guardagujas de Welzel, en el que este varía la dirección de un tren, para evitar que colisione con un grupo de personas y evitar su muerte, pero con ello propicia el fallecimiento de alguien que se encuentra en el nuevo camino que se toma.

La solución del asunto representa no pocas complejidades. En este artículo, me propongo comunicar, en una síntesis muy apretada, algunos caminos para hacer frente a la problemática planteada dentro las fronteras trazadas, es decir, exclusivamente, la situación del personal sanitario. En este orden de ideas, resulta de recibo plantearse si los hechos adelantados por los profesionales de la salud sanitario serían objeto de castigo; o estarían justificados o exculpados; y si es así cuál de las eximentes previstas en el ordenamiento jurídico vehicularía una salida para esta cuestión.

I. JUSTIFICACIÓN

1. Fundamentos. El delito se encuentre articulado por elementos que se predicen de la acción. Así, la primera caracterización consiste en la tipicidad, que se concreta mediante el principio de fragmentariedad, encaminado a seleccionar las conductas que resultan más lesivas de los bienes jurídicos en una sociedad; de tal modo que ello propicie la materialización de las conductas en un tipo penal, (Aguado Correa, 1999).

Una vez que se ha verificado la tipicidad de una acción, la escala valorativa del delito

conlleve la verificación de la antijuricidad, (Muñoz Conde, 2007), lo cual implica determinar si, efectivamente, concurre una contradicción entre el comportamiento adelantado por el sujeto frente a la normativa sustantiva penal. La antijuricidad implica la lesión o puesta en riesgo de un bien jurídico, cuya tutela interesa al Derecho penal.

Conviene tener en mente, que el ordenamiento jurídico penal está compuesto de normas prohibitivas, es decir, aquellas que tipifican una conducta, esto es la concreción de un precepto, cuya inobservancia lleva aparejada un castigo; sin embargo, de igual forma, se integra por normas permisivas, en las cuales intervienen factores de diversa índole que validan una conducta que concita la atención del Derecho penal, (Jescheck/Weigend, 2002).

Las mencionadas normas permisivas reciben la denominación de causas de justificación. En el evento que concurren algunas de estas, el comportamiento típico, verbigracia, la acción desvalorada de matar a otra persona se encuentra avalada por el ordenamiento jurídico; no obstante, conserva el carácter típico, (Jescheck/Weigend, 2002), en consecuencia, la acción, así validada por la ley, debe considerarse lícita, (Muñoz Conde, 2007).

Los resortes sobre los cuales se asientan las causas de justificación dicen relación con teorías monistas y dualistas. Para los propósitos de este trabajo nos concretamos en comunicar los siguientes fundamentos:

- 1) ausencia de interés; y
- 2) interés preponderante.

En la ausencia de interés el sujeto titular del bien jurídico, dispensa al ordenamiento

de su protección, tal cual tiene lugar en el caso del consentimiento. En tanto, que en el interés preponderante la acción se justifica, siempre y cuando el daño producido acontece en vías de salvar un bien de mayor relevancia.

Como correlato a la fundamentación de las eximentes justificantes, importa tener presente el principio de inexigibilidad de otra conducta, el cual entendemos con Aguado Correa, (2004), que, junto a los mencionados fundamentos, de igual forma, sostiene las bases de las causas de justificación, en razón que la inexigibilidad, a nuestro parecer, informa todas las categorías del delito; de tal manera que no es patrimonio exclusivo de la exculpación, como sostiene la doctrina dominante.

En fin, el planteamiento esencial en torno a la justificación estriba en la tensión entre dos intereses, de tal suerte que solo uno de ellos puede sobrevenir, lo cual da lugar a que se materialice la afirmación de uno, (Roxin, 2015).

2. Efectos de la justificación. Una vez que ha tenido lugar una eximente de la naturaleza que nos ocupa, surgen diferentes lecturas que pasamos a participar.

Materializada una causa de justificación, generalmente, no es posible oponer legítima defensa, en atención a que la conducta de quien se defiende se encuentra amparada por el ordenamiento jurídico, por tanto, la acción de la persona no es ilegítima; en consecuencia, no se puede reaccionar a través de la circunstancia justificante referida.

Con base en la accesoriedad limitada de la participación, resulta palmario que al tiempo en que concurre una causa de justificación no se concreta la participación

criminal, pues la acción es avalada por el ordenamiento jurídico, de tal forma que las consecuencias de la justificación alcanzan a todos los que intervienen en la realización del tipo, bien sean autores o partícipes, (Mir Puig, 2015). Sin embargo, podría acontecer que el autor mediato sería alcanzado por los efectos del injusto; en tanto que la justificación haría extensivas sus consecuencias, exclusivamente, al autor material.

La justificación impide la responsabilidad civil, en razón que el ordenamiento jurídico ha validado la acción, por tanto, no es posible que tenga lugar reparación alguna ante la concurrencia de una eximente con contenido justificante. No obstante, habría que considerar, en este sentido, la regulación particular, dado que en algunos supuestos se viabiliza el reclamo civil en ciertos casos, con miras a restaurar la condición económica previa, en supuestos de estado de necesidad, (Mir Puig, 2015).

3. Causas de justificación en el Código penal. De entrada, importa destacar que el estatuto nacional ha regulado de manera clara, las eximentes que justifican y las que exculpan, a diferencia de lo que acontece en el Código penal español, en el cual las circunstancias aparecen listadas en un solo artículo; de tal modo que la jurisprudencia y la doctrina han dotado de contenido justificante o exculpan a las figuras previstas en el artículo 20 del texto punitivo español. Nuestra legislación, en consecuencia, ha seguido el camino del legislador alemán, lo cual permite que la discusión en torno a la naturaleza de las eximentes resulte pacífica en nuestro medio, particularmente en lo que respecta al estado de necesidad.

El estatuto panameño cuenta con tres causas de justificación: el ejercicio legítimo de

un derecho o cumplimiento de un deber legal, la legítima defensa y el estado de necesidad. De tales figuras nos ocupamos a continuación.

3.1. El ejercicio legítimo de un derecho o cumplimiento de un deber legal. La naturaleza justificante de la eximente, obedece a que no es posible imponer castigo en sede penal a la persona que ha acatado una obligación que el propio ordenamiento jurídico le ha impuesto, o bien que ha materializado un derecho reconocido por la ley, (Mir Puig, 2015). Para concretar la circunstancia prevista en el artículo 31 del Código penal, es preceptivo atender al ordenamiento jurídico en general, para establecer si, efectivamente, el agente ha cumplido con las pautas establecidas en la ley, o si ha actuado en sintonía de un derecho que le asiste. Pese a lo expresado, no ha faltado quien considere que en realidad se está ante una circunstancia que excluye la tipicidad, por cuanto la conducta de la persona no encuentra acomodo en un tipo, (Cuello Contreras, 2009).

El cumplimiento de un deber legal precisa de competencia material, es decir, que la acción debe encuadrarse dentro del ámbito de tareas del agente, (Jescheck/Weigend, 2002). La eximente estaría destinada, originalmente, a funcionarios, pues son estos quienes están llamados a cumplir deberes jurídicos, empero somos de la opinión que esta circunstancia es extensiva a particulares que deban acatar responsabilidades contractuales o legales, en atención a la posición jurídica que ocupen, (Quintero Olivares, Morales Prats/Prats Canut, 1999).

El ejercicio legítimo de un derecho implica la materialización de una prerrogativa, lo cual incide, de manera negativa, en el plano organizativo de otra persona, (Mir Puig, 2015).

3.2. Legítima defensa. Las bases sobre las cuales se asienta esta eximente dicen relación con la tutela de los bienes que realiza el defensor, frente a la concurrencia de una agresión ilegítima, no obstante, resulta de recibo atender a la afirmación del ordenamiento jurídico que efectúa la persona quien actúa amparada por esta circunstancia justificante; en consecuencia, los resortes de la legítima defensa son duales, (Requejo Conde, 1999).

La persona quien defiende sus intereses y reafirma la vigencia del ordenamiento, lo hace en razón de la concurrencia de una agresión ilegítima, por tanto, la ley se coloca de su lado, lo que significa que tiene lugar un interés preponderante; es decir, uno de los cimientos sobre los cuales se sistematizan las eximentes que justifican.

Los requisitos que exige la ley para que se materialice la legítima defensa consisten en que tenga lugar:

- 1) una agresión injusta;
- 2) el uso de un medio racional; y
- 3) falta de provocación suficiente.

La agresión injusta puede concretarse en dos sentidos. Así, es posible que, efectivamente, tenga ocasión una lesión dirigida a los bienes jurídicos de quien se protege; o que haya una puesta en peligro de estos. La letra de la ley permite, sin mayores esfuerzos, arribar a tal conclusión. El acometimiento debe ser actual, de tal suerte que se precisa de un hecho presente, (Quintero Olivares/Morales Prats/Prats Canut, 1999). Este requisito es esencial, por ende, en el caso que no concurra no es dable atender a esta eximente.

El uso de un medio racional para hacerle frente a la agresión implica que resulta preceptivo el uso de mecanismos, para

plantarle cara al acometimiento. Esto no conlleva que la defensa deba ser proporcional, (Bacigalupo, 2009). En todo caso, la gestión de quien se defiende no debe encontrarse fuera de los límites racionales que comportan a un observador promedio ubicado en lugar del autor.

Por último, la falta de provocación suficiente significa que el defensor no haya ocasionado de manera intencional la situación. La razón de este requisito consiste en evitar un abuso del derecho por parte del agente y, en cierta forma, una manipulación del sistema, (Requejo Conde, 1999).

3.3. Estado de necesidad. La eximente es definida por Mir Puig en los siguientes términos: “estado de peligro actual para legítimos intereses que únicamente pueden conjurarse mediante la lesión de intereses legítimos ajenos y que no da lugar a la legítima defensa ni al ejercicio de un deber”, (2015)

Esta circunstancia permite la defensa de intereses colectivos, en razón que la base de ésta descansa en la preservación de la paz jurídica, de tal modo que por esta vía es posible atender a bienes supraindividuales, (Silva Sánchez, 1982)

Los requisitos para que se materialice la figura en cuestión pasan por la concurrencia de una situación de necesidad, o de peligro como sostiene el estatuto penal. Esta cuestión implica la concurrencia de un conflicto entre dos bienes jurídicos; de tal suerte que para salvar uno de ellos se precisa del sacrificio del otro, (Muñoz Conde, 2007). Este requisito es esencial, para que se configure la eximente. Es lo que la agresión representa para la legítima defensa. En este sentido, importa mencionar que el mal causado debe ser menos grave que aquel que se evitó.

Se precisa que el peligro sea vigente o que haya inminencia y que sea grave, e igualmente que no haya otra manera de enfrentarlo. Aquí importa destacar que la eximente se encuentra informada por el principio de proporcionalidad; de ahí la preceptiva materialización de tales condiciones. De igual forma, es necesario que el peligro no haya sido ocasionado por el agente.

El ordenamiento permite el estado de necesidad en defensa de terceros, es decir, el caso que una persona acude en ayuda de otra que se encuentra en una situación de necesidad, lo cual configura el auxilio necesario. Siguiendo el hilo argumentativo expresado, se advierte que la colisión de deberes es una forma de estado de necesidad, en concreto, de auxilio necesario. Así, se observa que una persona está llamada a cumplir un deber, empero solo puede cumplir con este, a costa de desatender otro que, igualmente, lo vincula, (Jescheck/Weigend, 2002), lo cual da lugar a concluir que existen deberes de acción y omisión.

La cuestión estriba entonces en determinar si la colisión de deberes, que es el caso que nos interesa, genera justificación o exculpación. Por un lado, se estima que la cuestión se encuentra dentro del ámbito organizativo del injusto; de manera que el asunto se resuelve en sede justificación. Así, siempre que colidan deberes idénticos el sujeto puede adoptar cualquiera de las soluciones que tiene a su disposición, en razón que la delimitación de lo prohibido presenta notables dificultades, particularmente en casos límite, (Cuerda Riezu, 1990).

En antítesis a lo expresado, otro sector estima que en casos como el que planteamos la salida de la justificación es insostenible, por cuanto la colisión en realidad es de vidas; de tal modo que la dignidad humana, principio

cardinal que gobierna el estatuto penal, no permite que se lleve a cabo una cuantificación; por ende, la solución debe buscarse en sede de exculpación, (Robles Planas, 2010).

Otra de las condiciones exigidas en el estado de necesidad consiste en que el por su oficio el sujeto no tenga obligación de sacrificio, lo cual aplica a personas que por sus tareas están llamadas a enfrentar riesgos, por las expectativas sociales que se ciernen sobre ellos, verbigracia, bomberos, sin que ello implique que deban inmolarse.

3.3.1. Naturaleza jurídica. La delimitación del estado de necesidad es una de las cuestiones que mayor interés ha concitado en la doctrina. Por un lado, concurren tesis unitarias que entienden que el estado de necesidad es siempre eximente justificante, sin importar los intereses que colidan, (Gimbernat Ordeig, 1995); pero otro sector, ampliamente dominante, es de la opinión que la figura que nos atañe puede ser bien causa de justificación o de exculpación, en atención a la colisión que se advierta; por ende, el estado de necesidad tiene repercusiones duales.

Hegel ha elaborado la teoría del conflicto. Según la línea argumentativa desarrollada, la acción de la persona está justificada, en atención a que existe un interés que se encuentra por encima del otro, en consecuencia, la conducta es conforme a derecho y está justificada. A partir de esta posición se diseña la figura del estado de necesidad justificante, (Martín Lorenzo, 2009).

La teoría de la adecuación ha sido construida por Kant, quien sostiene que la conducta de la persona no puede resultar justificada. En todo caso, el comportamiento no se castiga, pero en atención a que el individuo procede guiado por una coacción psicológica; de tal suerte que

esta situación da ocasión a que la persona no se encuentre motivada a cumplir con las pautas establecidas en el ordenamiento jurídico, en consecuencia, no se castiga por un asunto de equidad. Esta argumentación es la base del estado de necesidad exculpante, en el cual se advierte una tensión entre intereses idénticos o superiores, (Jescheck/Weigend, 2002).

Resulta palmario que nuestra legislación ha acogido la teoría de la diferenciación, en atención que se aprecia un estado de necesidad justificante, en el caso que uno de los males sea menos grave; y otro exculpante, en el supuesto que los intereses en conflicto sean iguales o uno de ellos resulte superior.

II. EXCULPACIÓN

1. Fundamentos. La culpabilidad, o imputación personal decae al tiempo que las condiciones deliberativas de las personas merman, de tal suerte que no es de recibo la atribución del injusto, al menos no dentro del marco de un estado democrático de derecho, (Martínez Cantón, 2010).

El principio de inexigibilidad de otra conducta es esencial para la sistemática de la exculpación, por cuanto no se materializa la culpabilidad si es que concurren razones que no permiten que al agente se le pueda atribuir el injusto, en atención a la concurrencia de una anormalidad motivacional que limita su comunicación frente al estatuto prohibitivo, (Aguado Correa, 2004).

Con todo, Roxin es de la opinión que las razones por las cuales se prescinde de castigo, pese a la materialización de un injusto, estriban en motivos de política criminal; dado que entiende que no es necesaria la pena, pues en el caso determinado no tiene ocasión la prevención especial ni general que

debe propiciar el castigo, (Roxin, 2015).

Aquí debemos puntualizar que hemos seguido la clasificación que desde la doctrina alemana distingue entre **causas de exclusión**, en las cuales no se evidencia culpabilidad, en razón que se está frente a un inimputable o debido a la concurrencia de un error de prohibición invencible, lo cual implica que el sujeto no tiene capacidad de comunicarse con su entorno, de ninguna manera; o que no cuenta con el conocimiento de la condición antijurídica de su comportamiento en el segundo supuesto; y las **causas de disculpa** en las cuales el legislador no castiga, debido a una indulgencia, derivada de la disminución del desvalor de la acción y del resultado. Esta distinción no es meramente teórica, por el contrario, nos permite dimensionar este trabajo, al punto que como se expondrá en el siguiente punto trazará los niveles de cobertura.

2. Efectos de la exculpación. Como punto de partida, interesa puntualizar que en este caso se está frente a una conducta con contenido típico y antijurídico. En razón de esto resulta palmario que en la exculpación la participación criminal es admisible, debido a que la situación de anormalidad motivacional se extiende, exclusivamente, al autor, al menos en la generalidad de las ocasiones, (Roxin, 2015).

Como quiera que el hecho es antijurídico es posible que en este caso se reclame responsabilidad civil, por cuanto la conducta no tiene cobertura por parte del ordenamiento jurídico.

Vale mencionar que en este supuesto es posible ensayar legítima defensa, dado que la conducta de la persona no está avalada por la ley.

3. Causas de exculpación en el Código penal.

La ley prevé las siguientes circunstancias de disculpa: obediencia debida, estado de necesidad exculpante, coacción moral o psicológica y el miedo insuperable. Seguidamente, nos ocupamos de ellas, no sin antes reafirmar que los asuntos relacionados con el error y la falta de capacidad de culpabilidad no son abordados, debido a lo planteado en el punto II.1.

3.1. Obediencia debida. Esta circunstancia lleva implícito un vínculo de subordinación; en consecuencia, su ámbito de incidencia se concentra en las funciones públicas. Su materialización requiere una orden emitida por una autoridad competente, (Gill, 2004).

El fundamento de la eximente radica en la inexigibilidad de otra conducta, por ende, el legislador se ha decantado por atribuirle naturaleza exculpatória, (Arango Durling, 2014).

3.2. Estado de necesidad exculpante. Los requisitos de esta circunstancia encuentran sintonía con las condiciones que se precisan para que tenga lugar el estado de necesidad justificante, sin embargo, en el caso que ahora nos ocupa el legislador ha prescindido de la situación de peligro, la cual está prevista en la eximente que justifica. Muchas son las lecturas que podrían efectuarse en torno a esta cuestión y algunas otras, empero esta no es la ocasión para formular reflexiones en esta dirección. Con todo, se observa que la principal diferencia entre ambas figuras es que en este caso el mal sea igual o superior al bien jurídico lesionado.

3.3. Coacción moral o psicológica. La regulación de esta eximente, a nuestro modo de ver las cosas, se tropieza con el miedo insuperable, de tal suerte que las distinciones entre una y otra no resultan del todo claras. La eximente tiene como sustrato la concurrencia de una fuerza moral que afecta la conducta del

agente, lo cual afecta su capacidad deliberativa, (Guerra de Villalaz, 2001).

3.4. Miedo insuperable. Los presupuestos de esta eximente no se distancian del estado de necesidad, por lo cual la diferenciación entre ambas circunstancias es un asunto con no pocas complejidades. En nuestro medio, ni siquiera cumple funciones de recogida, en razón que los excesos en la justificación cuentan con una regulación propia, a diferencia de lo que acontece en España. La circunstancia consiste en la convergencia de una situación que afecta la normalidad requerida para decretar culpabilidad., (Mir Puig, 2015).

III. ALTERNATIVAS A LA PROBLEMÁTICA

Tal cual se planteó al inicio de este trabajo se pretende, en todo caso, visualizar las vías que podrían utilizarse como referencia para resolver la cuestión relacionada con la atención a determinada persona en desmedro de otra, en atención a la crisis provocada por el Covid-19. El asunto tiene dimensiones éticas y jurídicas, por mencionar algunas, por tanto, es muy opinable.

Debemos tomar en cuenta que el reconocimiento de una causa de justificación o de exculpación debe ser probada por quien alega. La sede natural, para tales efectos, es el juicio oral, en razón que en esa fase del proceso se potencian los principios de inmediación, contradicción, entre otros, al tiempo en que se desahoga la prueba.

La selectividad planteada debería ser una consecuencia de un examen detallado de la situación particular de cada persona, con miras a concretizar el proceso en cuestión. En palabras de Martínez Cantón es preceptiva la intervención de observadores entendidos; es decir, expertos competentes que proporcionen

luces en torno a la situación, (Martínez Cantón, 2010), lo cual nos lleva reafirmar que sería el juicio, salvo que las condiciones permitan la solución del problema en otra fase, el lugar donde por antonomasia se debería analizar el hecho.

Conviene puntualizar que la respuesta de la doctrina tradicional a problemas similares al que nos reúne, se ubica en el plano de la exculpación, por cuenta de la concurrencia del estado de necesidad, en atención a que coliden vidas, es decir, son bienes idénticos, (Robles Planas, 2010). De igual forma, resulta preceptivo que en este caso si se materializaría la tipicidad, en el supuesto que, por ejemplo, se pierda la vida de alguien, dentro del contexto examinado, por ende, la solución no gravita dentro de la primera categoría del delito.

Con miras a atender la problemática planteada al inicio de estas líneas, debe, necesariamente, considerar las consecuencias que se derivan tanto de la justificación, como de la exculpación. Así, en el evento que se considere que la solución se encuentra dentro del contexto de la antijuricidad, habría que proyectar que no cabría la reclamación civil, la participación criminal no tendría lugar y no podría recurrirse a la legítima defensa. En la exculpación la situación es diferente, puesto que sería dable el castigo al partícipe, la reparación civil y es posible la defensa.

Los efectos de la justificación parecen ajustarse a la situación que enfrentaría el personal sanitario, debido a que la falta de insumos, (camas, respiradores, e incluso facultativos y auxiliares especializados), es un asunto que se encuentra por encima de sus ámbitos organizativos. De hecho, esta situación daría ocasión a considerar, incluso que las consecuencias no le serían exigibles. Sobre el particular hemos puntualizado

que, a nuestro entender, el principio de inexigibilidad es cofundamentador de las causas de justificación; de tal suerte que este aserto está vertebrado con lo expresado hasta aquí.

En adición, la respuesta en materia de justificación proporciona una salida coherente con la actuación integral del personal sanitario, pues los efectos se extenderían a todos los que participan en el proceso de selección, que ha sido mencionado en las primeras líneas. Una solución en sede de exculpación permitiría el castigo de las personas que han intervenido en calidad de cómplices o partícipes, cuestión que no se encuentra en armonía con lo descrito en el inciso que antecede.

La apuesta por la justificación permitiría que se acuda al error, debido a que se cuenta con la plataforma jurídica para tales efectos, aunque con límites angostos. No obstante, en materia de exculpación se observa un déficit legislativo, debido a que no existe regulación en torno al yerro en esa sede.

Por otro lado, la exculpación vehiculizaría el reclamo civil, dirigido a personal médico que ha actuado dentro de las fronteras que le impone el ejercicio de su cargo, lo cual no parece guarde sintonía con el desempeño correcto de las tareas que le corresponden, en el evento que se haya demostrado que esto ha sido así.

De igual forma, es sumamente importante que se contextualice la situación, lo cual conlleva a ubicarse en el plano del agente al momento en que tienen lugar los hechos, de manera que debe efectuarse un examen *ex – ante* de la situación. Esto involucra verificar la finalidad que se persigue, la particular condición del agente

y las herramientas a las cuales puede acudir. Si se logra probar que, bajo las dimensiones planteadas, la selección era el único camino a seguir, entonces la respuesta al asunto podría encontrarse en el plano de la justificación, (Muñoz Conde, 2007).

Como viene expuesto, la problemática planteada podría resolverse por la vía de la justificación, al menos desde las perspectivas expresadas. Resta ahora verificar cuál de las eximentes sería aplicable a la situación objeto de atención.

Nos parece que habría que descartar el ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber legal, en razón que esta eximente, debido a su estructura, no da lugar a que se materialice el auxilio necesario; es decir, el supuesto en el cual una persona atiende la situación de otra. En todo caso, la situación mencionada, parece estar dirigida a hacerle frente a conflictos que se resuelven dentro del ámbito deliberativo individual y no cuenta con los alcances que son necesarios para atender el asunto que nos atañe. En adición, las fronteras de la eximente no son suficientes, para hacerle frente al conflicto en el cual se encuentra involucrado el auxiliador necesario.

De igual forma, debemos descartar la figura de la legítima defensa, porque en el supuesto examinado hace falta la agresión ilegítima, lo cual no se vislumbra desde ninguna perspectiva. Este es un requisito esencial en esta eximente. En adición, cabe mencionar que esta circunstancia está dirigida, esencialmente, a salvaguardar, generalmente, intereses particulares; por lo cual no tiene las dimensiones requeridas para atender el asunto.

Así las cosas, parece que el estado de necesidad es la alternativa que podría resolver

la problemática que acapara nuestra atención. Vale mencionar que la situación se resuelve mediante la figura de la colisión de deberes, la cual es una modalidad de la eximente mencionada y lleva implícito el auxilio necesario.

En nuestro medio, no se cuenta con una regulación específica de la colisión de deberes, como si acontece en el Código penal español, sin embargo, como es una forma del estado de necesidad entendemos que el recurso a esta es viable. Aquí también conviene tener en mente que existen figuras que no están expresamente reguladas, al menos en la parte general, pero que se encuentran previstas en el ordenamiento penal; tal cual acontece, por mencionar un ejemplo, con la coautoría, la cual no aparece en la parte general, no obstante, tiene vigencia en la parte especial, como tiene lugar en los delitos de asociación ilícita o conspiración, es decir, tipos plurisubjetivos en los que todos son coautores.

La solución del estado de necesidad resulta, igualmente, coherente con la estructura de la circunstancia, puesto que permite el auxilio necesario, precisamente, lo que acontece en el caso que nos atañe; dado que un tercero, (en este caso representado por el personal sanitario), se ocupa de atender una situación que el necesitado no puede por su cuenta resolver.

Si bien existen algunas distinciones entre el caso analizado con la figura de la comunidad de peligro, en la cual convergen varias personas involucradas en una situación que afecta sus intereses, mas esta figura es útil para atender la problemática, desde la perspectiva de las posibilidades asimétricas, (Martínez Cantón, 2010). En este supuesto, se advierten dos grupos sujetos a un mal, empero solo uno de ellos tendría razonables probabilidades de

sobrevivir, por ende, recibe atención, cuestión que podría acontecer en el proceso de selección. Además, en el evento que concurren las situaciones que hemos expresado, al tiempo de ocuparnos de la perspectiva justificante en el punto III, entendemos que la salida del estado de necesidad también es útil para cuestiones simétricas, de tal modo que, en uno u otro caso, se podría configurar un interés preponderante junto con la inexigibilidad de otra conducta.

Tal cual hemos expresado, el asunto es opinable en dimensiones superlativas, por tanto, no dejan de tener alguna razón quienes estiman que la problemática podría atenderse por vía de la exculpación, debido a que la colisión de deberes tiene como sustrato bienes jurídicos equivalentes. Pero, con todo, estimamos que la eximente a la cual debería recurrirse sería el estado de necesidad, dadas las coberturas que presenta.

Otras salidas estriban en el espacio libre

del derecho, en el cual frente a casos límite, como el que nos reúne, el Estado retira sus normas, de manera que deja en manos del ciudadano la decisión. Así, cualquiera que sea la medida a adoptar, no habría castigo, (Roxin, 2015). O también la responsabilidad por el hecho, una categoría intermedia entre la justificación y la exculpación, donde tendrían cabida, entre otros casos, el estado de necesidad exculpante para situaciones como estas, (Roxin, 2015). No obstante, no parece tarea sencilla incardinarlas dentro de nuestro contexto jurídico.

En fin, la solución al asunto planteado al inicio, podría resolverse en sede de justificación, por vía del estado de necesidad, por cuestiones, si se quiere político-criminales, y, desde luego, jurídicas, aunque admito que existen otras posibilidades razonables, e incluso la decisión en torno a la selección por parte del personal sanitario, en cierta forma, es jugar a Dios.

Dr. José Sánchez Gallego

1. FORMACIÓN ACADÉMICA

- Licenciatura en Derecho y Ciencias Políticas Universidad Santa María La Antigua
- Maestría en Derecho Procesal Universidad de Panamá
- Postgrado en Docencia Superior Universidad de Panamá
- Diplomado en Resolución Alternativa de Conflictos Universidad de Panamá
- Diplomado en Sistema Penal Acusatorio Universidad Latina
- Maestría en Derecho Penal Universidad de Sevilla (España)
- Doctor en Derecho Penal y Procesal Universidad de Sevilla (España- *Cum Laude*)

2. EXPERIENCIA LABORAL

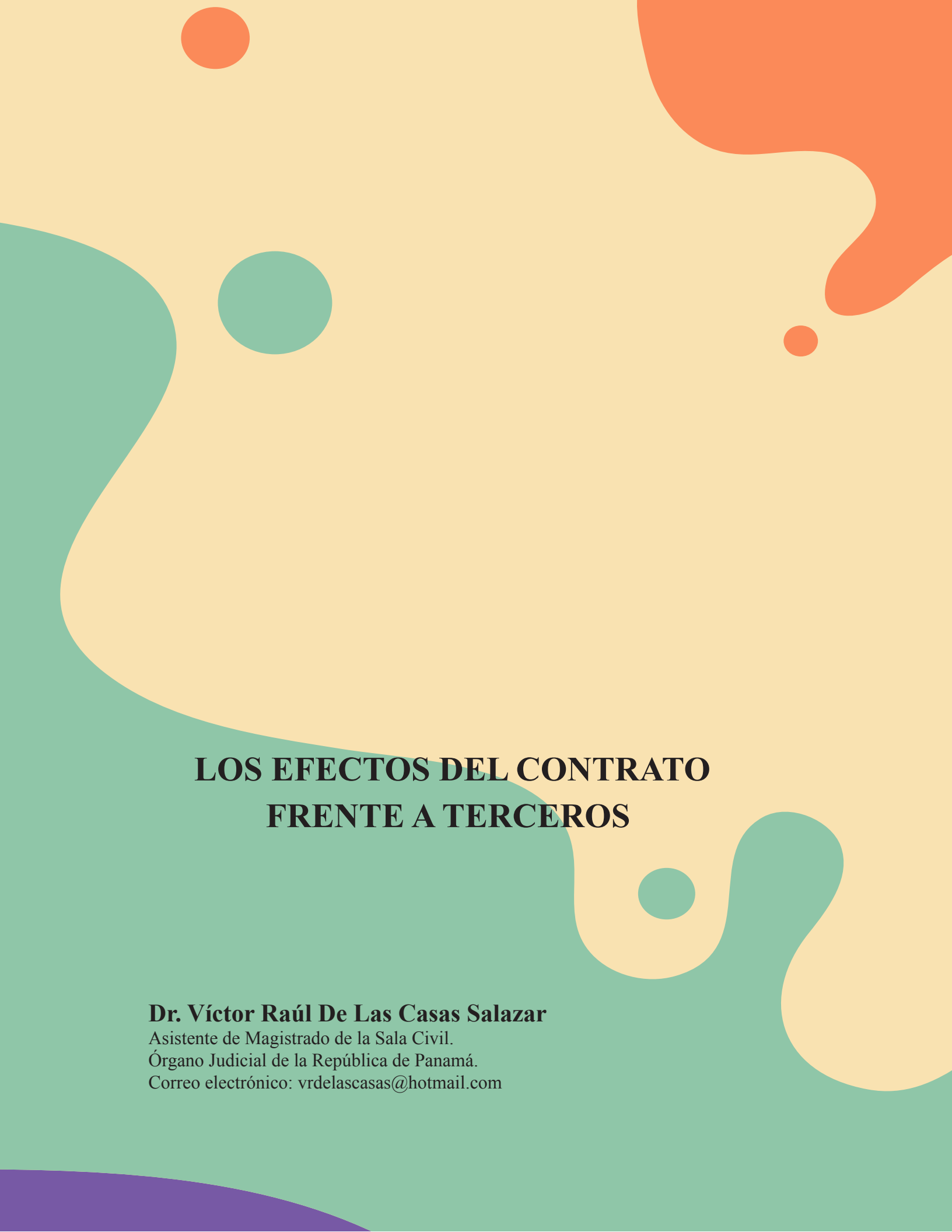
2.1. ÓRGANO JUDICIAL

- Juez - Juzgado Decimoséptimo de Circuito Penal.
- Juez- Juzgado de Garantías del Primer Circuito Judicial de Panamá

2.2. UNIVERSIDAD LATINA DE PANAMÁ

Profesor:

- Derecho Penal General (licenciatura)
- Derecho Penal Especial (licenciatura)
- Derecho Procesal Penal (licenciatura)
- Teoría del delito (maestría)



LOS EFECTOS DEL CONTRATO FRENTE A TERCEROS

Dr. Víctor Raúl De Las Casas Salazar

Asistente de Magistrado de la Sala Civil.

Órgano Judicial de la República de Panamá.

Correo electrónico: vrdelascasas@hotmail.com

LOS EFECTOS DEL CONTRATO FRENTE A TERCEROS

Resumen

El artículo 1108 del Código Civil consagra la regla de la relatividad de los contratos, según la cual, los contratos producen sus efectos, únicamente respecto de los otorgantes. Mas, a renglón seguido, establece una primera excepción, a saber, los herederos de los contratantes y, a párrafo seguido, hace una segunda excepción respecto de la estipulación en favor de tercero.

Respecto de las partes contratantes, y del tercero en cuyo favor se haya estipulado alguna prestación, el contrato produce unos efectos directos e inmediatos; en tanto que, respecto de los terceros, el contrato produce efectos indirectos y ulteriores.

Sin embargo, los terceros señalados en el referido precepto, no son los únicos a los cuales pueden alcanzar los efectos del contrato, pues dichos efectos pueden extenderse a los causahabientes universales y singulares, lo cual se presenta en figuras típicas como el legado, la cesión de créditos, onerosa y gratuita, la donación singular y universal y la subrogación de derechos, entre otras; así como en figuras atípicas, tales como la cesión de contrato y el contrato en favor de tercero.

Cabe aclarar que ciertas figuras jurídicas como el ejercicio de la acción subrogatoria, así como la oponibilidad del contrato, no constituyen propiamente, formas de efecto de los contratos respecto de terceros.

Abstract

Article 1108 of the Civil Code establishes the rule of the relativity of contracts, according to which, contracts produce their effects, only with respect to their grantors. But, immediately afterwards, it establishes a first exception, that is, the heirs of contracting parties and, next paragraph, it makes a second exception regarding the stipulation in favor of a third party.

Regarding the contracting parties, and the third party in whose favor any provision has been stipulated, the contract produces direct and immediate effects; while, with respect to third parties, the contract produces indirect and subsequent effects.

However, the third parties indicated in the aforementioned provision are not the only ones to whom the effects of the contract, since these effects can be extended to the universal and singular successors, which is presented in typical figures, such as the legacy, the assignment of credits, onerous and free, the singular and universal donation, and the subrogation of rights, among others; as well as outliers such as atypical figures, such as the assignment of contract and the contract in favor of a third party.

It should be added that certain legal figures such as the exercise of subrogatory action, as well as the enforceability of the contract, they do not constitute, properly, forms of effects of the contracts with respect to third parties.

Palabras Claves

Contrato, partes, terceros, relatividad, efectos, estipulación, causahabientes, herederos, cesionarios, legatarios, oponibilidad, subrogación.

Keywords

Contract, parties, third parties, relativity, effects, stipulation, successors, heirs, assigns, legatees, enforceability, subrogation.

I. LAS PARTES Y LOS TERCEROS EN EL CONTRATO

Un contrato es un acuerdo de voluntades por el cual una parte se obliga para con otra, o ambas recíprocamente, a cumplir una determinada prestación. Cada parte puede estar constituida por una o más personas naturales y/o jurídicas.

De lo antes expuesto, parece desprenderse que la parte en el vínculo contractual la constituye el individuo o la entidad que concurre a consentir para formar el contrato y, como consecuencia de dicho negocio jurídico, queda efectivamente vinculado a su contraparte.

No obstante, el concepto de parte contratante resulta más amplio, según se desprende de las definiciones que veremos a continuación.

Así, Ortiz Monsalve (Diccionario de Derecho Privado-Obligaciones, 2000, p.57) define a la parte como “Quien concurre materialmente a la celebración del negocio

jurídico, o que no haciéndolo deriva su derecho de esas.”(sic) En la definición transcrita, el citado autor le atribuye la condición de parte a quien concurre materialmente a la celebración del contrato, con lo cual parece atribuirle dicha condición, también al representante, que es quien concurre a prestar su consentimiento por el representado, en los casos en que opera la representación, aunque las consecuencias jurídicas de dicho negocio jurídico no repercuten en su esfera jurídica.

Por su parte, Cabanellas (Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 2006, T.VI) nos da la siguiente definición de parte contratante: “Cada uno de los dos o más sujetos de un contrato... El interesado que no interviene, pero sucesor en su caso, es *causahabiente*...” (Cursivas del autor).

A esta definición cabe hacerle el mismo señalamiento hecho respecto de la anterior, en el sentido que conceptúa como parte a cada uno de los sujetos del contrato, entre los cuales se encontraría, eventualmente, el representante (sujeto del contrato, cuando haya representación), quien no obstante haber

concurrido a prestar su consentimiento, no resulta vinculado jurídicamente por razón del contrato celebrado por él. De igual forma, el citado autor le atribuye la condición de parte al sucesor del contratante en los derechos y obligaciones derivados del contrato. Al respecto, no cabe duda que tal sucesor devendría en parte respecto de la relación jurídica sustancial derivada del contrato, mas resulta dudoso que se le pudiese atribuir con propiedad la condición de parte contratante, no habiendo comparecido a la celebración del contrato ni en nombre propio, ni a través de representante.

Con mayor tino, Ospina Fernández y Ospina Acosta (Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, 2014, p.p.125-126) sostienen que el concepto de parte comprende, en primer término, a los agentes directos, es decir, a quienes directamente y obrando por sí mismos han intervenido en la celebración del contrato.

En el caso de la representación, señalan que “el concepto de *parte* se predica del representado y no del representante” y que estos “apenas sí son órganos de expresión jurídica, desempeñan en la operación el papel de simples transmisores para que ella produzca sus efectos respecto de los representados, como si ellos mismos hubieran actuado.”

En sentido semejante se expresa Emilio Betti (Teoría del Negocio Jurídico, 2008, p.p.76-77) quien asimila la celebración material del negocio jurídico a un acto de mensajería, caso en el cual el autor del negocio sería el remitente.

Ahora bien, volviendo a Ospina Fernández y Ospina Acosta (2014), dichos autores son del criterio que, tratándose de

sucesores universales, estos ostentan también la condición de partes, toda vez que, al suceder al causante en la titularidad de su patrimonio, aquellos deben ser reputados y tratados como partes frente a un acto jurídico celebrado por dicho causante, como si ellos hubiesen intervenido en la celebración de dicho acto.

Al respecto, cabe distinguir los conceptos de parte contratante y de parte en la relación jurídica sustancial. Los contratantes son partes en el negocio jurídico celebrados por ellos y, en consecuencia, también están constituidos como partes en la relación jurídica derivada del contrato. Mas, al suceder en sus derechos a la parte contratante, el sucesor se constituye únicamente en parte de la relación jurídica frente a la contraparte, mas no puede ser tenido como parte contratante, toda vez que dicho sucesor no participó por sí mismo, ni mediante representante, en la celebración del contrato en cuestión.

En base a lo anterior, conceptuamos a la parte contratante como aquel que actuando en nombre propio, o mediante representante, concurre a la celebración de un contrato cuyas consecuencias jurídicas afectan su esfera de intereses jurídicos y patrimoniales.

En consecuencia, todo aquel que no tenga la condición de parte contratante, en los términos expresados, tendrá la condición de tercero. Así, son terceros, no sólo quienes sean ajenos a la celebración del contrato, o que sean extraños a las partes contratantes. Son terceros, además, el representante, el notario que hubiese intervenido en la celebración del contrato, los acreedores, herederos y cesionarios, entre otros. Y si bien algunos de estos pueden ser terceros interesados en el contrato e, incluso, devenir en parte de la relación sustancial derivada del contrato, respecto del mismo contrato ostentan la condición de terceros.

II. LA RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS

El artículo 1108 del Código Civil preceptúa:

“Artículo 1108. Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo, en cuanto a éstos el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley.

Si el contrato contuviere alguna estipulación en favor de un tercero, éste podrá exigir su cumplimiento, siempre que hubiese hecho saber su aceptación al obligado antes de que haya sido aquélla revocada.”

La disposición transcrita recoge el postulado de la relatividad de los contratos, según el cual *“res inter alios acta aliis neque nocere neque produisse potest”* (los actos jurídicos no perjudican ni aprovechan a terceros).

Respecto de este principio, escribe Betti (2008, p.218):

“Los efectos jurídicos a que dan lugar los negocios bilaterales están normalmente limitados a las relaciones entre las partes... Se trata de un lógico corolario de la autonomía privada, que es reconocida a los individuos por la sociedad y por el Derecho para dictar leyes a los propios intereses (por lo que están excluidos efectos en daño de terceros..., y se niega

a veces la oposición a los terceros de efectos que se han producido entre las partes...); autonomía, por tanto, que con el negocio bilateral, dispone del instrumento destinado a regular la relación de una parte con la otra y no relaciones distintas y extrañas a ellas.”

También nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse en fallos de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, como del Primer Tribunal Superior de Justicia.

Respecto de este último, dicha Colegiatura, en Sentencia de 17 de marzo de 2003 expresó lo siguiente:

“No obstante todo lo anterior, en lo que sí discrepa esta Colegiatura con la decisión de fondo que se trajo a conocimiento por virtud de los recursos de apelación que se examina (sic), es con el criterio del sentenciador primario de extender los efectos de la resolución del contrato de compraventa de marras a **VIRGINIA ISABEL GONZALEZ, RICARDO A. BARRETO ASAN Y BARRETO Y ASOCIADOS, SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA**, quienes al no tener injerencia ni participación alguna en la celebración del contrato de compraventa tantas veces mencionado, deben ser estimados como terceras personas ajenas a la relación contractual que se debate dentro de este proceso, así como de la obligación que dimana de la misma.

Según el principio de relatividad

de los contratos que recoge nuestra legislación civil en el artículo 1108 (principio este a que hizo referencia el juez circuital pero finalmente no aplicó), **‘Los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos,** salvo en cuanto a éstos, el caso en los derechos y obligaciones que procedan del contrato no sean transmisibles o por su naturaleza, por pacto o por disposición de la Ley’.

Siendo entonces que los efectos jurídicos de un contrato (que, como se dijo anteriormente, no es otra cosa que los derechos y obligaciones) sólo se producen respecto de las partes que lo celebraron, ningún tercero ajeno a dicha relación obligacional de carácter bilateral, puede ser obligado por virtud de un contrato en el que no participó.”

De los elementos legales, doctrinales y jurisprudenciales examinados, se desprende claramente que en virtud del principio de la relatividad de los contratos, los efectos del contrato solo repercuten en el ámbito de los intereses de las partes contratantes, quienes serán los únicos que, en principio, se verán beneficiados o perjudicados por dichas consecuencias.

En efecto, la regla *res inter alios acta* dispone, como ya expresáramos, que los contratos no perjudican a terceros, y dispone además que tampoco benefician a terceros, como regla general. Ello se pone de manifiesto cuando un tercero, en aras de la defensa de sus intereses, pretende ejercer acciones o derechos respecto de los cuales solo están legitimadas

las partes contratantes.

Sobre esto último, la Sala Primera de la Corte Suprema tuvo también oportunidad de pronunciarse mediante Fallo de 31 de enero de 2012, cuya parte pertinente se transcribe a continuación:

“La responsabilidad contractual tiene su fundamento legal en el artículo 986 del Código Civil que a la letra dice: ‘...’

Ahora bien, al dilucidar si la actora puede reclamar de la demandada responsabilidad de tipo contractual, por haberle entregado un contenedor supuestamente en condiciones distintas a las que le fueron requeridas, esta Superioridad debe concluir que tal reclamación no es posible.

Y es que, según el artículo 976 del Código Civil, ‘Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.’

Adicionalmente, el artículo 1108 del mismo Código dispone que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan.

Es decir, que sólo puede exigirse responsabilidad contractual a quien forma parte del contrato celebrado, y es del caso que, en la presente causa, la actora no ha suscrito contrato alguno con la demandada, pues no ha alegado tal supuesto y mucho menos lo ha demostrado.

Según quedó acreditado en autos,

la utilización por parte de la demandante, del contenedor de propiedad de la demandada, no obedeció a una contratación directa entre ellas, sino a un requerimiento de Kevin Corp., compradora-importadora de la carga de plátanos, quien mantiene con la demandada un contrato para el transporte de sus importaciones.” (R.J. de enero de 2012, pág.61)

Llama la atención, respecto del extracto transcrito, que hace referencia al artículo 976 del Código Civil, el cual consagra el principio de la obligatoriedad de los contratos, mediante la regla *pacta sunt servanda*, como una especie de antesala del postulado de la relatividad recogido en el artículo 1108 del mismo texto legal.

En este mismo sentido escribe Betti (2008, pág.218), respecto de las normas correspondientes del Código Civil italiano:

“Esta regla, en su aplicación a los contratos, encuentra una enunciación un tanto enfática en el art. 1.372 del Cód. civ., por el cual, ‘el contrato tiene fuerza de ley entre las partes’ y hallaba una más precisa formulación en el art. 1.130 del Código de 1865.”

Como podemos apreciar, Betti estima que la norma que establece la obligatoriedad de los contratos, consagra también el principio de la relatividad de los mismos.

Por su parte, Julien Bonnecase (Tratado Elemental de Derecho Civil, 1993, p.927) resulta más preciso al establecer los principios que consagran una y otra disposición. Escribe el referido tratadista, a propósito de las

disposiciones correspondientes del Código Civil francés:

“Es necesario distinguir la fuerza obligatoria del contrato y la relatividad de sus efectos. El principio de la fuerza obligatoria se halla establecido por el art. 1134, que establece la medida en que se imponen los contratos a sus autores: ‘los pactos legalmente formados, tienen fuerza de ley para aquellos que los han celebrado. No pueden ser revocados, sino por mutuo consentimiento, o por las causas que están autorizadas por la ley. Deben ejecutarse de buena fe’. Respecto a las partes contratantes, el contrato se les impone con la misma fuerza que la ley. El principio de la relatividad de los efectos del contrato completa este resultado;...”

Tal como se desprende de la cita transcrita, el citado jurista distingue claramente los principios que consagran una y otra disposición, no obstante reconoce que ambos principios se complementan.

Volviendo al texto del artículo 1108 del Código Civil, de su lectura se desprende que el postulado de la relatividad de los contratos no tiene un alcance absoluto. En efecto, el mismo precepto dispone que los efectos de los contratos alcanzan también a los herederos de los contratantes, y establece la estipulación en favor de tercero, lo cual conlleva que quien no ha sido parte en el contrato puede ser titular de derechos y exigirlos a la parte promitente, tal como se verá más adelante.

Al respecto, cabría preguntarse si las excepciones previstas en el artículo 1108 son

las únicas que se presentan a propósito de la relatividad de los contratos, o si existen otras excepciones que se pueden extraer de la normativa general.

III. EXCEPCIONES A LA RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS

Las excepciones a la regla de la relatividad de los contratos están constituidas por aquellos casos en los cuales el contrato surte sus efectos respecto de terceros. Esto es, que los derechos y obligaciones derivados del contrato recaen sobre terceros ajenos a la celebración del contrato. Dicho de otra forma, los terceros quedan facultados jurídicamente, como acreedores, para exigir el cumplimiento de una determinada prestación y, de igual forma, cuando un tercero queda constreñido jurídicamente a realizar una determinada prestación en virtud de un contrato del que no ha sido parte.

A. La estipulación en favor de tercero.

Es una de las excepciones más características, toda vez que aparece, junto al caso del heredero, en el texto del artículo 1108 del Código Civil.

La estipulación en favor de tercero es definida por Bonnet (1993, p.929) como “la promesa que una parte contratante hace a la otra, de una prestación en provecho de una persona extraña al contrato.” A nuestro juicio, la referida definición peca por deficiente, toda vez que, si bien deja establecida la prestación en favor del tercero a cargo de la parte promitente, no expresa la facultad de exigir su cumplimiento por parte de dicho tercero. Debemos tener presente que el segundo párrafo del artículo 1108 se refiere expresamente a esta facultad del tercero beneficiario, lo cual lo convierte en un verdadero acreedor, precisamente por estar legitimado para exigir.

Veamos a continuación las relaciones jurídicas derivadas de la estipulación en favor de tercero:

1. Las relaciones entre los contratantes. Una vez perfeccionado el contrato, surgen entre las partes contratantes todas las consecuencias jurídicas que emanan de un contrato. En consecuencia, cada parte podrá compeler a la otra al cumplimiento de la prestación que le corresponde y, a la vez, podrá ser compelido al cumplimiento de lo que le atañe.

En lo tocante a la estipulación en favor de tercero, es menester distinguir en cuanto al hecho que el beneficiario haya aceptado o no el beneficio estipulado. Si el tercero ha manifestado su aceptación, las partes, o solo el estipulante, según se haya convenido, no podrá(n) revocar la estipulación en favor del tercero.

Por otra parte, como bien anota Díez-Picazo (Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I, 1983, p.290), si las partes convinieron en modificar el contenido del contrato o poner fin al mismo, tal acuerdo (novación, resciliación, etc.) no afectará el derecho del tercero que haya manifestado aceptación de la estipulación en su favor.

Sin embargo, ni el texto del artículo 1108, ni la jurisprudencia consultada, han resuelto lo concerniente a la posibilidad de que el estipulante pueda exigir o compeler al promitente al cumplimiento de la prestación en favor del tercero.

Al respecto, Ospina Fernández y Ospina Acosta (2014, p.371) hacen referencia al derecho francés, alemán y suizo, según los cuales el estipulante está dotado de una acción de cumplimiento frente al

promitente, lo que no ocurre en el derecho colombiano.

Por nuestra parte, somos del criterio que la legitimación para exigir el cumplimiento de la prestación por parte del promitente, no la tiene únicamente el beneficiario, pues si el estipulante introdujo tal beneficio en favor del tercero, ello ha de tener su causa en un interés legítimo de dicha parte, lo cual lo legitima para exigir dicha prestación por parte del promitente.

2. Relación entre el estipulante y el beneficiario. La relación entre el estipulante y el beneficiario se reduce al examen de la causa de la atribución patrimonial. Así, la estipulación en favor del tercero puede tener una causa onerosa o una causa gratuita, v.gr., el pago de una obligación o una donación.

Puede darse el caso, sin embargo, que la estipulación en favor del tercero carezca de causa *ab initio*, o bien que se trate de una causa ilícita, casos en los cuales procederá una acción de nulidad. De igual forma, la causa existente inicialmente, puede haber desaparecido, en cuyo caso procederá una acción de enriquecimiento sin causa.

3. Relaciones entre el promitente y el beneficiario. El promitente y el beneficiario quedan constituidos en partes de la relación jurídica sustancial derivada del contrato celebrado entre el promitente y el estipulante. En este sentido, promitente y beneficiario devienen en deudor y acreedor, respectivamente, de la prestación derivada de la estipulación en favor de este último.

Cabe señalar, sin embargo, que el solo perfeccionamiento del contrato no atribuye a estos sujetos la condición de deudor y acreedor de la prestación establecida,

sino en la medida que el tercero le haya hecho saber al obligado la aceptación de la estipulación en su favor, antes de que haya sido revocada.

Una vez manifestada la aceptación, la obligación se hace exigible (salvo que medie plazo o condición), más el promitente no quedará constituido en mora hasta tanto el beneficiario exija el cumplimiento de la obligación (mora ex persona) o se cumplan los supuestos previstos en el artículo 985 del Código Civil (mora ex re).

B. El Contrato en Favor de Tercero.

Si bien el Código Civil no prevé de manera general el contrato en favor de tercero, su viabilidad resulta indudable, y el ordenamiento establece casos concretos de contratos que se celebran en favor de terceros.

El caso más característico es el del seguro de vida, en virtud del cual el asegurado celebra un contrato sobre su propia vida, con el asegurador, en beneficio de un tercero. Ocurrido el evento previsto en la póliza (muerte del asegurado), el beneficiario “tiene acción directa para el cobro del seguro.” (Saucedo Polo, J. El Contrato de Seguro, 1992, p.72)

C. Los Herederos.

Los herederos son causahabientes universales del causante y, en consecuencia, le suceden en todos sus derechos y obligaciones transmisibles. Siendo así, sostienen Ospina Fernández y Ospina Acosta (2014, p.353), “la lógica del sistema impone un corolario obligado, cual es *la continuación de los efectos de los actos jurídicos respecto de los causahabientes universales o herederos de las partes originarias.*” (Cursivas de los autores)

Ahora bien, respecto de los herederos, el mismo artículo 1108 del Código Civil establece tres importantes excepciones a propósito de la transmisión de los efectos del contrato, a saber:

1. Excepción resultante de la naturaleza del contrato. Es el caso de los contratos *intuitu personae*, en los cuales resultan determinantes las cualidades o condiciones particulares que concurren en la parte o partes contratantes. En caso de muerte de las partes o de la parte contratante cuyas características personales resultaron determinantes para celebración del contrato, dicho negocio jurídico se extinguirá por la muerte de dicho contratante, no siendo posible la transmisión a tercero de los efectos del contrato.
2. Excepción resultante de la voluntad de las partes. Se presenta cuando las partes convienen que el contrato terminará con la muerte de cualquiera de ellos.
3. Excepción resultante de la ley. Tal como se expresa, esta excepción resulta de lo dispuesto expresamente en la ley. A manera de ejemplo, el derecho real de uso y de habitación, resultante de un contrato, no será transmisible por causa de muerte (ni por acto inter vivos), tal como se desprende del artículo 508 del Código Civil.

D. Causahabientes a Título Particular.

Ospina Fernández y Ospina Acosta (2014, p.352) definen al causahabiente en los siguientes términos:

“Causahabiente o sucesor es la persona que recibe de otra,

llamada a su vez causante o autor, uno o más derechos u obligaciones, bien sea por acto entre vivos, o bien por causa de muerte.”

Así, son causahabientes a título universal, lo herederos, vistos ya en el punto anterior; y son causahabientes a título singular o particular, los legatarios, cesionarios y donatarios, entre otros. Mención especial merece el caso particular del donatario universal, el cual contemplaremos en sección aparte.

1. El legado. De esta figura, nos dice el *ius civilista* mexicano Rafael Rojina Villegas (Compendio de Derecho Civil, T.II, pág.308):

“El legado consiste en la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador, de un bien determinado o susceptible de determinarse, que puede consistir en una cosa, en un derecho, en un servicio o hecho,...”

De la definición transcrita se desprende que el legado ha de consistir, no sólo en cosa o cosas determinadas o susceptibles de determinarse, pudiendo consistir también en derechos, sin entrar a distinguir entre derechos reales o derechos personales o de crédito. Y, aún sin esta especificación, los derechos también constituyen una categoría de bienes, específicamente, de bienes incorporales.

Dado que los derechos personales o de crédito pueden constituir objeto del legado, tales derechos, dimanantes de un contrato, pueden ser transmitidos a un

legatario, quien estará legitimado para exigir su cumplimiento.

Así, v.gr., las sumas que se adeuden al causante por razón de un contrato de venta a crédito, de un préstamo, de un arrendamiento, sociedad, etc., pueden ser legadas por el testador y, en consecuencia, uno de los efectos del contrato en cuestión surtirá sus efectos en cuanto a tercero, en el sentido que dicho tercero, ajeno a la celebración del contrato, devendrá en titular de un derecho dimanante del referido contrato.

2. La cesión de créditos. El Profesor Dulio Arroyo Camacho (Contratos Civiles, 1997, T.I, p.223) define la cesión de créditos como “una convención por la cual tiene lugar la transmisión de un crédito por acto inter vivos a título singular.” Tal como queda de manifiesto en la definición transcrita, la cesión de créditos, en su acepción más amplia, puede ser a título oneroso o a título gratuito. No obstante ello, la cesión de créditos es regulada en nuestro Código Civil a propósito de la compraventa. Sin embargo, la cesión de créditos puede tener su causa en una mera liberalidad (donación); puede ser objeto de otro contrato, como la permuta, aporte a una sociedad, o una forma de extinguir obligaciones (pago, dación en pago, etc.).

Ahora bien, para que la cesión afecte al deudor cedido, es menester que se le haya notificado de la cesión, tal como lo previenen los artículos 1084, párrafo final, y 1279 del Código Civil. “Hecha la notificación, el cesionario puede exigirle al deudor el pago de la deuda en las mismas condiciones en que podría haberlo hecho al cedente.” (Arroyo Camacho, 1997, p.236).

De lo dicho se desprende que el cesionario deviene en titular de un derecho dimanante de un contrato respecto del cual fue ajeno al momento de su celebración, hasta el punto que, tratándose de compraventa, se le transfieren los derechos accesorios o de garantía, tales como la fianza, prenda, hipoteca y privilegios (art.1280 del Código Civil).

3. La cesión de contrato. Dulio Arroyo (1997, p.225) define la cesión de contrato como “el negocio jurídico en cuya virtud una parte contratante, con el consentimiento de la otra, subroga a un tercero en las relaciones jurídicas derivadas de un contrato con prestaciones todavía no cumplidas.”

La cesión de contrato resulta atípica en nuestro ordenamiento, no obstante que el artículo 1324 del Código Civil se refiere a ella. En efecto, la referida disposición preceptúa que el comprador de un bien inmueble arrendado podrá dar por terminado el arrendamiento hasta entonces vigente entre el arrendatario y el anterior propietario, salvo que se convenga lo contrario en la escritura de compraventa o que el arrendamiento se haya inscrito en el Registro Público. En tal caso, el arrendamiento continuaría con el comprador como nuevo arrendador en una relación sustancial derivada de un contrato en el cual no fue parte.

Ahora bien, la cesión de contrato es posible respecto de cualquier otro contrato, siempre que se cuente con el consentimiento de la otra parte contratante.

La cesión de contrato guarda una diferencia sustancial respecto de la cesión

de crédito, toda vez que en esta, sólo se transmite el elemento activo resultante de la relación contractual, en tanto que, respecto de aquella, se transmite el activo, así como el pasivo derivado de dicha relación.

Dicho sea de paso, es la figura más afín a la que se presenta respecto de los efectos del contrato en cuanto a tercero, derivados de la sucesión universal, precisamente, porque se transmite tanto el activo como el pasivo de dicho vínculo contractual.

E. La Donación.

Realmente, no hay razón de peso para tratar la donación, como forma de extender los efectos del contrato respecto de terceros, en un apartado distinto al de la cesión de créditos pues, tal como señaláramos en líneas arriba (supra, p.13), la cesión de créditos puede tener su causa en la mera liberalidad del cedente, caso en el cual, efectivamente, nos encontraríamos ante una donación.

No obstante ello, ciertos tipos de donación (que se discute que sean verdaderas donaciones) presentan caracteres que hacen plantear la discusión en el sentido de si no se tratará de alguno de los tipos de transmisión de los efectos de los contratos, que hemos visto antes, o bien si estamos ante una forma distinta de hacer surtir los efectos de los contratos frente a terceros.

Como primer punto, expondremos las definiciones que, del contrato de donación, nos dan los artículos 939 y 940 del Código Civil:

“Artículo 939. La donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuita e irrevocablemente de una cosa en

favor de otra que la acepta, salvo lo dispuesto en el Capítulo IV de este Título.”

“Artículo 940. Es también donación la que se hace a una persona por sus méritos o por los servicios prestados al donante, siempre que no constituyan deudas exigibles, o aquella en que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado.”

El artículo 939 del Código Civil nos da una definición de la donación gratuita, en tanto que el artículo 940 nos da definiciones de la donación remuneratoria y de la onerosa.

Volviendo al artículo 939, el ius civilista Dúlio Arroyo (1997, p.269) observa con tino que la palabra “cosa” empleada en la referida disposición “hay que entenderla en sentido amplio, comprensiva tanto de las cosas corporales como de las incorporales... No obstante, lo cierto es que la donación de **derechos** viene a constituir realmente un contrato de **cesión**,...” (Resaltado del autor).

Tenemos, pues, que en virtud de la donación el donante-cedente transmite de manera gratuita, esto es, sin contraprestación alguna, un crédito en favor de un tercero (cesionario-donatario), que lo acepta. Respecto de la irrevocabilidad de la donación, tratándose de donación inter vivos, esta es la regla general, pues hay casos excepcionales que autorizan la revocación de las donaciones.

Por otra parte, habrá igualmente donación-cesión del crédito, por razón de los méritos o servicios prestados por el donatario-cesionario al donante-cedente, o cuando este imponga a aquel una carga o gravamen cuyo valor sea inferior al de la donación.

Ahora bien, la doctrina ha hecho diversas clasificaciones de las donaciones, algunas de las cuales han sido contempladas por nuestro Código Civil, como es el caso de las donaciones inter vivos y mortis causa, y las donaciones singulares y universales. Dado que la regla general es la de las donaciones singulares y entre vivos, veremos el caso particular de las donaciones por causa de muerte y las donaciones universales.

1. Las donaciones por causa de muerte. El artículo 941 del Código Civil dispone:

“Artículo 941. Las donaciones que haya de producir sus efectos por muerte del donante, participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se regirán por las reglas establecidas en el capítulo de la sucesión testamentaria.”

Tal como se desprende del precepto transcrito, y acorde con lo anotado por el jurista Arroyo Camacho (1997, p.262), “la donación por causa de muerte constituye en nuestro Derecho un legado, un acto jurídico unilateral.”

En consecuencia, respecto de la donación mortis causa, corresponde remitirnos a lo ya expuesto a propósito del legado.

2. Las donaciones universales. El maestro Arroyo (1997, p.280) define las donaciones singulares como “las que se refieren a un bien o bienes determinados, y **universales**, las que comprenden la **totalidad** del patrimonio del donante.”

Con todo el respeto que me merece el ilustre jurista, tengo que discrepar un tanto de la referida definición, toda vez que una donación entre vivos no puede recaer jamás sobre un

patrimonio, visto como una universalidad jurídica, toda vez que el mismo es categórico al referirse a “la totalidad del patrimonio del donante”.

En efecto, el patrimonio comprende la totalidad de los derechos y obligaciones de los cuales es titular una persona natural o jurídica. Siendo esto así, la donación, por definición, solo puede comprender el activo patrimonial, es decir, bienes y derechos, toda vez que el artículo 939 arriba transcrito es claro al señalar que en virtud de la donación el donante dispone gratuita e irrevocablemente de una cosa “en favor” de otra que lo acepta. En consecuencia, mal podría disponerse “en favor” de otra persona, cargas y gravámenes. Nada impide, aclaramos, que una donación pueda conllevar cargas o gravámenes sobre el donatario, mas ello sería accesorio al activo donado, mas no constituiría en sí el objeto de la donación.

Amén de lo anterior, el propio artículo 955, que consagra la donación universal, condiciona dicha donación al hecho que el donante se reserve en plena propiedad o en usufructo, bienes suficientes para vivir en un estado correspondiente a sus circunstancias. De ahí se desprende que, de la donación universal se excluye, no solo el pasivo patrimonial, sino, además, aquella parte del activo patrimonial necesaria para la congrua existencia del donante.

¿Qué comprende, entonces, la donación universal? El mismo artículo 955 es claro al referirse a “todos los bienes presentes del donante” (subrayado del suscrito) pues, la voz “universal” significa, entre otras acepciones “Que lo comprende todo en la especie de que se habla” (La Enciclopedia Salvat, 2004, Vol.20, p.15306).

En el presente caso “la especie de que

se habla” es el activo patrimonial, es decir, la totalidad de bienes y derechos de los cuales sea titular el donante. No así la totalidad de derechos y obligaciones, esto es, el patrimonio.

Así las cosas, el donante podrá donar la acreencia que tuviese contra su deudor, como parte de todo un activo patrimonial, no de manera singularizada, cumplido lo cual, el donatario devendrá en acreedor del antiguo deudor del donante, previa identificación e individualización de dichos bienes y posterior notificación al deudor.

F. La Subrogación de Derechos.

Cabanellas (2006, T.VII, p.600) define la subrogación como la “colocación de una persona o cosa en lugar de otra. Ejercicio de los derechos de otro, por reemplazo del titular. Adquisición de ajenas obligaciones, en idéntica situación, en lugar del obligado anterior.”

La definición transcrita parece asimilar la subrogación a la novación, tal como aparece regulada en nuestro Código Civil. Por cierto, el Profesor Narciso Garay (Derecho Civil II, T.II, s/f, p.p.145-146) se refiere a la tendencia a confundir el pago por subrogación con la novación por cambio de acreedor, y establece las diferencias entre la subrogación y la novación subjetiva, así como las diferencias entre la subrogación y la cesión de créditos.

Dada la amplitud de este tema, no nos es posible abordarlo con mayor profundidad en este espacio, por lo que solo nos referiremos a la siguiente clasificación de la subrogación:

1. Subrogación convencional. Es la que se produce por voluntad expresa del acreedor, que subroga en sus derechos a un tercero que le paga. Requiere:

a) voluntad expresa del acreedor, manifestada en términos claros y precisos, según lo previsto en el artículo 1095 del Código Civil;

b) que el pago lo haga un tercero con fondos propios;

c) que la subrogación se convenga entre el acreedor y el tercero en el momento que este paga, porque si se conviene después ya la obligación se extinguió y nadie puede subrogar a otro en una situación jurídica que no existe (Garay, s/f, Derecho Civil, II, T.II, p.146).

2. Subrogación legal. Se produce por ministerio de la ley, aún contra la voluntad del acreedor, en los supuestos previstos en los artículos 1096 y 1097 del Código Civil.
3. Subrogación judicial. Es la que se produce en virtud de decisión de un organismo jurisdiccional. Esta supuesta forma de subrogación, aparece definida en términos semejantes, en algunos textos doctrinales, de manera escueta, así como en algunos diccionarios y enciclopedias jurídicas (v.gr., Cabanellas, 2006, T.VII, p.602). Pero la mayoría de los autores no la consideran, lo cual estimamos atinado. En efecto, a nuestro juicio, esta supuesta forma de subrogación, no es más que la aplicación, por parte del juez, respecto de lo dispuesto en la convención o en la ley, cuando mediere controversia al respecto.

G. La Cesión de Deuda.

Marcel Planiol (citado por Garay, s/f, Derecho Civil II, T.II p.126) define la cesión o transmisión de la deuda como “el convenio por el cual un deudor le transmite a otra persona que se convierte en deudor en lugar

de él, su obligación a favor del acreedor”.

Nuestro Código Civil (siguiendo en esto al Código Civil español) no contempla esta forma de transmisión de obligaciones y, tal como señala Garay (s/f, Derecho Civil II, T.II, p.128), en él “se trata sólo de la novación por cambio de deudor que supone que una nueva obligación reemplace a la antigua.” No obstante ello, el Código Civil tampoco la prohíbe ni excluye que se lleve a la práctica.

La nota característica de la cesión de deuda es que un nuevo deudor entra en la relación obligatoria, liberándose el deudor original, manteniéndose igual la obligación.

Esta cesión puede darse, celebrando un contrato entre el acreedor y el nuevo deudor, liberando al deudor primitivo, o celebrando un contrato entre el antiguo deudor y el nuevo, con el asentimiento del acreedor.

IV. CASOS QUE NO CONSTITUYEN EXCEPCIONES A LA REGLA O PRINCIPIO DE LA RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS

Algunas situaciones jurídicas previstas en nuestro ordenamiento, presentan características afines a las señaladas en el punto anterior, por lo que podría prestarse a confusión. Por ello, hemos dedicado este apartado a contemplar dos de dichos casos, a saber, el ejercicio de la acción subrogatoria, y la oponibilidad del contrato.

A. El Ejercicio de la Acción Indirecta o Subrogatoria.

Narciso Garay s/f Derecho Civil II, T.II, p.100) nos da la siguiente definición de la acción indirecta o subrogatoria:

“Se llama acción indirecta, oblicua o subrogatoria al ejercicio por parte del acreedor de derechos y acciones patrimoniales, no personalísimos, pertenecientes al deudor no concursado ni quebrado, con el fin de hacer ingresar al patrimonio de este, bienes que deben estar en él y no lo están, siempre que el deudor no esté en posesión de otros bienes sobre los cuales pueda el acreedor obtener la realización de lo que se le debe.”

Esta acción se halla prevista en el artículo 996 del Código Civil que, en su parte pertinente, establece:

“Artículo 996. Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona;...”

Tal como podemos apreciar, el extracto normativo transcrito faculta al acreedor para ejercer acciones pertenecientes a su deudor, respecto de las cuales, en principio, carecería de la legitimación para ejercerlas. Tales acciones se podrían ejercer ante el supuesto del deudor que se mostrase omiso, sea por negligencia o por mala fe, en cuanto a hacer ingresar en su patrimonio, bienes que deben estar en él y no lo están. Se trata de suplir la inacción del deudor, ejerciendo las acciones que le competen a este, de tal manera que el acreedor accionaría ante el deudor de su deudor, ejerciendo las acciones que le corresponden a este último.

Del referido texto se desprende,

igualmente, que el acreedor no ejercita acciones propias, sino ajenas, es decir, acciones de las cuales es titular su deudor. En consecuencia, no se produce tal subrogación, pese a la denominación de acción “subrogatoria”. Lo que se produce es, realmente, una sustitución procesal.

B. La Oponibilidad del Contrato.

Henri Capitant (citado por Cabanellas, 2006, T.V, p.676) nos da la siguiente definición de oponibilidad: “Calidad del derecho o defensa que su titular puede hacer valer contra terceros.”

Supongamos que Cayo, acreedor de Ticio, pretende secuestrar o embargar un bien inmueble de propiedad de este último, el cual había sido vendido previamente a Sempronio, cumpliendo con todas las formalidades para su perfeccionamiento ¿podrá Cayo secuestrar o embargar (según el caso) el inmueble en cuestión? Pues todo depende del cumplimiento de una formalidad adicional, pues si el referido contrato de compraventa no ha sido registrado, el mismo no sólo no afectará a terceros, sino que, además, no se habrá producido la transmisión de la propiedad de dicha finca, la cual, no obstante haberse cumplido las solemnidades del caso, esto es que conste por escrito, y además, que conste en escritura pública para los efectos de su inscripción, el predio nunca habría salido del patrimonio del Ticio, por lo que dicho contrato no le será oponible a Cayo. En consecuencia, el contrato celebrado sobre el fundo no afectaría

el derecho de Cayo, quien podría, en efecto, llevar a cabo la medida cautelar o la medida ejecutiva, según el caso.

El caso descrito constituye un ejemplo de inoponibilidad del contrato, expresión esta que presupone el de la “oponibilidad” del mismo.

Como podemos apreciar, la oponibilidad no significa eficacia directa o refleja del contrato en la esfera jurídica de terceros; no constituye, según entienden algunos, excepción al postulado de la relatividad de los contratos, el cual se limita a impedir que los agentes pretendan imponerles derechos u obligaciones concretos a los terceros. Se trata de evitar que estos (los terceros) invadan el ámbito jurídico de las partes, negando la eficacia de actos que la propia ley reconoce (Ospina Fernández y Ospina Acosta, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, 2014, p.389).

La confusión surge, muy probablemente, como consecuencia del uso que indistintamente se da, tanto en la normativa, en la doctrina y en la jurisprudencia, de las expresiones “para que afecte a tercero” “para que perjudique a tercero” o “para que sea oponible a terceros”, o “para que surta efectos respecto de terceros”. Las tres primeras expresiones son equivalentes entre sí, y se refieren a este último punto que estamos abordando (el de la oponibilidad), en tanto que la última de estas expresiones se refiere a lo que ha sido el tema a lo largo del presente trabajo, a saber, los derechos y obligaciones que recaen sobre un tercero, esto es, que no ha sido parte contratante.

CONCLUSIONES

La regla de la relatividad de los contratos se refiere estrictamente a los efectos directos e inmediatos que de ellos surgen respecto de las partes contratantes. Los terceros en cuyo favor se haya celebrado el contrato o se haya estipulado beneficio, si bien llegan a ser titulares de derechos, de manera directa

e inmediata, estos constituyen excepciones a la regla de la relatividad de los contratos. De la misma forma constituyen excepciones los demás terceros que devienen en titulares de derechos y obligaciones como causahabientes de las partes.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARROYO CAMACHO, Dulio. Contratos Civiles, Tomo I, 2da. ed., Editorial Mizrachi & Pujol, Panamá, 1997, 471 p.
2. BETTI, Emilio. Teoría del Negocio Jurídico, Traducido por A. Martín Pérez, Editorial Comares, Granada, 2008, 530 p.
3. BONNECASE, Julien. Tratado Elemental de Derecho Civil, traducido por Enrique Figueroa Alfonzo, Editorial Harla, México, 1993, 1048 p.
4. DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, 2da. ed., Editorial, Tecnos, Madrid, 1983, 2 vols.
5. GARAY, Narciso. Derecho Civil II (Obligaciones), Universidad de Panamá, s/f. 2 t.
6. OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo y OSPINA ACOSTA, Eduardo. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, 7ma. Edición, Editorial Temis, Bogotá, 2014, 607 p.
7. ROJINA VILLEGAS, Rafael. Compendio de Derecho Civil, 22da. ed., Editorial Porrúa, México, 1990, 4 tomos.
8. SAUCEDO POLO, Juan. El Contrato de Seguro, Panamá, 1992, 190 p.

ENCICLOPEDIAS Y DICCIONARIOS JURÍDICOS

1. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 29na.ed., Editorial Heliasta, Buenos Aires, 8 tomos.
2. La Enciclopedia, Salvat Editores, Madrid, 2004, 20 vols.
3. Ortiz Monsalve, Alvaro. Diccionario de Derecho Privado, 3ra. Ed., Librería Jurídica Axel, Bogotá, 2000, 69 p.

JURISPRUDENCIA

1. PANAMÁ, Órgano Judicial, Primer Tribunal Superior del Primer Distrito Judicial, Sentencia de 17 de marzo de 2003.
2. PANAMÁ, Órgano Judicial, Corte Suprema de Justicia, Sala Segunda (Civil), Sentencia de 31 de enero de 2012.

TEXTO LEGAL

PANAMÁ, Código Civil.

Dr. Víctor Raúl De Las Casas Salazar

- Doctor en Derecho con especialidad en Derecho Privado (Civil-Comercial) - Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM)
- Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas- Universidad de Panamá.
- Estudios de docencia superior- Instituto Centroamericano para la Supervisión de la Educación (ICASE)
- Profesor de Derecho Civil y Comercial en la Universidad de Panamá y en universidades particulares, en los niveles de carrera técnica, licenciatura, maestría y doctorado.
- Expositor en conferencias sobre Derecho Civil y Derecho Procesal Civil.
- Autor de artículos diversos en Derecho Civil.
- Actualmente, asistente en la Sala Civil, Corte Suprema de Justicia y profesor de Derecho Civil y Derecho Romano en la Universidad de Panamá.

Dirección Nacional de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos

Principios de la Mediación

Autonomía de la Voluntad

Equidad

Neutralidad

Confidencialidad

Economía

Eficacia

*Resuelve tus
Conflictos Mediando*

Qué es la Mediación

La mediación es un método alternativo de solución de conflictos, mediante el cual se hace posible que las partes resuelvan en forma pacífica diferentes tipos de conflictos. El mediador o mediadora, un tercero imparcial y experto, facilita las negociaciones y la comunicación entre las partes, con la finalidad de que éstas puedan decidir y dar solución rápida a sus diferencias.



¿Cómo Acceder a la mediación?

Se puede acceder de manera extrajudicial, es decir, los interesados se pueden acercar a los Centros de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial de forma voluntaria y solicitar el servicio de manera gratuita.

De igual forma, las partes que se encuentren en medio de un proceso judicial, podrán solicitar la derivación del proceso al Centro de Métodos Alternos de Resolución de Conflictos del Órgano Judicial.

"Proceso de Mediación"



Materias Mediables

La mediación es utilizada en conflictos de materia Familiar, como Pensión Alimenticia, Régimen de Reglamentación de Visitas y Guarda, Crianza y Educación, Cuidado de Adulto Mayor; Civil como División de Bien Común, Deudas, Alquileres, entre otros; Penal, en delitos desistibles tales como Homicidio Culposo, Lesiones Personales, Hurto, Apropiación indebida, Estafa, Usurpación, Daños, Delitos Cometidos con Cheques, entre otros; Asuntos Agrarios y Comunitarios.

¿Por qué utilizar la mediación?

La solución se apoya en la igualdad y buena fe.

Lleva a las partes a la creatividad y a resolver el conflicto por sí mismas.

Es una pronta solución.

Es confidencial.

Las personas tienen control sobre el proceso y el resultado, son las dueñas de la transformación de sus conflictos.

Coadyuva en la reconstrucción del tejido social.



Ventajas de la Mediación

- Es un proceso voluntario y gratuito.
- Ahorra tiempo, pues se lleva a cabo de una manera más rápida que los procesos judiciales.
- Se abordan los problemas desde la raíz, y son las partes quienes deciden.
- Se centra en necesidades e intereses.
- Es ágil, promueve la colaboración.
- Los convenios tienen fuerza legal.
- Los mediadores son profesionales expertos en el manejo de conflictos.

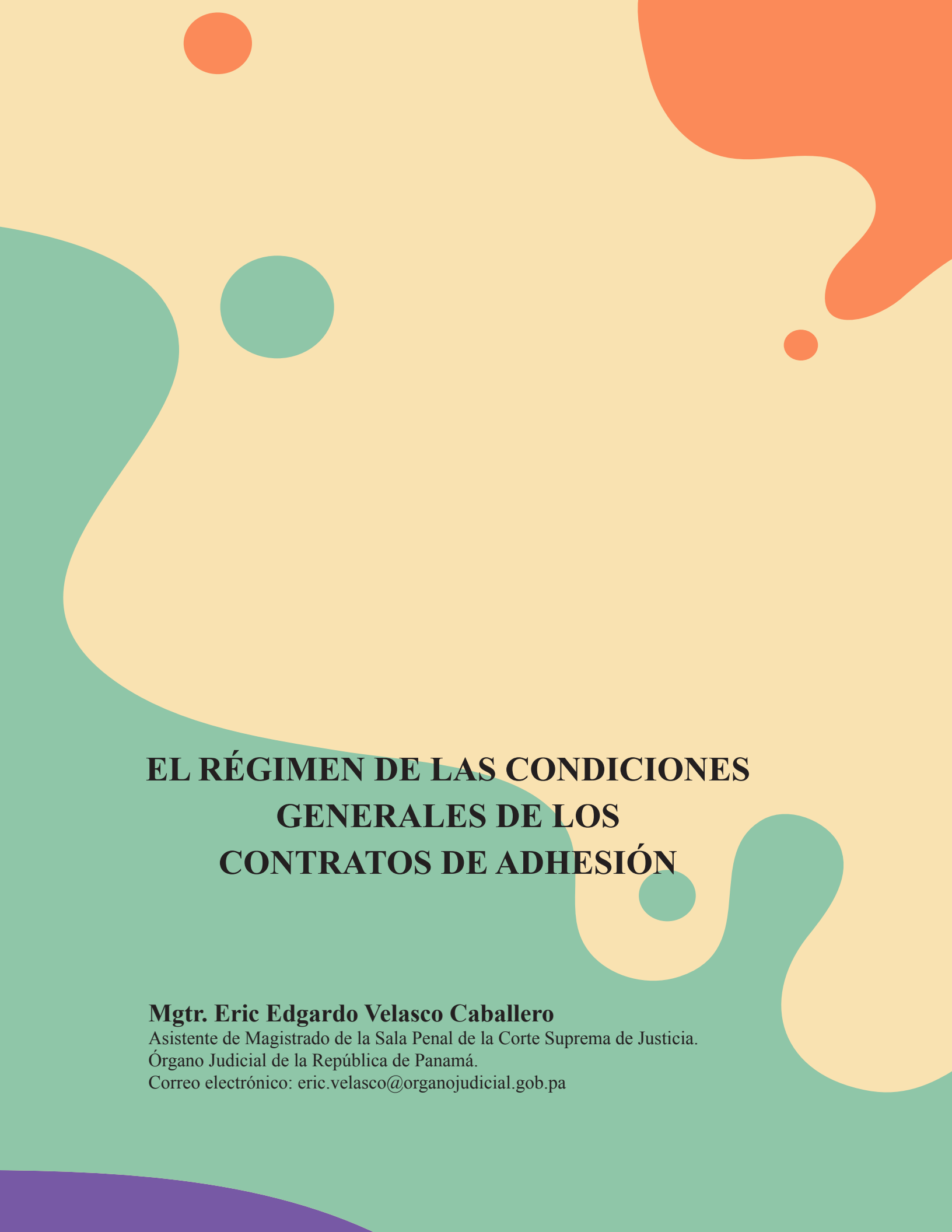


TELÉFONOS

ALANJE / BUGABA.....	6997-6470 / 772-7609
BOCAS DEL TORO.....	758-7624
CHIRIQUÍ.....	777-6128
COCLÉ.....	997-9419
COLÓN.....	433-6552
EDIFICIO EMBERÁ.....	212-7439
EDIFICIO 725 (Ancón-Balboa).....	212-7482
HERRERA.....	996-9687
LOS SANTOS.....	994-7393
PANAMÁ OESTE.....	244-2422
PLAZA EDISON.....	212-7500 Ext. 8283
SAN MIGUELITO.....	275-9913
VERAGUAS.....	998-2830

DIRECCIÓN NACIONAL DE MÉTODOS ALTERNOS
DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....275-9911



The background features abstract organic shapes in orange and teal colors. There are several circles and larger irregular blobs. An orange circle is at the top left, a teal circle is below it, and another orange circle is to the right. Large orange and teal shapes flow across the top and sides of the page.

EL RÉGIMEN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Mgtr. Eric Edgardo Velasco Caballero

Asistente de Magistrado de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Órgano Judicial de la República de Panamá.

Correo electrónico: eric.velasco@organojudicial.gob.pa

EL RÉGIMEN DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS DE ADHESIÓN

Resumen

En este artículo, el autor hace una reseña del tratamiento que la ley panameña de protección del consumidor dispensa a las condiciones generales insertas en los contratos de adhesión.

Abstract

In this article, the author reviews the consumer protection law regulation on general conditions inserted in standard terms contracts.

Palabras Claves

Consumidor – proveedor – contratos de adhesión – control judicial – control de contenido - condiciones generales.

Keywords

Consumer - supplier – standard terms contract - judicial review – contract content review – contract general conditions.

Luego de poco menos de 24 años de la entrada en vigor del primer estatuto de protección al consumidor (Ley 29 de 1996) y 23 años de la entrada en funcionamiento de los tribunales especializados en estos asuntos, se hace necesario reflexionar sobre la evolución que ha experimentado en nuestro país el control de las condiciones generales insertas en los Contratos de Adhesión, suscritos entre un consumidor y un proveedor de bienes y/o servicios.

El control judicial del contenido de los contratos de consumidores es un fenómeno que tuvo su génesis en Europa en los años 70, superando la consabida regla del derecho civil que privilegiaba la autonomía de la voluntad de

las partes, sin miramiento de las circunstancias que, en la praxis, comprometían la libre discusión de los términos de la contratación.

En el derecho comparado básicamente se adoptaron dos mecanismos de control judicial del contenido de los contratos de consumo, el primero dirigido a todos aquellos acuerdos en los que intervenía un consumidor; y el segundo aplicable de forma exclusiva a aquellos contratos seriados o en masa cuyo contenido, por ser predispuesto, podía afectar los intereses del sujeto más débil de la relación de consumo. Del texto original de la Ley 29 de 1996, y lo mismo puede decirse de la Ley 45 de 2007, se desprende que fue este último mecanismo el adoptado por la legislación panameña, pues en lo que atañe al control

de contenido, este se reconoce respecto a contratos de adhesión.

Desde sus orígenes y hasta nuestros días, la regulación de consumidores se ha abstenido de ofrecer un concepto de “cláusulas abusivas” – eso sí, elabora una definición del contrato en el que estas son incluidas (contratos de adhesión) (art.2.3 Decreto Ejecutivo N°46/09) y unos requisitos que debe satisfacer (Art.46, Decreto Ejecutivo N°46/09) – decantándose, además, por ofrecer una listado de cláusulas que se entienden de nulidad absoluta (Art.74, Ley 45/07; Art.47, Decreto Ejecutivo N°46/09) o de nulidad relativas (Art.75, Ley 45/07; Art.48, Decreto Ejecutivo N°46/09), al tiempo que contempla la nulidad de toda cláusula que implique renuncia o disminución de un derecho reconocido en ley a favor de los consumidores (Art.40, Ley 45/07).

Del análisis integral de la normativa de consumidores se desprende que la calificación de cláusula abusiva no se perfecciona por la posición desventajosa de una de las partes contratantes frente a la otra – premisa necesaria en todo contrato de consumo –, menos aún por la sola intervención del consumidor en el contrato, antes bien, depende de dos circunstancias claramente diferenciadas; primero, que se produzca un significativo desequilibrio en los derechos y deberes de los contratantes que afecte al consumidor y, segundo, que se compruebe que la cláusula que da lugar a esta situación – que de suyo supone una falta al deber de buena fe que le impone la ley al proveedor – no haya sido resultado de la negociación o, dicho de otro modo, sea fruto de la libre voluntad de las partes, sino de la imposición de una de ellas, pues solo así se justifica que el Estado, a través de su aparato jurisdiccional, y en desarrollo a lo normado en el artículo 49 de la Carta Política, efectúe un control dirigido a afectar la validez de este tipo de cláusulas.

La “condición general”, hay que tenerlo claro, es un concepto distinto al de “cláusula abusiva”, pues atiende únicamente a su incorporación en un número plural de contratos por la voluntad exclusiva de una de las partes. Se desprende de lo anterior los tres rasgos que debe poseer la condición general de conformidad a la doctrina, a saber:

- Predisposición por una de las partes, esto es, el proveedor – o bien, por encargo de este –, quien es responsable exclusivo de su contenido y que la incluye en un contrato relacionado con su actividad.
- Imposición o Ausencia de Negociación Individual, en cuanto el adherente solo puede aceptar o rechazar la contratación.
- Generalidad, es decir, debe ser incorporada a una pluralidad de contratos.

De estas características resulta claramente que las condiciones generales son aquellas propias de los contratos de adhesión – definido como aquel, cuyas cláusulas han sido establecidas unilateralmente por el proveedor de bienes y servicios, sin que el consumidor pueda negociar su contenido al momento de negociar –, de allí que se trate de un aspecto que deba estar debidamente acreditado en el proceso. Vale decir que existen casos en los que la representación judicial del consumidor solicita la práctica de una inspección judicial a los archivos del proveedor para este propósito, en el evento – de rara ocurrencia en la praxis – que el agente económico haya negado en juicio que el contrato de consumo sea de adhesión.

Es necesario precisar, a propósito de los contratos de adhesión, que la inclusión de condiciones particulares fue en su momento esgrimida por los proveedores como una

circunstancia llamada a excluir el control de contenido en cuanto, a juicio de sus apoderados judiciales, demostraba la posibilidad que tenía el consumidor de discutir sus términos. Esta tesis fue desechada por los tribunales de consumo bajo el argumento de que dichas cláusulas particulares guardaban relación con puntos como la descripción del bien adquirido, las generales del consumidor, el plazo para la cancelación de las obligaciones económicas, entre otros, en los que necesariamente existirían diferencias, por lo que no estaban llamadas a afectar la calificación del contrato como uno de adhesión.

La Ley 45 de 2007 – conteste con la doctrina moderna –, en su artículo 76, dejó en claro que el hecho de que ciertos elementos de una o varias cláusulas o que una o varias cláusulas aisladas hayan sido negociadas individualmente no excluye la interpretación como contrato de adhesión, si este carácter resulta de su apreciación global; dejando también consignado que las condiciones particulares prevalecerían sobre las generales, en caso de incompatibilidad.

A propósito de las condiciones particulares insertas en un contrato de consumo y teniendo en claro que su presencia no impide que se le considere como un contrato de adhesión, surge la inquietud en cuanto a si, a la luz de la ley de consumidores, es posible su control judicial. Cabe aquí acotar que en el derecho comparado, específicamente, en el caso del derecho español (art.80, Real Decreto Legislativo 1/2007), se deja de lado el concepto “condiciones generales”, optando por uno más conveniente desde la óptica de la protección al consumidor, como lo es el de “condiciones no negociadas individualmente”.

La lectura de las disposiciones consagradas en la Ley 45 de 2007 y su

reglamento, refleja que el control judicial se ejerce frente a condiciones generales del contrato, sin embargo, corresponde reflexionar si el solo hecho que la condición no satisfaga el requerimiento de generalidad implícito en el concepto “condiciones generales”, bastaría para desechar cualquier posibilidad de que una condición particular o individual contenida en un contrato de consumo sea objeto de revisión judicial, aun cuando se advierta su imposición por el proveedor, extremo fuerte de la relación contractual.

Ante esta situación, y a falta de una redacción que de forma categórica ofrezca igual tutela frente a una condición individual no negociada por el consumidor, esto es, sin que sea una condición general, consideramos que una interpretación integral de la normativa de consumidores deja abierta la posibilidad para que el consumidor efectúe una reclamación judicial a fin de que se le proteja contra los efectos perniciosos que puede significarle la vigencia de esta cláusula, aunque en estricto sentido, no sea susceptible de un control judicial de contenido, por estar reservado este a las condiciones generales del contrato de adhesión.

Más allá que – como se ha expuesto – la Constitución Política de la República consagra en su artículo 49 el deber que tiene el Estado Panameño de reconocer y garantizar al consumidor un trato equitativo y el acceso a procedimientos de defensa de sus derechos – entre ellos, los judiciales –, no podemos perder de vista la redacción no exhaustiva que, desde 2007, registra la competencia de los tribunales de consumo (Art.124.1, 127, Ley 45/07) que les faculta para conocer de cualquier reclamación emanada en el marco de una relación de consumo, al tiempo que, en este caso, la premisa “contrato de adhesión”, a la que de forma reiterada acude la ley, permanece incólume. Recordemos que, a la luz del artículo

33 de la Ley 45 de 2007, lo fundamental es que las cláusulas hayan sido establecidas de manera unilateral por el proveedor de bienes y servicios, sin que el consumidor pueda negociar su contenido al momento de contratar y que, de conformidad al artículo 40 del mismo compendio de normas, “son nulas en los contratos de adhesión, y por lo tanto no obligan a los consumidores, las estipulaciones que impliquen renuncia o disminución de un derecho reconocido en esta ley a favor de los consumidores”.

Luego de esta reflexión y respecto a las condiciones generales, la doctrina contempla dos tipos de controles: el control de inclusión y, el control material o de contenido.

El control de inclusión – también llamado de incorporación – atiende a la claridad y a la comprensibilidad de la cláusula, sin reflexionar sobre su legalidad, por lo que actúa en la etapa de perfeccionamiento de contrato, a los efectos de asegurar que la voluntad del consumidor-adherente se forme correctamente. Sobre este control, nos dice la autora Díaz Alabart (2016) que:

es un control primario, sin entrar en el fondo ni el contenido de las cláusulas. Se trata de establecer un filtro previo, pero indispensable para garantizar que el adherente, tiene información sobre las condiciones generales que se incluyen en el contrato a celebrar y que el texto de las mismas es comprensible.

... Se fija exclusivamente en el conocimiento que el adherente puede tener de las cláusulas que conforman el contrato y su redacción; es decir, que se dirige

a que el consumidor pueda tener accesibilidad y cognoscibilidad del clausulado contractual y que éste se haya redactado conforme a los criterios previstos (p.76-77).

El artículo 76 de la Ley 45 de 2007 – relativo a la interpretación de los contratos de adhesión – recoge un control de inclusión algo limitado en cuanto contempla únicamente que “*las condiciones generales ambiguas u oscuras deben interpretarse en favor del adherente o consumidor*”, como sanción a la falta de ese deber que le cabe al proveedor de redactar el contrato de consumo “...*en forma completa, clara y fácilmente legible...*” (Art.41 Decreto Ejecutivo 46/09). Cabe decir aquí que, en el derecho comparado, supuestos como la ilegibilidad de la cláusula o su redacción en idioma distinto – en Panamá se tienen como causales de nulidad absoluta (Art.79.8, Ley 45/07) –, hacen que esta se entienda como no incorporada en el contrato, sin necesidad de aplicación del control de contenido.

En cuanto al control material o de contenido de las condiciones generales, este alude a las normas que en la Ley 45 de 2007 sancionan con la nulidad – absoluta o relativa – a las cláusulas de contratos de adhesión. Esta sanción, por lo general, no produce la nulidad total del contrato, en cuanto en el Derecho de Consumo se observa el principio de conservación del contrato, según el cual la cláusula nula es sustraída, manteniendo el resto de su contenido, para que este surta los efectos deseados por el consumidor, que no es otro que la adquisición del bien o servicio pactado. No obstante, y como nos dice el autor Luis Camargo (2012), la nulidad de la cláusula “si se trata de una parte esencial del acuerdo pueda acarrear la nulidad del contrato” (p.101).

Comenta Díaz Alabart (2016) que “el control de contenido se basa en un sistema mixto de protección compuesto por una regla general, denominada cláusula general y un listado de cláusulas consideradas abusivas, que complementa y ejemplifica la cláusula general” (p. 82). En el contexto panameño, la cláusula general se consulta en el ya comentado artículo 40 de la Ley 45 de 2007, en tanto que el catálogo de nulidades absolutas y relativas de cláusulas abusivas se encuentra en los artículos 74 y 75 de la misma ley, catálogo que no registró variación respecto al contenido en la Ley 29 de 1996, sin embargo, el Decreto Ejecutivo N°46 de 2009, desarrolló su contenido.

Sobre el ejercicio del control de

contenido, existe en nuestro medio abundante jurisprudencia que indiscutiblemente ha coadyuvado, no solo a la solución de las controversias sometidas al conocimiento de los tribunales especializados, sino también, al fortalecimiento de la protección que hoy la ley le dispensa a los consumidores, particularmente en lo que atañe al contrato de promesa compraventa de bienes inmuebles nuevos. Hacemos esta aseveración por cuanto inicialmente, a la luz de la Ley 29 de 1996, correspondió a esas sedes de justicia, a través de una interpretación integral de dicho cuerpo de normas, proteger al extremo débil de la relación de consumo frente a los nocivos efectos de cláusulas predisuestas por el proveedor.

BIBLIOGRAFÍA

Asamblea Nacional. Ley 45 de 31 de octubre de 2007. Gaceta Oficial N°25,914 de 7 de noviembre de 2007.

Camargo, L. (2012). Régimen Jurídico de los Mercados. Panamá.

Constitución Política de la República de Panamá. Texto Único. Gaceta Oficial N°25176 de 15 de noviembre de 2004.

Díaz Alabart, S. (2016). Manual de Derecho de Consumo. España: Editorial Reus.

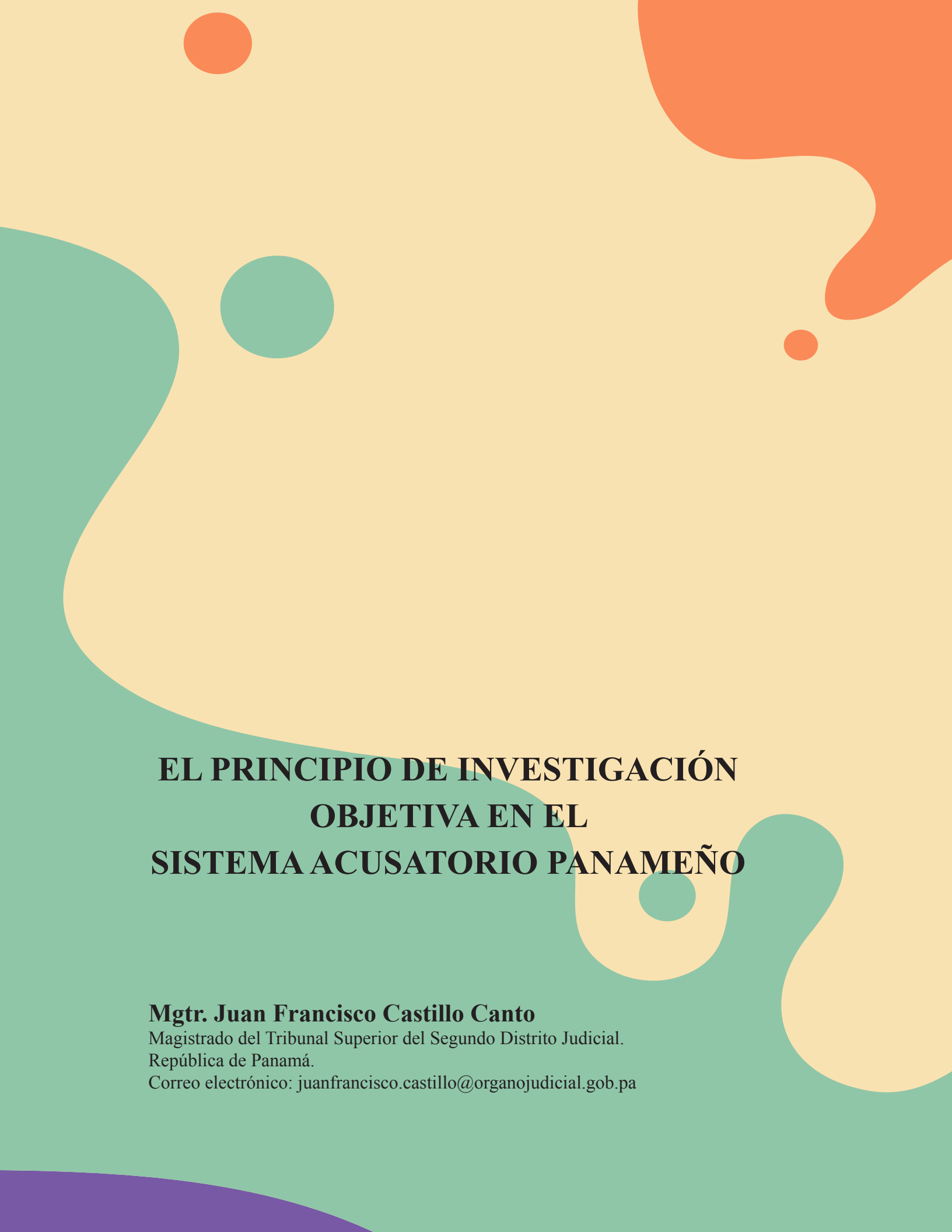
Órgano Ejecutivo. Decreto Ejecutivo N°46 de 23 de junio de 2009 “Por el cual se reglamente el Título II de Protección al Consumidor”. Gaceta Oficial N°26,311 de 25 de junio de 2009.

Mgtr. Eric Edgardo Velasco Caballero

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas egresado de la Universidad de Panamá. Cuenta con estudios técnicos en publicidad y comercialización, Especialización en Docencia Superior por la Universidad de Panamá, Maestría en Derecho Empresarial por la Universidad Latinoamericana de Ciencias y Tecnología; Maestría en Derecho Procesal por la Universidad Interamericana de Panamá y Maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal por el Instituto de Estudios e Investigación Jurídica de Nicaragua. Ha sido entrenado en Derechos de Propiedad Intelectual por el Centro de Estudios de Derecho Comparado de Kioto, Japón y la Academia Mundial de la Organización de la Propiedad Intelectual.

Cuenta con más de 20 años de experiencia en el Órgano Judicial de Panamá, ocupando cargos como Juez Municipal, Juez de Circuito Suplente Especial y Asistente Ejecutivo en la Jurisdicción de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor. En la actualidad, ocupa el cargo de Asistente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de Panamá.

Es docente universitario de las cátedras de Derecho Intelectual y Derecho de la Competencia. Miembro del Instituto Interamericano de Derecho de Autor (IIDA) y de la Red Iberoamericana de Expertos en Propiedad Industrial.

The background features abstract organic shapes in shades of orange and teal. There are several circles of different sizes, some solid and some with a gradient, scattered across the page. The overall design is modern and minimalist.

EL PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN OBJETIVA EN EL SISTEMA ACUSATORIO PANAMEÑO

Mgtr. Juan Francisco Castillo Canto

Magistrado del Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial.

República de Panamá.

Correo electrónico: juanfrancisco.castillo@organojudicial.gob.pa

EL PRINCIPIO DE INVESTIGACIÓN OBJETIVA EN EL SISTEMA ACUSATORIO PANAMEÑO

Resumen

Cuando se debatían las bases de la Reforma Penal Panameña, en la Comisión de Estado por la Justicia, en los años 2005-2006, siempre se pensó que el Nuevo Modelo de Juzgamiento de Corte Acusatorio, caracterizado por su naturaleza garantista, basado en la aplicación de principios procesales, diferentes a los que se utilizaban en la Justicia tradicional, sería la mejor respuesta a los clamores sociales que demandaban un servicio de Administración de Justicia de calidad, en materia penal.

El Modelo de Juzgamiento Acusatorio parte y está orientado a la aplicación de los principios procesales de las corrientes más modernas, que, enfocados en el respeto por los Derechos Humanos, aseguran los derechos y garantías de los protagonistas del conflicto penal. Y, poco a poco, se ha venido consolidando, por lo que ahora, con regularidad, se escucha hablar de los principios de oralidad, Juez Natural, de contradicción, concentración y de otros tantos que constituyen el andamiaje sobre el cual descansa el sistema penal adversarial.

En realidad, son muchos los principios y todos son importantes. Pero, en esta oportunidad vamos a referirnos a uno de ellos, al que compromete en un nuevo rol a la parte acusadora; hablamos del principio de investigación objetiva, según el cual a los agentes del Ministerio Público les corresponde investigar todo lo bueno, lo malo y lo feo que haya ocurrido, sin distinguir si beneficia o afecta a una de las partes.

De la inspiración y aplicación del principio surgen situaciones interesantes que hoy día despiertan nuestro interés por abrir un debate que enriquezca y fortalezca los criterios de los intervinientes del proceso penal, aunque al principio o al final, no estemos de acuerdo.

Abstract

When the bases of the Panamanian Penal Reform were debated, in the State Commission for Justice, in the years 2005-2006, it was always thought that the New Model of Accusatory Court Judgment, characterized by its guarantee nature, based on the application of procedural principles, different from those used in traditional Justice, would be the best response to the social clamor that demanded a quality Administration of Justice service, in criminal matters.

The Accusatory Judgment Model starts and is oriented to the application of the procedural principles of the most modern trends, which focused on respect for Human Rights, ensure the rights and guarantees of the protagonists of the criminal conflict. And, little by little, it has been consolidating, so now, regularly, we hear about the principles of orality, Natural Judge, of contradiction, concentration and many others

that constitute the scaffolding on which the penal system rests adversarial.

Actually there are many principles and they are all important. But, this time we are going to refer to one of them, who commits the accusing party in a new role; We are talking about the objective investigation principle, according to which it is up to the agents of the Public Ministry to investigate everything good, bad and ugly that has happened, without distinguishing whether it benefits or affects one of the parties.

From the inspiration and application of the principle, interesting situations arise that today arouse our interest in opening a debate that enriches and strengthens the criteria of those involved in the criminal process, although at the beginning and at the end, we do not agree.

Palabras Claves

Proceso penal, Modelo de Juzgamiento penal, Principios Procesales Penales, Principio de investigación objetiva, separación de funciones, definición de roles, acusación, defensa efectiva y Juez Natural.

Keywords

Criminal process, Model of criminal trial, Principles of Criminal Procedure, Principle of objective investigation, separation of functions, definition of roles, accusation, effective defense and Natural Judge.

Sumario a desarrollar: 1. Los antecedentes del Principio de Investigación Objetiva. 2. Concepto de Investigación Objetiva. 3. Fundamentos. 4. Jurisprudencia. 5. Bondades 6. Conclusiones y Bibliografía.

Desarrollo del temario:

1. Los Antecedentes del Principio de Investigación Objetiva.

Independientemente del sistema procesal penal que se aplique en un ordenamiento, al Ministerio Público siempre le corresponderá el deber de investigar la comisión de los delitos e identificar a los presuntos autores. Curiosamente, en el superado sistema penal mixto, los agentes del Ministerio Público no sólo mantenían la exclusividad de la acción

penal (artículos 347, 1989 y 1990) sino que asumían funciones jurisdiccionales cuando determinaban a quien o a quiénes privaban de libertad. Realizaban una investigación preliminar y luego decidían si existía mérito para detener a la persona, sin establecer el tiempo que tomaría la investigación o el tiempo en que la persona quedaba reducida a prisión preventiva. La situación provocaba un malestar tanto en la defensa pública como en la privada, quienes aducían que los fiscales “detenían para investigar” y no lo contrario, que en este caso sería el actuar debido, el correcto: investigar y luego si y solo si había mérito, privar de libertad al acusado.

Ocurría también, con mucha frecuencia, que los fiscales estaban obligados a seguir

investigaciones a sabiendas que el hecho denunciado no constituía delito e igualmente presentaban impugnaciones cuando estaban conscientes que la situación procesal no lo ameritaba. Es más, hasta justificaban las actuaciones señalando que el deber del Ministerio Público era acusar y defender sus posiciones hasta las últimas instancias.

Afortunadamente, ahora la situación ha variado. En la nueva legislación, los artículos 110 y 276 del Código de Procedimiento Penal, reiteran el deber del Ministerio Público de perseguir los delitos y a los delincuentes, destacando claramente su función natural que realizará incorporando los elementos que necesite para completar la investigación. Pero, a diferencia del anterior modelo, en el Nuevo Código Procesal, aparece en el artículo 24 el principio de investigación objetiva, donde no sólo se reitera la obligación de investigar objetivamente, sino que les indica cómo deben hacerlo.

Definitivamente que el deber y la obligación de investigar por parte de los agentes del Ministerio Público no genera debate. Son sus funciones naturales y está dentro de ellas ejercitar a discreción la acción penal por medio del llamado criterio de oportunidad, contenido en el artículo 212 e incluso tomar medidas urgentes para la protección de la víctima, los testigos y demás colaboradores, como lo señala el artículo 20 y sus complementos que aparecen en los artículos 331 y siguientes. Después de todo, el agente está amparado en disposiciones legales – el principio de legalidad - para realizar actos de investigación no sólo por la necesidad de proteger la integridad de la víctima y demás colaboradores sino porque la información que le brinden esas personas puede constituirse en un elemento de convicción para utilizarlo en el juicio.

Entonces, claro que es un deber y en el Código Procesal no aparecen diferencias. Como lo adelantamos, en lo que si se ha cambiado el sistema es cuanto a la forma de realizar las investigaciones. Ahora, además de las cargas naturales del oficio propias del acusador, el agente del Ministerio Público está obligado a investigar lo desfavorable y lo favorable a los intereses del imputado, o sea que está comprometido a realizar una investigación objetiva.

2. Concepto de Principio de Investigación Objetiva:

Por lo novedoso del tema, primero vamos a realizar algunas aproximaciones que nos ayuden a conceptualizar el principio de Investigación Objetiva, porque se le conoce de diversas formas.

En algunos países se habla de principio de investigación integral, en otros se conoce como principio de neutralidad en las investigaciones y en los menos, simplemente principio de objetividad, que es como se conoce en Chile. En Panamá, se sigue este modelo porque como todos sabemos el código se apega mucho al de ellos y en el artículo 24 lo define como principio de investigación objetiva.

Hay que reconocer que, en nuestro medio, poco se ha escrito sobre el sistema penal acusatorio, pero la profesora Aida Zamora hace la diferencia y define el principio señalando que comprende los aspectos siguientes: La obligación del Ministerio Públicos y los auxiliares de descubrir el delito y los autores y partícipes; el compromiso de buscar la verdad y su evidente relación con los principios de lealtad y buena fe. Al mismo tiempo destaca que los agentes del Ministerio Público deben reconocer cuando las

evidencias o pesquisas apuntan a beneficiar al imputado y están comprometidos a buscar la verdad, cualquiera que sea. (Zamora, 2009).

En un interesante estudio de tesis de grado, una jurista chilena (Pastene, 2015) se refiere al principio destacando que según este el Ministerio Público debe investigar con igual celo tanto los hechos y circunstancias que funden o agraven la responsabilidad del imputado, como los hechos que lo eximan de esta responsabilidad, la extingan o la atenúen.

Los autores colombianos (Constanza Fandiño Silva y Edilberto Barón Caldas, 2014) también se refieren al principio, señalando que la Fiscalía General de la Nación, con el apoyo de los organismos que ejerzan funciones de policía judicial, adecuará su actuación a un criterio objetivo y transparente, ajustado jurídicamente para la correcta aplicación de la Constitución Política y la ley.

Definitivamente que las distintas concepciones acerca del principio, convergen en que se trata de una nueva visión investigadora, democrática e inspirada en criterios garantista que fortalecen el respeto por los Derechos humanos, asegurando para los ciudadanos investigaciones penales realizadas con objetividad, neutrales e imparciales.

Precisamente, basado en estas últimas características es que fundamento una definición propia señalando que el principio de investigación objetiva supone una nueva forma de investigar, tomando como norte la objetividad, la neutralidad e imparcialidad, pero sobre todo la independencia de criterio para recabar los medios de convicción que aclaren los hechos, sin escatimar esfuerzos

por el beneficio de la prueba.

3. Fundamentos: El Principio de Investigación Objetiva en nuestra Legislación.

Como lo hemos dicho, en el artículo 24 (Ley 63, 2008) se define el principio en los términos siguientes:

Artículo 24. Investigación objetiva. Es obligatorio investigar lo desfavorable y lo favorable a los intereses del imputado y demás intervinientes en el proceso.

La investigación se realiza respetando las normas constitucionales, los tratados y convenios internacionales ratificados por la República de Panamá, este Código y los derechos humanos del investigado.

En la disposición vemos que el Fiscal tiene la obligación de realizar una investigación objetiva, sin tomar en cuenta si resulta favorable o desfavorable a los intereses del imputado y demás intervinientes en el proceso, pero siempre garantizando el respeto por sus derechos fundamentales. Esta responsabilidad de los agentes del Ministerio Público, extendida a los organismos auxiliares de investigación (policías y peritos) se reproduce en el artículo 67 que a la letra dice:

Artículo 67. Composición. El Ministerio Público está compuesto por la Procuraduría General de la Nación, la Procuraduría de la Administración, los fiscales y los demás funcionarios que establezca la ley.

Al Procurador General de la

Nación le están subordinados los fiscales y demás funcionarios que determine la ley, quienes actuarán de acuerdo con las competencias constitucionales y legales que les sean conferidas.

Al Procurador de la Administración le están subordinados los secretarios y demás funcionarios que integran dicha institución, quienes actuarán de conformidad con lo establecido en la Constitución Política y en su Ley Orgánica.

Los agentes del Ministerio Público **son independientes en el ejercicio de sus funciones** y no están sometidos más que a la Constitución Política y a la ley, pero están obligados a acatar aquellas disposiciones legítimas que sus superiores emitan en el ejercicio de sus atribuciones legales.

Como complemento del principio de investigación objetiva, en el último párrafo del artículo citado, se destaca que todos los agentes del Ministerio Público son independientes en el ejercicio de sus funciones y como tales solo le deben sumisión a la constitución y las leyes. Este aspecto resulta sumamente importante porque mal se puede hablar de investigación objetiva, si el agente no realiza sus funciones con la libertad e independencia de criterio, en un ambiente donde se respetan sus decisiones y disposiciones levantadas conforme a los hechos. Es por lo cual, en la misma norma, se refuerza la separación entre la independencia investigativa y las posibles injerencias de los superiores. Es así porque las órdenes e instrucciones solo serán legítimas (sustentadas en los hechos) si son emitidas por un funcionario dentro de sus atribuciones

y los servidores públicos solo pueden expedir instrucciones dentro del rango de sus atribuciones para que resulten legítimas.

Con la aclaración normativa, también se quiere descartar la posibilidad que algún funcionario justifique actuaciones investigativas al margen de la ley, tales como desatender las prohibiciones que describe el artículo 93, sobre los derechos de la persona imputada, con lo cual también se podría generar responsabilidades no solo disciplinarias sino también de tipo penal. No olvidemos que el Código Penal Panameño (Ley 14, 2007) exonera de responsabilidad al que actúa con causa de justificación como la que aparece descrita en el artículo 31 o exime de culpabilidad en los casos previstos en el artículo 40.

A destacar, entonces, que los fiscales deben realizar una investigación objetiva y como punto de partida la disposición toma uno de los atributos más determinantes para cumplir con el principio, cual es el de la independencia.

a. Investigación Objetiva e independencia en la investigación

En cuanto al tema de la independencia de los fiscales, un informe a Comisión Interamericana de Derechos Humanos (La Independencia de las y de los operadoras de Justicia. Hacia el Fortalecimiento del acceso a la Justicia y el Fortalecimiento del Estado de Derecho en las Américas, 2013) reconoce que el derecho internacional se ha referido a la importancia de que las investigaciones y, a un nivel más amplio, las actividades relacionadas con la persecución del delito sean independientes e imparciales como medio para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas del delito.

Lo mismo ha hecho la Corte Interamericana señalando que las

investigaciones de violaciones de derechos humanos, además de inmediatas y exhaustivas, deben ser independientes e imparciales (Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs Perú, 2007). En contra de ese mismo Estado, la Corte Interamericana identificó una situación contraria a la independencia de los fiscales, señalando que no habían investigado adecuadamente los crímenes por falta de independencia frente al poder ejecutivo (Caso La Cantuta vs Perú, 2006).

La Relatoría de la ONU también ha resaltado la importancia de garantizar que las y los fiscales puedan llevar a cabo su propia labor de modo independiente, autónomo e imparcial (Informe de la Relatora Especial sobre la Independencia de los magistrados y abogados, 2012).

Además de la obligación de investigar objetivamente con independencia, al igual que los otros protagonistas del conflicto penal, el fiscal también tiene un deber ético legal de trabajar con imparcialidad.

Opiniones doctrinales sobre el punto hay diversas. Autores como (Juan David Albarracín Durán y Juan Carlos Arias Duque, 2005) señalan que los fiscales cuentan con amplias facultades, desempeñando un papel que presupone parcialidad y carencia de neutralidad en la medida que, desde un inicio están obligados a plantearse una hipótesis de trabajo (Teoría del Caso) compuesta por las circunstancias de modo, tiempo y lugar, donde por pura lógica deben suponer que existen autores o partícipes. Aun así, sostienen los mismos autores colombianos, que todos los protagonistas del conflicto penal, incluyendo al Fiscal, están comprometidos en actuar con imparcialidad frente a la protección de los Derechos Fundamentales de los implicados en una investigación.

Otros autores (Jaime Enrique Granados Peña y María Mónica Morris Liévano, 2015) sostienen que hay casos donde el mismo esquema jurisdiccional no permite una actuación objetiva e imparcial de los investigadores y citan a modo de ejemplo el caso de los Tribunales Militares, que al mismo tiempo realizan las funciones de investigar y juzgar. Por cierto a esos casos también se refiere la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cantoral Benavides vs República del Perú, 2000).

Al tema de la imparcialidad también alude el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), en un caso donde el funcionario primero actuó como funcionario de instrucción y luego como Juez. En respuesta a una solicitud de tutela, el TEDH consideró que la sociedad a quien sirve la Justicia, tiene derecho a temer que un funcionario que trabajó en la oficina del Fiscal y luego como Juez le toque resolver las mismas cuestiones dado que no ofrece suficientes garantías de imparcialidad, (Piersack vs Bélgica, 1982).

Respecto a la forma como debe orientar su trabajo el representante del Ministerio Público, la Doctrina habla del principio de comprobación, según el cual el acusador está obligado a demostrar el hecho delictivo, pero respetando las reglas probatorias que indican que se pueden o no conseguir sin violar los derechos fundamentales de los involucrados. Por lo que toda prueba que resulte ilícita ni las que deriven de ella pueden ser valorada por el Juez.

Muy ligado al principio anterior y en cuanto al tema probatorio, también está otro aspecto esencial que viene a ser el respeto por la dignidad. Y se refiere a que toda persona debe ser tratada como un ser

humano y no como objeto del procedimiento, razones por las que cualquier acto de investigación o procedimiento judicial debe realizarse respetando la dignidad, seguridad e integridad del individuo. Por lo tanto, el fiscal cuando realiza una investigación objetiva, independiente e imparcial, jamás debe ignorar el respeto por la dignidad de las personas, que se encuentra incorporado como principio en el artículo 14, bajo la concepción de respeto a los Derechos Humanos, el cual conecta directamente con el de investigación objetiva (artículo 24) en su último párrafo.

De esta forma es como llegamos a la conclusión que la investigación debe ser objetiva e independiente, o sea desarrollarla en medio de dos polos: investigar hechos y proteger las personas, no sólo en su integridad sino también en su dignidad.

b. Un principio extensivo a todos los organismos de investigación

Cuando iniciamos el estudio adelantamos que el principio de investigación objetiva era aplicable por igual a los otros auxiliares legalmente comprometidos en las investigaciones. Por supuesto, sería una obligación incompleta si se atribuye solo al que dirige la investigación, sin tomar en cuenta que en este proceso participan muchos funcionarios. No es así, desde el primer interviniente (cualquier agente de la Policía) que acordona la escena del crimen hasta el fiscal que sustenta la causa ante la Corte Suprema de Justicia, trabajan con el compromiso unificado de investigar objetivamente. En cuanto al cumplimiento de este deber ético legal, todos están arropados con la misma frazada. Así lo dice claramente el artículo 70 de la (Ley 63, 2008):

Artículo 70. Objetividad.
Los fiscales, así como las

instituciones auxiliares de apoyo a la investigación, adecuarán su actuación a un criterio objetivo, velando por la correcta aplicación de la ley penal. Los requerimientos y las solicitudes deberán ser conforme a este criterio, aun a favor del imputado, y tomar en consideración las necesidades y los derechos constituidos a favor de la víctima. Los agentes del Ministerio Público no podrán ocultar información, evidencias o pruebas a la defensa.

El incumplimiento de este mandato constituirá una falta disciplinaria sin perjuicio de la responsabilidad penal.

En la normativa que apreciamos primero se extiende la comprensión y la aplicación del principio al fiscal y a sus colaboradores, conectando el criterio de la objetividad de la investigación con la correcta interpretación de la Ley penal. Luego enfatiza, que es con base a este criterio razonado, sereno e imparcial con el que el fiscal y colaboradores debe dirigir las solicitudes sin importar lo que resulte.

Seguidamente, en cuanto al tema probatorio, la disposición recalca que los agentes no pueden quedarse con ases debajo de sus solapas, sino que deben develar a la contraparte las evidencias o pruebas que tenga, bajo la advertencia de abrirles procesos disciplinarios y/o penales.

c. En cuanto a límites y alcances:

Seguramente, pensará que una exigencia dispuesta en términos tan absolutos, pueden comprometer el rol tradicional del fiscal, reconociendo que siempre han llevado en andas el deber primordial de acusar, el de

prescindir y abstener de investigar algunos casos y hasta terminarlos utilizando los medios alternos de solución de conflicto. Pero hasta ahí. Nunca se pensó que a un Fiscal se le podía exigir que investigara los hechos objetivamente de forma imparcial e independiente, con respeto a la dignidad de los ciudadanos e incluso que descubriera las pruebas para probar la inocencia del imputado, sobre todo porque esas son funciones naturales de la defensa.

En cuanto a los límites en materia probatoria, la disposición anterior se complementa con el artículo 346 (Ley 63, 2008) que dice:

Artículo 346. Revelación de las evidencias. Al formular la acusación el Fiscal deberá revelar al defensor la evidencia ofrecida.

El defensor podrá solicitar al Juez de Garantías el descubrimiento de otras evidencias de que tenga conocimiento y el Fiscal deberá descubrir, exhibir o entregar copia al defensor dentro de los tres días siguientes a la audiencia.

El defensor estará obligado, si va a presentar evidencias en el juicio, a descubrirlas, exhibirlas o entregar copia de ellas al Fiscal dentro de los tres días siguientes a la audiencia.

No hay obligación de revelar información proveniente de privilegios constitucionales ni sobre hechos ajenos a la acusación ni archivos del trabajo de preparación del caso por la Fiscalía o la defensa, si no constituyen evidencia, ni la información de

reserva por seguridad del Estado.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará también a la evidencia presentada por la víctima, el tercero afectado y el tercero civilmente responsable.

Claro, es lógico pensar que esas funciones desarrolladas en todo el contexto en que aparecen en la norma pueden provocar un conflicto de roles y responsabilidades, sobre todo porque hoy día existe una evidente y desproporcionada confrontación entre el Ministerio Público y el Instituto de Defensa Pública. De un lado, se encuentra al primero con todo su poderío de organización, estructuras y del otro, un instituto en proceso de formación que no se ha desarrollado debido a su anexión al Poder Judicial.

Aun así, a decir verdad, la defensa técnica es la que más se verá beneficiada con el cambio porque una debida aplicación del principio supone, primero, compromiso con la investigación y no con la acusación, en segundo lugar, se procesarán menos causas y como consecuencia, la defensa pública centrará toda su disposición y esfuerzos en los casos que realmente ameriten una investigación.

d. Proyecciones del Principio:

Quizás para algunos investigadores acostumbrados al superado modelo inquisitivo, el tema no le causará problema porque ante cualquier circunstancia no sabrá hacer las diferencias. Y es que antes muchos funcionarios investigaban y acusaban, pedían juicio indiscriminadamente para todos los imputados, recurrían sin detenerse en argumentos y hasta escuché decir que las diligencias indagatorias se parecían a un buen café, el cual no se le negaba a nadie.

En fin, con el archivado chip los agentes del Ministerio Público investigaban para acusar y en ocasiones no necesariamente para esclarecer los hechos. Le debían obediencia y compromiso a la acusación y no a la investigación.

Es de esperar, por lo tanto, que surjan algunas discusiones sobre el sentido y alcance de la disposición y por ende del nuevo rol de investigador. En Panamá, adoptamos el modelo acusatorio un poco tarde, en el año 2008 y como todos sabemos la implementación escalonada a partir de septiembre de 2011, razón por la cual, poco a poco, a veces sin mucho rigor, es que hemos sentido los cambios más significativos del nuevo método de enjuiciamiento. En otros países como Colombia, que tiene el Sistema Acusatorio desde el año 2005, ha enfrentado polémicas de aplicación del principio de objetividad en las investigaciones, a propósito del cual la Corte Constitucional, en un interesante fallo dijo lo siguiente:

"A diferencia del sistema de tendencia inquisitiva adoptado por la Constitución de 1991, y que aún rige en buena parte del país, en el que la Fiscalía ejercía -a un tiempo- función acusatoria y funciones jurisdiccionales, en el nuevo sistema procesal penal el rol del ente de investigación se ejerce con decidido énfasis acusatorio, gracias a lo cual, pese a que su participación en las diligencias procesales no renuncia definitivamente a la realización de la justicia material, el papel del fiscal se enfoca en la búsqueda de evidencias destinadas a desvirtuar la presunción de inocencia del procesado, lo cual constituye el

distintivo del método adversarial. Por ello, al haberse transformado su objeto institucional y al habersele dado a la Fiscalía la función de actuar eminentemente como ente de acusación, se entiende que el organismo público no esté obligado a recaudar evidencias que pudieran liberar de responsabilidad penal al imputado.

La investigación adelantada por la Fiscalía se enfoca primordialmente a desmontar la presunción de inocencia que ampara al individuo objeto de investigación, lo que no significa que, de hallarse evidencia que resulte favorable a los intereses del mismo, ésta deba ser puesta a disposición de la defensa.

En suma, mientras el sistema procesal penal derogado obliga al ente de investigación a recaudar pruebas favorables al procesado, el segundo lo obliga a ponerlas a disposición de la defensa en caso de encontrarlas, lo cual significa un evidente y sensible cambio en el énfasis de dicho compromiso.

De igual manera, el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo

la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable". (Fallo de la Corte Constitucional de Colombia, 2005)

Es posible entonces, que, como en Colombia, acá también surjan situaciones dignas de estudio y análisis conforme vaya aplicándose el principio de investigación objetiva. Quizás sea necesario que la oficina de Implementación del Sistema asume un nuevo rol – no de implementación porque ese proceso ya se completó- y se convierta en un organismo de evaluación y seguimiento para monitorear y evaluar todo el proceso. En este caso, determinar si las investigaciones y los procesos se están desarrollando conforme a los objetivos esperados. Recuerdo que desde el inicio de la implementación siempre se afirmó que, con la derivación de casos penales a los medios de alternativos de solución de conflictos, una buena cantidad de las investigaciones terminarían antes de la imputación, pero esa incidencia no se ha evaluado. De la misma forma, pensamos nosotros, que es tiempo también para instrumentalizar otros indicadores como lo sería el impacto de la aplicación del principio de investigación objetiva en las investigaciones.

4. Referencia Jurisprudencial:

En los Tribunales panameño poco se ha tocado el tema de la objetividad en las investigaciones. En la mayoría de los casos se han referido al principio en recordación a los nuevos deberes que el Código Procesal le impone al Ministerio Público, que no solo se limitan a la investigación de los hechos que favorecen su espíritu acusador sino también al esclarecimiento de los hechos en forma objetiva e imparcial. En efecto, una revisión de fallos nos pone en la capacidad de compartir que como principio se menciona en los

siguientes casos: (Recurso de Apelación Penal de Mario Richard Brathwaite (Delito contra la Integridad), 2016) (Recurso de Apelación de Alexander Rogelio Kelly, 2017) (Recurso de Apelación de Jesús Antonio Oliveros, 2018).

5. Bondades:

Las bondades de la aplicación del principio de investigación objetiva trascienden directamente en el reconocimiento de los derechos de los protagonistas del proceso. Todos se benefician. Primero, el propio fiscal sentirá que el principio fortalece el valor y significado de su trabajo, su profesionalismo y la confianza que el sistema y la misma sociedad deposita en él, pues tendrá la libertad de investigar, estableciendo una teoría de la investigación, de la imputación, de la acusación, hasta la audiencia de fondo.

Como consecuencia, podrá imputar cuando cuente con los elementos, descartar la investigación a través del archivo o el sobreseimiento y derivar las investigaciones a otras vías alternas de solución (acuerdos de suspensión o acuerdos en las penas propuestas). De esa misma forma, podrá acusar cuando realmente cuente con los elementos y que decir de la libertad de actuación dentro del juicio, en un caso especial donde quede fuera de toda duda que el acusado es inocente.

Lo mismo la defensa quien – como ya los dijimos – contará con más tiempo y disposición para atender solo las causas donde realmente se necesite su participación. En la actualidad el Instituto de Defensa Pública no se da abasto con la cantidad de casos penales que por regla general siempre va en aumento.

Es de esperar que una correcta aplicación del principio, reduzca notablemente la incidencia de los casos y ese beneficio igual alcanzará a jueces de garantías, jueces de juicio

y hasta el propio sistema, que a veces no tiene la capacidad para agendar tantas audiencias, muchas de las cuales se pueden evitar si los investigadores sienten el compromiso de actuar conforme a su criterio profesional, independiente e imparcial.

Al final, una correcta disposición del

principio impacta directamente en el Sistema de Justicia, puesto que al tiempo que se consolida como nuevo modelo de juzgamiento, determina que los protagonistas del proceso penal han realizado los ajustes, han hecho los cambios de chip, asumiendo los verdaderos roles que les corresponden.

CONCLUSIONES

Los agentes del Ministerio Público, a partir de la entrada en vigencia del Nuevo Modelo de Juzgamiento Penal (Ley 63, 2008), asumen funciones objetivas, de modo que ya no responderán de las actuaciones antes sus superiores, no le deberán lealtad al superior sino lealtad y obediencia a la investigación.

Bien aplicado el principio supone diligencia, integridad ética, imparcialidad pero sobre todo compromiso de enfocar sus investigaciones hacia el objetivo de esclarecer los hechos, sin distinguir si beneficia o perjudica a su

teoría del caso.

Investigar objetivamente también evidencia un compromiso con el reconocimiento de los Derechos Humanos.

Un buen investigador, un buen fiscal no es el que logra más condenas, puesto que la eficiencia y la objetividad no se mide en función de estadísticas sino en la concreción de un trabajo profesional, ético y comprometido con el respeto de los Derechos y Garantías de los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

(2013). Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington DC: OEA Documentos oficiales.

Amparo de Garantías de José Domingo Prescilla (Pleno de la Corte Suprema de Justicia 19 de Noviembre de 2015).

Arana, P. M. (2011-2012). La Imparcialidad del Fiscal. *Anuario de Derecho penal*, 13-16.

Cantoral Benavides vs República del Perú

(Corte Interamericana de Derechos Humanos 18 de Agosto de 2000).

Caso Cantoral Huamani y García Santa Cruz vs Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 10 de Julio de 2007).

Caso La Cantuta vs Perú (Corte Interamericana de Derechos Humanos 29 de 11 de 2006).

Constanza Fandiño Silva y Edilberto Barón Caldas. (2014). Cuál es la incidencia del principio de integridad frente al Modelo

adversarial de partes, implementado en la Ley 306 de 2004. *Monografía de la Universidad Libre, Facultad de Derecho*, 66-70.

Cuestas, C. H. (2000). *Diccionario de Derecho Penal*. Panamá: Publicación de la Escuela Judicial. Colecciones Judiciales. Cuaderno No. 2.

Fallo de la Corte Constitucional de Colombia, 1195-05 (Corte Constitucional de Colombia 22 de Noviembre de 2005).

(2012). *Informe de la Relatora Especial sobre la Independencia de los magistrados y abogados*. Naciones Unidas. Consejo de Derechos Humanos.

Jaime Enrique Granados Peña y María Mónica Morris Liévano. (2015). *Principios rectores y garantías fundamentales, sistema penal acusatorio*. Bogotá: Ediciones Jurídica Andrés Morales.

Juan David Albarracín Durán y Juan Carlos Arias Duque. (2005). Control de Garantías en la Ley 906 de 2004. En *El Proceso Penal Acusatorio Colombiano* (págs. 34-36). Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.

Justicia, P. d. (2006). Panamá.

(2013). *La Independencia de las y de los operadoras de Justicia. Hacia el Fortalecimiento del acceso a la Justicia y el Fortalecimiento del Estado de Derecho en las Américas*. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Washington DC: OAS Cataloging-in-Publication Data.

Ley 14. (2007). Panamá: Cultural Portobelo.

Ley 63 (29 de Agosto de 2008).

Loyola, E. L. (2009). Los Principios del Proceso Penal Relativos al Ejercicio de la Acción y a la Pretensión: Reflexiones y Críticas a la Luz de algunos ordenamientos vigentes. *Revista de Derecho. Universidad Católica del Norte*, 196.

Morales, L. I. (2010). El Principio de Objetividad en la Investigación Fiscal y el proceso Penal. Una Necesidad Urgente. *Revista de Derecho y Ciencias Penales. Universidad San Sebastián Chile*, 50-62.

Pastene, P. L. (12 de Septiembre de 2015). *El Principio de objetividad en la función persecutora del Ministerio Público*. Recuperado el 12 de Febrero de 2019, de Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho. Universidad de Chile.

Piersack vs Bélgica (Tribunal Europeo de Derechos Humanos 1 de Octubre de 1982).

Recurso de Apelación de Alexander Rogelio Kelly (Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia 11 de Septiembre de 2017).

Recurso de Apelación de Jesús Antonio Oliveros (Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia 19 de Febrero de 2018).

Recurso de Apelación Penal de Mario Richard Brathwaite (Delito contra la Integridad) (Sala Penal de la Corte Suprema 12 de Enero de 2016).

Rodríguez Rescia, V. M. (1998). *El debido proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Recuperado el 11 de Febrero de 2019, de <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>

Zamora, A. J. (2009). *Guía práctica para el estudio de los Principios, Garantías y Reglas del Proceso Penal Panameño: un enfoque acusatorio*. Panamá: Editora Novo Art. S.A.

Mgtr. Juan Francisco Castillo Canto

Preparación académica:

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Nacional. Profesor de Derecho Especialista en Educación Superior. Universidad Nacional. Máster en Derecho Procesal Civil y Patrimonio de la Universidad Internacional de Andalucía, España (Título convalidado por la Universidad de Panamá).

Actividades académicas:

Profesor de Derecho (Licenciaturas y maestrías) en las Universidades Tecnológica de Azuero, Universidad Nacional (sedes Chitré, Los Santos y Santiago); en la Universidad Latina (sedes de Chitré, Santiago y Penonomé).

En la actualidad Profesor de Derecho Civil en el Centro Regional Universitario de Coclé. Capacitador de Escuela Judicial de Panamá (desde 1988 hasta la fecha)

y Presidente del Consejo Consultivo del Instituto Superior de la Judicatura de Panamá.

Experiencia judicial:

Servidor Judicial de Carrera con más de 30 años de experiencia en el sistema de Administración de Justicia trabajando como: Escribiente, Asistente y Secretario de Sala Civil del Tribunal Tutelar de Menores de Panamá (1983-1988), Juez Primero Municipal Civil de Panamá (1988), Juez Municipal Mixto de Chitré (1988 -1994), Juez Primero del Circuito de Herrera (1994 -2003), Magistrado Suplente de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (desde enero de 2005, hasta diciembre de 2007), Coordinador General de Implementación del Sistema Penal Acusatorio, desde julio de 2010, hasta el 3 de febrero de 2012. Magistrado del Tribunal Superior del Segundo Distrito Judicial (de enero 9 de 2003, a la fecha).

Pluma Invitada



EL DERECHO REGISTRAL Y LA IMPORTANCIA DE SU ESTUDIO PERMANENTE

Mgtr. Joaquín Agustín Solís Sánchez

Abogado litigante.

República de Panamá.

Correo electrónico: jass2819@hotmail.com

EL DERECHO REGISTRAL Y LA IMPORTANCIA DE SU ESTUDIO PERMANENTE

Resumen

El derecho registral panameño posee una vasta historia desde inicio de la República. Ha transitado por diversas etapas en su operatividad. Desde el sistema de inscripción por extracto, el cual consiste en hacer constar un extracto del título presentado al Registro, hasta su moderno Sistema Electrónico de Inscripción Registral. En ese devenir histórico, el desarrollo de sus fuentes también ha evolucionado de manera permanente. Todo este cambio es necesario con el objeto de adaptar nuestro sistema registral a las exigencias de un mundo cada día más cambiante y globalizado. Sin embargo, ese desarrollo exige que se creen las plataformas y las estructuras necesarias, para una mejor comprensión de una rama del derecho que forma parte de nuestra vida cotidiana. Por esta razón, consideramos que el estudio permanente del derecho registral, pero de manera organizada es fundamental en nuestra sociedad. Para lo cual, consideramos oportuno la creación de un Instituto de Derecho Registral o una comisión permanente de índole estatal que sistematice toda la información producida por las distintas fuentes del derecho registral, a efectos, que su estudio y comprensión sea mejor y esté disponible para cualquiera que desee conocer acerca de la presente materia.

Abstract

Panamanian Registration Law has a long history, since the Republic's beginning. It has traveled through different operational stages. Since the extract inscription system where the register copy part of a legal document to modern and state of the art, electronic inscription system. During this historic development, registration law sources have evolved in a permanent way.

All this change is necessary to adopt a new registry system and adapt to the globalized and ever-changing world. However, this development demands the creation of new platforms and structures for better comprehension of a law branch, that is part of our everyday life.

For this reason, we consider the permanent and organized study of registration law is essential for our society. We consider appropriate the creation of a Registration Law Institute or at least a state commission that analyze and systematizes all the information produced by the different sources of registration law, so its study and comprehension is better and available to anyone who wishes to acquire knowledge, of the present matter.

Palabras Claves

Sistema registral, principios del derecho registral, asiento, jurisprudencia, sistema real, sistema personal, firma electrónica, tecnología, seguridad jurídica, demanda, Corte Suprema de Justicia, derecho registral, calificación registral.

Keywords

Registry system, registration law principles, registry log, jurisprudence, property system, personal system, electronic signature, technology, legal security, lawsuit, Supreme Court of Justice, registration law, registry description.

INTRODUCCIÓN

El derecho registral es una rama de las ciencias jurídicas menos comprendida por las personas, y que aplican a diario a un sinnúmero de transacciones comerciales.

Es nuestro objetivo explicar la importancia de conocer el sistema registral en nuestro país y la necesidad de confeccionar un documento que contenga de manera centralizada la legislación en esa materia, a efectos, que su aplicación sea más eficiente o la creación de un ente que estudie de manera sistematizada esta rama del derecho.

Por el momento, debe reconocerse los grandes esfuerzos que ha realizado la entidad registral panameña para actualizar e innovar en el campo de la informática y seguridad registral; además de confeccionar y publicar una serie de normas sobre temas registrales que eran desconocidos, de índole consuetudinario o que, simplemente, hasta hace un par de años, estaban a la discrecionalidad de la burocracia estatal registral.

Por otro lado, debe indicarse que uno de los problemas fundamentales para el desarrollo de investigaciones registrales, en nuestro país,

es la falta de literatura jurídica al respecto; por lo que el apoyo bibliográfico se consolida en la literatura internacional y documentos fiables a través de la internet, recomendando los publicados por entes investigativos estatales o universitarios.

Anivel nacional, la falta de sistematización de las diversas normas es un indicio que revela lo mucho que se debe hacer.

Sobre el particular, sería excelente rescatar la idea que existió años atrás de crear un Instituto de Derecho Registral, que tendría como objetivo recopilar, investigar, analizar, sistematizar y clasificar toda la literatura respecto al tema registral.

Sin embargo, elogiamos el trabajo realizado por un grupo de colaboradores del Registro Público de Panamá, quienes en conjunto crearon la primera versión del “*Manual de Calificación del Registro Público de Panamá*”, en el año 2019.

En ese documento se presenta una recopilación y explicación de una serie de procedimientos registrales, los actos que son sujetos a inscripción y sus respectivos requisitos.

Es probable que a futuro el manual deba adaptarse a las nuevas realidades y legislación que se expida al respecto; no obstante, por el momento, es un gran avance desde el punto de vista de la transparencia y el cumplimiento de los objetivos de la sociedad de la información, que exige proporcionar mayor cantidad de data a los gobernados.

Finalmente, consideramos que entre más regulados estén los procesos y se publiquen, tendremos mayor eficiencia y eficacia en el registro de los documentos que a diario ingresan al Registro Público de Panamá, amén de la seguridad y confianza que habrá al momento de calificar e inscribir cualquier acto.

1. Importancia de la actividad registral

La actividad registral es importante, porque da certeza y confianza al conglomerado de la sociedad que los actos jurídicos que se celebren, sujetos a inscripción, serán reconocidos por cualquier persona, para lo cual deberán cumplir previamente con una serie de requisitos exigidos por ley.

No obstante, esa seguridad jurídica, no es la única que enaltece la función registral; la cual cuenta con otras funciones, que la ubican como una gran aliada de la parte operativa del sistema económico de nuestro país.

Por ejemplo, la entidad registradora cuenta con la data necesaria para fortalecer el sistema bancario (en el caso de hipotecas), la parte de fideicomisos, traspaso de bienes inmuebles, entre otros aspectos.

También coadyuva a fortalecer la parte social del país ya que es de utilidad para la población en general, abogados, comerciantes y los operadores de justicia.

Para la población en general, porque en un sistema de intercambio de servicios y productos, el mantener el orden y confianza en cada una de las transacciones comerciales realizadas es sinónimo de buena institucionalidad.

Esa institucionalidad, a su vez, ayuda a fortalecer el Estado Social de Derecho y la democracia.

Es importante para los abogados, ya que pueden orientar en debida forma a sus clientes, y evitar problemas a futuro, que normalmente desencadenan en procesos costosos, sobresaltos y daño al tejido social.

Para los comerciantes, porque es la vía correcta para perfeccionar sus actividades económicas; lo cual repercute en el buen desarrollo de la economía de un país y de todos sus asociados.

Imaginemos, tan solo, la cantidad de hipotecas que se registran en esa entidad, con lo cual se resuelve un tema de vivienda a la población (viéndolo desde la perspectiva de solución habitacional), pero también ese acto da certeza que existe un deudor y un acreedor hipotecario.

Es innegable el aporte del derecho registral a la administración de justicia para deslindar las causas presentadas en sus diversos despachos.

La comprensión del sistema registral ofrece mayor facilidad, a los operadores de justicia, al momento de tomar decisiones sobre la materia.

A la justicia le ofrece el fundamento legal para motivar sobre la existencia de delitos que se cometan en contra del buen

desenvolvimiento de la actividad registral.

Por todo lo anterior, es necesario contar con reglas claras y que sean de fácil acceso para todo ciudadano, que necesite estudiar o comprender todo lo relacionado al servicio y actividad registral.

2. Características del sistema registral panameño

El sistema registral panameño posee algunas características como: el ser centralizado, es constitutivo de derecho, es un *benchmarking legal*, ha dejado de ser de los denominados de inscripción por extracto; es real, porque el historial se lleva por finca, es de los llamados de seguridad jurídica, entre otros aspectos.

- *Centralizado*

Hasta hace una década, el funcionamiento del Registro Público de Panamá era en su totalidad centralizado; es decir, la parte operativa se realizaba a nivel de una oficina en la capital de la República de Panamá.

No obstante, a partir del año 2009 se fue gestionando la apertura de sedes regionales en varias de las capitales de las provincias de la República de Panamá, sin obviar que el mayor peso de la operación registral se ejecutaba desde su sede principal ubicada en la ciudad de Panamá.

Sin embargo, desde el punto de vista de software [como sistema informático de índole registral] es único para toda la República.

- *Constitutivo*

En el derecho registral se ha reconocido dos grandes sistemas registrales: el declarativo y el constitutivo.

En nuestro caso es constitutivo, porque la

inscripción es necesaria para que se perfeccione el nacimiento del derecho real del que se trate.

Contrario a los sistemas declarativos, en donde el derecho real nace fuera de la inscripción, no es necesaria la función registral para que el traspaso de un bien inmobiliario se concrete de manera total.

Por eso se dice, que en los sistemas declarativos se reconocen derechos reales preexistentes, que nacen y se originan fuera de la actividad registral.

En el sistema registral panameño es necesaria la inscripción, para que se perfeccione el derecho real. En ese sentido, el artículo 1232 del Código Civil indica que “...*Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el registro de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, siempre que se trate de bienes inmuebles...*”

En similares términos, hace referencia el numeral 2 del artículo 1753 del Código Civil, que indica que entre los objetos del Registro Público está “...*Dar eficacia y publicidad a los actos y contratos que le imponen gravámenes o limitaciones al dominio de los mismos bienes...*”

- *Benchmarking legal*

El *benchmarking* es una herramienta utilizada en administración, donde se escogen y estudian los productos, servicios y métodos de trabajo de negocios líderes en un área; se adoptan, mejoran y se practican a lo interno de una empresa.

Si uno estudia con detenimiento el sistema registral panameño se puede concluir que existe un tipo de *benchmarking legal*, porque nuestro sistema ha adaptado un poco de diferentes procesos registrales de otros países y los ha adoptado a su realidad, tratando

de aplicar un mejoramiento continuo.

Se observa que en nuestra legislación hay facetas del sistema español, el suizo, el de Acta Torrens y hasta del sistema registral de Costa Rica.

Por esa razón, concluimos que es una adaptación de varios aspectos de otros sistemas, la cual se ha modificado y adaptado a las circunstancias propias de nuestro país, que tiene como eje de su economía al sector terciario; es decir, el de servicio.

- *Inscripción por extracto*

Se refiere al sistema registral mediante el cual, en el asiento, solo se inscribe parte del título, que contiene el negocio jurídico que debe ser registrado.

Así, por ejemplo, se diferencia del sistema registral que utiliza el método de transcripción, donde en el asiento consta una copia completa del título.

El Decreto No.9 de 13 de enero de 1920, que profiere el Reglamento del Registro Público, en sus artículos 60 al 73 establece *la información que es necesaria conste debidamente inscrita* la cual se copiaba en unos libros denominados tomos, los cuales hoy son de mucha utilidad para consultas sobre información, que aún no consta en el sistema electrónico de información registral, igual que los denominados rollos.

No obstante, el sistema registral panameño ha evolucionado y hoy cuenta con un Sistema Electrónico de Inscripción Registral (SEIR), donde se escanea todo el documento, que es presentado para su inscripción del mismo modo, que sus adjuntos.

La gran ventaja de esta manera de

inscripción es que los terceros acceden al título completo que se ha inscrito, perfeccionándose a su máxima expresión el principio de publicidad registral.

Se puede concluir que el actual sistema registral panameño no, solamente, es por extracto, sino que mezcla distintas maneras de inscripción, que sientan las bases para que sea considerado de gran seguridad jurídica.

- *Inscripción por folio real*

En cuanto a la organización del sistema registral se debe indicar que es por folio real, debido a que el objeto de inscripción es el bien inmueble (sea esta una mera propiedad o un inmueble sujeto al régimen de propiedad horizontal).

Difiere este sistema de aquel que toma en consideración a la persona, como es el caso de Francia.

Una gran ventaja del sistema de inscripción por folio real es que siempre se tendrá certeza de quién es el verdadero propietario y se cumplirá con los principios de tracto sucesivo y prioridad registral.

En cambio, en un sistema basado en el folio personal, no hay concatenación de las transacciones realizadas sobre un bien inmueble, puesto que en aquel el registrador se transforma en un mero recolector de documentos al que podríamos denominar un “*archivador de documentos de transacciones reales*”.

Como no existe un orden en las transacciones el almacenamiento es cronológico. Por esa razón, si una persona desea celebrar una transacción que involucra el nacimiento de un derecho real, podrá encontrarse con la situación de encontrar un

inmueble con varios propietarios, lo cual no ocurre en nuestro sistema registral.

Es obvio, que esos países han regulado las sanciones legales necesarias, para mantener y ofrecer soporte de seguridad al sistema.

Más adelante, se hará referencia al nuevo sistema de registro por folio real adoptado por la República de Panamá.

- *Seguridad jurídica*

Con respecto a los sistemas registrales de seguridad jurídica es necesario indicar que, básicamente, se fundamentan en la protección a los propietarios de bienes inmuebles y a quienes deseen realizar transacciones jurídicas reales y certeras.

La diferencia con los que no tienen esta característica es que aquellos, por lo general, solo son acumuladores de información y no se aplican todos los principios registrales, que se analizarán más adelante.

Sobre el concepto de seguridad jurídica es apropiado diferenciar entre seguridad jurídica estática y la dinámica.

El jurista alemán EHREMBERG propuso en 1903 hacer una distinción entre la “seguridad del tráfico o seguridad dinámica” (seguridad, propiamente dicha) y la “seguridad de los derechos o seguridad estática” (justicia). Así, la seguridad estática exige que ninguna modificación, ni perjuicio patrimonial de un derecho subjetivo se concrete sin el consentimiento del titular; por lo cual este es un propietario legítimo, solo cabe que sea despojado de

su derecho por acto voluntario; cualquier otra cosa es un despojo. En cambio, la seguridad dinámica exige que ningún beneficio adquirido en el patrimonio de un sujeto deba frustrarse por hechos o situaciones ajenas que no haya podido conocer, de tal suerte que un tercero de buena fe mantiene la adquisición de un derecho, aunque el transmitente no sea el propietario, si es que desconocía razonablemente las circunstancias que denotaban la ausencia de titularidad del transmitente. Aquí se presenta una pugna entre dos posiciones antagónicas: el interés del propietario por conservar su derecho, y el interés del adquirente por asegurar la eficacia de su adquisición, aun en contra de la voluntad del propietario. (González, 2008, p.27)

En nuestra opinión, el engranaje administrativo, la parte tecnológica y el soporte jurídico provee de un gran sustento y de mucha seguridad a nuestro sistema registral panameño.

Analizado lo anterior, pasaremos a realizar un recorrido sucinto en la legislación registral de nuestro país, *con un énfasis* en la actual legislación que han llevado a modernizar, aún más, el sistema registral panameño.

3. Legislación registral panameña

Desde inicio de la República hasta nuestros días, Panamá ha tenido una vasta legislación registral, como se ha explicado, adoptando características de diversos sistemas registrales; sin embargo, en el presente documento el énfasis se realizará en la actual

legislación registral, la cual se ha amoldado a nuevos cambios en un mundo cada vez más globalizado y tecnológico.

No es nuestra intención obviar una parte tan importante de la historia registral de nuestro país, sino realzar las nuevas disposiciones, que se han creado para dinamizar esta actividad.

En el tema histórico recomendamos la lectura del libro titulado “*Registro Público de Panamá*” del profesor Juan Van Eps (Q.E.P.D.), el cual es una obra magnífica desde la parte didáctica y que sintetiza de manera magistral cómo nace nuestro sistema registral panameño.

A pesar de lo anterior, se explicarán los principios registrales recogidos en nuestro Código Civil y se hará referencia a otras normas de carácter general, que consideramos, no se pueden obviar.

3.1. Código Civil de la República de Panamá

El Código Civil panameño regula en su Libro Quinto, Título Segundo, desde su artículo 1753 hasta el 1801, todo lo relacionado a la actividad registral en nuestro país.

Se abordará el concepto y los artículos, donde se pueden ubicar los llamados principios registrales y que son de gran utilidad para la comprensión y la resolución de problemas provenientes de la materia del derecho registral panameño.

- *Principio de titulación auténtica.*

Se refiere a que los documentos objeto de inscripción cuenten con la autenticidad necesaria, a fin de ser objeto de calificación y sustenten la creación, modificación o extinción de derechos reales.

Esto es importante, debido a que el sistema exige exactitud en lo que se registra; por ende, toda esa información o data que da origen a transacciones comerciales debe constar en documentos que sean revestidos de una fuerza y validez jurídica, que sea oponible a terceros.

Su finalidad es que lo registrado se aleje de la duda o incertidumbre, solo así se materializará la seguridad jurídica que requiere el sistema.

Por regla general, la titulación auténtica se fortalece o apoya en instrumentos públicos, que por excelencia están contenidos en escrituras públicas (en nuestro caso emitidas por notarios públicos); sin embargo, puede la ley establecer que otros funcionarios públicos puedan emitir documentos que reúnan los requisitos para ser objeto de inscripción registral.

Desde ese punto de vista, están los funcionarios judiciales y los administrativos, que la ley le otorgue esa facultad.

Ese principio registral se encuentra regulado en el artículo 1756 del Código Civil, al indicar que, solo son inscribibles en esa entidad los títulos recogidos *en escritura pública, sentencia o auto ejecutoriado u otro documento auténtico, que así lo determine la ley.*

Respecto a este tema, no hay mayor complicación con lo relacionado a la escritura pública y el auto o sentencia debidamente ejecutoriada.

A nuestro parecer, se debe explicar lo del documento auténtico determinado por ley.

Lo anterior, se puede ejemplificar con

las resoluciones de adjudicación que son proferidas por la Autoridad Nacional de Administración de Tierras (ANATI), que son consecuencia de la regularización y titulación masiva de las tierras que ejecuta el Estado.

La titulación masiva de tierras está regulada en la Ley No.24 de 5 de julio de 2006 y, su reglamentación, el Decreto Ejecutivo No. 228 de 27 de septiembre de 2006.

Por ejemplo, en lo relativo a correcciones en las áreas y medidas de los predios, que son objeto de titulación, la ley faculta a la Dirección de Catastro y Bienes Patrimoniales (hoy incluida dentro de la estructura administrativa de la Autoridad Nacional de Administración de Tierras) para que realicen los ajustes pertinentes, lo que debe constar en un acto administrativo (resolución administrativa) sujeto a inscripción.

En ese sentido, el artículo 8 de la precitada ley establece en su párrafo tercero que “... *La presentación de la copia autenticada de la resolución debidamente ejecutoriada será suficiente para que el Registro Público realice la inscripción respectiva, previo el pago a la nación de los derechos, en los casos que corresponda*”.

La ley reviste a ese acto administrativo de la autenticidad necesaria, para que pueda ser objeto de inscripción registral, a lo cual se le aplica el principio de titulación auténtica.

- *El principio de prioridad*

Se consuma o materializa con la presentación del documento ante la entidad registral; es decir, el primero que se presenta prima sobre cualquier otro que sea aportado, tan siquiera, un segundo después.

Este principio lo encontramos regulado en los artículos 1761 y 1780 del Código Civil.

El primero establece, que todo documento que debe ser inscrito, no perjudica a tercero, sino *desde su presentación* ante el Registro Público de Panamá. El segundo indica que tanto las inscripciones provisionales y definitivas, son oponibles a terceros desde la fecha de la presentación del respectivo título.

- *El principio de rogación*

El mismo se define como: el trámite ante la entidad registral se inicia a petición de parte.

Esto se debe a que es potestativo de las personas inscribir sus títulos; por ende, no hay coerción por parte del Registro Público para que un documento deba registrarse.

Es obvio, que la inscripción, como se explicó al inicio de este escrito es constitutiva de derecho; por ende, la consecuencia más palpable de no inscribir un documento que debe llenar ese requisito es que el derecho de que se trate, no se perfecciona y tampoco puede ser oponible a terceros.

Este principio está consagrado en el artículo 1757 del Código Civil al enunciar que pueden solicitar la inscripción de un título:

- El notario.
- El interesado.
- El representante legal o apoderado.

- *El principio de legalidad*

Está regulado en el artículo 1795 del Código Civil, al señalar, que es una facultad del registrador calificar la legalidad de los títulos, que lo someten a su inscripción.

El mismo se puede materializar en dos

vías, ya sea negando la inscripción [defectos invaliden el título] o suspendiéndola [defectos subsanables].

Respecto a este principio y la solicitud de inscripción de un acto de carácter jurisdiccional se ha discutido a nivel de la jurisprudencia si, en efecto, el registrador puede suspender ese tipo de documento o solamente debería acatar la orden de inscripción.

Sobre este punto, ha prevalecido la tesis que, sí puede el registrador no acceder a la inscripción de un documento jurisdiccional, cuando producto de su labor de calificación observa que no se ha cumplido con lo regulado por el sistema jurídico vigente.

Este principio también debe ser aplicado por quienes, en su momento, deciden algún tema relacionado al derecho registral.

Es decir, no solamente el Registro Público está llamado a cumplirlo e invocarlo. También deben hacerlo los órganos jurisdiccionales cuando se someten a su decisión temas relacionados a derechos reales.

Por ejemplo, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en fallo del 26 de marzo de 2015, al momento de decidir el recurso de apelación interpuesto por la abogada Lidia Valdés en contra del auto de 29 de julio de 2014, proferido por el Registro Público de Panamá, aplicó este principio en un caso donde la Autoridad Nacional de Administración de Tierras (ANATI) adjudicó erróneamente terrenos a dos personas, sin percatarse de que esos inmuebles estaban en traslape con otra finca, que previamente estaba titulada.

Debido a solicitud de revocatoria de acto administrativo, presentada por las partes afectadas, la ANATI decide revocar

las resoluciones de adjudicación, al notar la existencia de errores en las adjudicaciones.

La parte afectada presentó las resoluciones administrativas de revocatoria ante el Registro Público, a efectos, que procediera con su inscripción; no obstante, esa petición fue negada, porque la entidad alegó la inexistencia de norma jurídica que sustentará la inscripción de ese tipo de acto administrativo.

Por consiguiente, se interpuso recurso de apelación ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que decidió avalar la tesis emitida por el Registro Público que tenía como fundamento legal el artículo 1795 al indicar que no podía inscribir un acto administrativo, que ninguna ley indicaba era objeto de inscripción.

En el asunto, bajo estudio, se aplicó el artículo que consagra el principio de legalidad en el Código Civil (1795); sin embargo, también pudo ser alegado el principio de titulación auténtica que ya fue explicado en líneas anteriores, puesto que era un documento de carácter administrativo, pero que ninguna ley obligaba su inscripción.

Finalmente, en relación con este principio, podríamos indicar que recoge todos los anteriores, puesto que la legalidad consiste en cumplir íntegramente con lo determinado y permitido por ley.

- *El principio de consentimiento*

Está relacionado con el principio de la voluntad de las partes, el cual se materializa en lo plasmado en el título que es objeto de inscripción. Es decir, el querer real de los intervinientes en un negocio jurídico.

Por otro lado, es necesario indicar que

gran parte de la doctrina trata este principio, bajo una óptica material (la precisión de lo que se va a inscribir) y una adjetiva (la manera de inscribir), esta última que responde a lo siguiente:

- La manera cómo se organiza la inscripción, y que en nuestro país ha adoptado el de folio real.
- La exactitud en cuanto a la información que consta en el registro y la que se publica.
- La preexistencia de leyes que indiquen qué es objeto de inscripción.

Sobre el principio de consentimiento el profesor Bernardo Pérez ha indicado, lo que es aplicable a nuestro sistema registral:

Este principio de consentimiento puede analizarse desde el punto de vista del acto jurídico que da origen a la creación, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales, y desde el punto de vista de los efectos registrales. En cuanto al primer elemento, que es la causa de la inscripción, o sea el acto jurídico que la motiva, cuando se trata de actos bilaterales, requiere como elemento de su existencia la manifestación de la voluntad y en su caso el consentimiento...

Este principio se aplica plenamente en aquellos países que siguen el sistema constitutivo y no el declarativo como nuestros códigos... En el sistema constitutivo se distingue entre el título y el modo: el “título” que es el negocio jurídico que se celebra con la intención de transmitir la propiedad (compraventa, donación, permuta, etcétera); y el

“modo que es la tradición o el acto por el que se realiza la transmisión de la propiedad. La transmisión de la propiedad se lleva a cabo con la inscripción en el Registro Público de la Propiedad, y es por esta razón que requiere del consentimiento expreso del titular registral para la modificación del asiento. (Pérez, 2007, p.86)

El mismo se puede inferir del párrafo primero del artículo 1781, y de los artículos 1784 y 1772 del Código Civil.

Se puede decir que está muy ligado al de publicidad registral, ya que este deja de existir si no hay qué comunicar, y mucho más importante que lo que se publique sea lo correcto o consensuado por las partes.

- *El principio de tracto sucesivo*

Involucra el fenómeno universal que todo en la vida transcurre en un proceso. En el derecho registral, no puede o no debe inscribirse título alguno sin que se compruebe que ese documento le antecede uno que lo legitima y lo válida para ser inscrito.

Por ende, no podría una persona realizar transacción sobre un inmueble -por ejemplo, traspasar- sin que antes sea el titular y que esa titularidad conste registrada.

En el Código Civil puede inferirse ese principio en los artículos 1758, 1767, 1798, 1799, artículo 1548 (Num.2), 1579 y 1744.

- *El principio de inscripción*

Está relacionado al acto en sí de inscribir un asiento y lo que queda debidamente inscrito.

En nuestro sistema, podríamos afirmar que existen dos momentos fundamentales en

el acto de la inscripción de un documento. El primero, que está directamente relacionado al ejercicio consciente que realiza el calificador, con el objetivo de determinar si el título que se presenta al Registro Público cuenta con los requisitos para su inscripción. El segundo, que es producto del proceso tecnológico mediante el cual lo debidamente inscrito debe constar en el sistema registral.

Tiene apoyo en el principio de legalidad registral, ya que al inscribir un título se debe verificar que cumpla con todas las normas jurídicas que lo regulan.

A nivel doctrinal se discute si, en efecto, debe considerarse un principio, debido a que existe una línea tenue en cuanto a la existencia de su autonomía.

Está consagrado en los artículos 1232 y 1753 del Código Civil.

De la lectura de esos artículos también se deduce que nuestro sistema de registro es de los llamados constitutivos; es decir, que para que exista de manera definitiva la tradición se debe inscribir el acto.

Por ende, nuestro sistema registral no es declarativo, sistema donde se originan los derechos reales solo con la celebración de un acto jurídico, y solo se inscribe si desea ser oponible a terceros.

- *Principio de publicidad*

Consagra la finalidad práctica, que cualquier persona puede consultar lo que previamente se ha inscrito.

La publicidad registral posee el aspecto formal y el material, a saber:

La publicidad formal consiste

en la posibilidad de consultar personalmente, los libros, folios o la base de datos cuando se trata de folios electrónicos, así como de obtener del Registro Público de la Propiedad, las constancias y certificaciones de los asientos y anotaciones...

La publicidad material está concebida como los derechos que otorga la inscripción, y éstos son: la presunción de su existencia o apariencia jurídica, y la oponibilidad frente a otro no inscrito. (Pérez, 2007, p.77)

Se refleja en los artículos 1755, 1762, 1763, 582, entre otros, del Código Civil.

El tema de los principios registrales es amplio y de cada uno podría realizarse estudios más extensos y detallados; sin embargo, no es la empresa o motivo del presente documento.

3.2. Normas en la era de la firma electrónica y el Sistema Electrónico de Inscripción Registral (SEIR).

Además de las normas fundamentales, para la aplicación del derecho registral en nuestro país, como lo son: el Decreto No. 9 de 13 de enero de 1920, Decreto No. 62 de 10 de junio de 1980, Ley No. 3 de 6 de enero de 1999, Decreto No.106 de 30 de agosto de 1999, entre otras, también existen actualmente una variedad de normas, que son productos de los cambios tecnológicos en el mundo y nuestro país.

La Ley No.82 de 9 de noviembre de 2012 cambia el escenario y el proceso de cómo se llevaba a cabo la parte operativa registral

en Panamá y otorga al Registro Público atribuciones de autoridad registradora y certificadora raíz de firma electrónica, para la República de Panamá.

Es una norma que estableció muchas facultades a la entidad, con el propósito que realizara cambios profundos en la manera cómo se ejercía la función registral, sin entrar en conflicto con el ordenamiento jurídico registral existente.

Más tarde, se aprobaría su reglamentación a través del Decreto Ejecutivo No. 684 de 18 de octubre de 2013, mediante el cual se desarrolla todo lo relacionado a la firma electrónica en nuestro país y otorga mayores atribuciones a la Dirección Nacional de Firma Electrónica del Registro Público de Panamá, unidad ejecutora creada dentro de la estructura de esa entidad, con el objeto de desarrollar toda la política estatal referente a ese aspecto.

Con una ley que aprobaba facultades especiales al Registro Público en cuanto a modernizar su parte operativa registral; aunado a investigaciones realizadas a lo interno de la entidad, se resolvió que el sistema informático actual debía ser cambiado y, de paso, adoptar el sistema de folio real electrónico.

Así, mediante Decreto Ejecutivo 847 de 20 de octubre de 2014, el Ministerio de la Presidencia ordenó utilizar el nuevo Sistema Electrónico de Inscripción Registral (SEIR) y reemplazar los sistemas registrales Emulador y REDI.

Por esa razón, se profiere la Resolución No.D.G.-1013-2014 de 20 de octubre de 2014, mediante la cual el Registro Público da de baja a los sistemas Emulador y Redi; y, da de alta al Sistema Electrónico de Inscripción Registral (SEIR).

Con la aprobación de esas normativas se da inicio a una nueva etapa o era en el desarrollo del sistema registral panameño.

Hoy en día, en esa entidad, se utiliza la firma electrónica, con la finalidad de que el sistema registral sea más seguro y confiable.

Por otro lado, se han dictado normas relacionadas a materias específicas, como lo es el Decreto Ejecutivo No.809 de 3 de octubre de 2014, mediante el cual se establecen parámetros para la inscripción de documentos relacionados con sociedades anónimas y fundaciones de interés privado.

En ese mismo orden de ideas, existía una confusión y poca claridad en cuanto a los documentos complementarios, que son necesarios presentar y adjuntar a uno principal, a efectos, de lograr su inscripción. No se conocía trámite al respecto y la materia estaba a la merced de la discrecionalidad estatal.

Con el propósito de regular esa materia se profirió la Resolución DG-324-2016 de 7 de noviembre de 2016, por medio del cual se reglamentan los documentos complementarios en el nuevo Sistema Electrónico de Inscripción Registral (SEIR); y, la Resolución DG-015-2017 de 30 de enero de 2017, mediante la cual se aprueba el instructivo de la clase de documentos complementarios y la forma de presentarse ante el Registro Público de Panamá.

Otro aspecto relevante y de gran importancia son las notas marginales de advertencias, sobre todo por las consecuencias jurídicas que estas entrañan y las cuales eran sometidas a un trámite poco conocido por los usuarios del Registro Público de Panamá.

Recordemos que las notas marginales de advertencia, cuyo fundamento jurídico es el artículo 1790 del Código Civil, son impuestas por el registrador bajo su responsabilidad, cuando existan errores en la inscripción de un documento o título, por esa razón son inapelables, lo cual ha sido reafirmado por la Corte Suprema de Justicia.

También, restringe los derechos de las personas a, cuyo favor se encuentra inscrito el documento o título sujeto a ese trámite; en otras palabras, no puede realizar transacción alguna, hasta tanto no se elimine la nota marginal o se practique la rectificación de que se trate.

El Código Civil regula que de realizarse alguna operación sobre el asiento al cual se ha colocado una marginal de advertencia, será considerada nula.

Debido a esas connotaciones de importancia, consideramos que la Resolución DG-0212-2017 de 5 de octubre de 2017, que reguló lo relacionado a la nota marginal de advertencia y las anotaciones preventivas, era necesaria y útil para regular un trámite que no contaba con lineamientos claros en cuanto a su ejecución.

Otra de las gestiones que no contaba con un procedimiento definido era lo relacionado a la presentación de escrituras públicas sujetas a inscripción, mucho tiempo después de su cierre notarial.

Para ilustrar con un ejemplo pensemos en una compraventa celebrada en el año 1994, pero que se presenta en el año en curso (2020) para su debida inscripción.

Aunado supongamos, que la compraventa fue celebrada entre dos sociedades anónimas, ambas con juntas directivas distintas a las que

consensuaron aquel acto jurídico, además de contar, una de ellas, con una fusión mercantil de por medio.

Parece un ejemplo complicado, sin embargo, se han originado asuntos similares.

Por esa razón, es oportuna la creación de la Resolución No. DG-006-2018 de 15 de enero de 2018, mediante la cual se aprobó el *“Instructivo de Procedimiento interno de Calificación mediante la Convalidación de acto por Protocolo Autenticado”*, con el objeto de establecer un mecanismo transparente y que brinde certeza para evacuar ese tipo de trámites registrales.

En cuanto a los certificados registrales, que es una de las formas de materializar el principio de publicidad registral, se profirió la Resolución DG-0117-2018 de 18 de mayo de 2018, relacionada a *“...la solicitud y expedición de certificados o publicidad registral en el nuestro sistema electrónico de inscripción registral (SEIR)”*.

Finalmente, se debe mencionar la Resolución DG-028-2019 de 28 de mayo de 2019, *“Por medio del cual se aprueba el Manual de Calificación del Registro Público de Panamá.”*, el cual contiene un documento que podría considerarse de los más completos, durante los últimos tiempos, en materia registral.

El manual contiene definiciones, procedimientos, un catálogo de actos que deben ser inscritos y los requisitos necesarios que se deben cumplir para lograr su debida inscripción, el cual puede ser consultado directamente en la página web del Registro Público.

Durante los últimos años, la entidad

registral ha generado una serie de procedimientos que, poco a poco, dan contenido a todos aquellos aspectos no regulados y, por otro lado, van ajustando el derecho registral a una realidad mundial, cada día más globalizada.

4. La jurisprudencia como aliada de la actividad registral

Otro aspecto que debe revisarse con detenimiento y de manera permanente es el relacionado a la jurisprudencia.

Muchos pensarán, que la única fuente jurisprudencial en esta materia es la generada a través de la Sala Civil, conforme a su competencia privativa, regulada en el artículo 93, numeral 2, del Código Judicial, que indica que la Sala Primera conocerá en segunda instancia “...*De las apelaciones contra las resoluciones del Director del Registro Público*”.

La realidad es que no solamente la Sala Civil debate aspectos relacionados al derecho registral. Esto se debe al derecho de acción que tienen los ciudadanos de rogar justicia ante las autoridades que consideren deben ventilar sus causas; por consiguiente, las personas presentan todo tipo de acciones ante distintas jurisdicciones, a efectos, que se pronuncien al respecto.

Por esa razón, al estudiar la jurisprudencia patria se observa temas registrales, que han sido objeto de análisis por parte de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y el Pleno de la Corte Suprema de Justicia; además de otras entidades de la administración pública.

Con el objeto de demostrar lo antes indicado, se hará mención de tres casos que fueron atendidos por distintos despachos de

la Corte Suprema de Justicia, ante distintas acciones presentadas por las partes interesadas.

- *Pleno de la Corte Suprema de Justicia – Acción de Inconstitucionalidad – Fallo de 30 de julio de 2019.*

El primero está relacionado a una demanda de inconstitucionalidad presentada por Antonio Castillo en contra de la Resolución No.074 de 1 de abril de 2015, proferida por la Autoridad Nacional de Administración de Tierras, mediante la cual se solicitó que el Pleno de la Corte Suprema de Justicia declarara inconstitucional ese acto administrativo.

A través de la resolución acusada de inconstitucionalidad se revocaba otro acto administrativo (Resolución ANATI 3-0611 de 30 de marzo de 2012) que había concedido derecho de propiedad al demandante.

El motivo de la revocatoria del acto administrativo, en sede de la Autoridad Nacional de Administración de Tierra, se fundamentó en que el derecho de propiedad (adjudicación definitiva de un terreno) nació de un traslape sobre otras fincas.

Por otro lado, el argumento central de quien solicitaba la inconstitucionalidad consistía en que la Autoridad Nacional de Administración de Tierras, no podía revocar un acto administrativo donde se había adjudicado de manera definitiva un terreno y se había inscrito en el Registro Público.

Durante el proceso de revocatoria del acto administrativo en la Autoridad Nacional de Administración de Tierras, la entidad había solicitado una opinión a la Procuraduría de la Administración, en el sentido que se le asesorara si era viable revocar un acto administrativo del cual había surgido un derecho real de propiedad.

La entidad asesora señaló mediante Nota C-29-16 de 23 de marzo de 2016, que la Autoridad Nacional de Administración de Tierras sí podía revocar el acto administrativo; sin embargo, advirtió que sería ineficaz ante la inscripción registral.

Lo anterior tenía sustento en el artículo 1756 del Código Civil, que consagra el principio de la titulación auténtica, ya que como se había inscrito el título de propiedad, solamente una resolución proferida por la jurisdicción ordinaria podría revocar esa inscripción.

El Pleno de la Corte Suprema de Justicia, no decidió el fondo de la acción, porque se comprobó que el demandante también había interpuesto acción ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo; además, que la jurisprudencia ha reiterado que las acciones de inconstitucionalidad no deben ser interpuestas como una instancia adicional para ventilar temas que deben ser decididos por otros despachos judiciales.

Como se puede deducir de este primer caso, si bien no hubo una decisión de fondo, hubo argumentos que son necesarios analizarlos y tomarlos en consideración desde un punto de vista registral, aunado a que se observa la aplicación de principios registrales.

- *Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo y Laboral – Acción de Nulidad – Fallo de 25 de julio de 2019.*

En muchas ocasiones, ocurre que se presentan pretensiones a una jurisdicción que puede pronunciarse sobre ciertos aspectos, pero que sobre otros está imposibilitado de hacerlo por restricciones legales.

El presente negocio demuestra cómo la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia

decidió sobre la nulidad de un contrato; sin embargo, en cuanto a la cancelación de la inscripción argumentó que no era tema de su jurisdicción.

La Empresa de Distribución Eléctrica Metro-Oeste, S.A. (EDEMET) presentó Demanda Contencioso-Administrativo de Nulidad contra un contrato de compraventa celebrado por el Municipio de Bocas del Toro.

Luego del análisis de las pretensiones de la sociedad demandante, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia decidió declarar nulo el contrato de compraventa; no obstante, indicó no tener competencia para ordenar al Registro Público cancelar esa inscripción por ser una competencia de la jurisdicción ordinaria.

El fundamento legal alegado por la Sala fue el artículo 1784 del Código Civil, que señala que no se podrá cancelar una inscripción, sino por medio de auto o sentencia ejecutoriada.

La Sala opinó, que esa es una facultad de la jurisdicción ordinaria; por lo que no accedió a esa pretensión de la demandada.

Además, arguyó que los efectos de la declaratoria de nulidad de un acto administrativo, producto de una demanda de nulidad, solo producen efectos *ex nunc* (hacia el futuro) y no *ex tunc* (al pasado).

Como se observa, es una decisión emitida por una de las salas de la máxima corporación de justicia, de la cual se obtienen antecedentes jurídicos de suma importancia para la actividad registral.

- *Sala Primera de lo Civil – Recurso de Apelación – Fallo de 17 de julio de 2019.*

Por último, se analizará una apelación

interpuesta ante la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, debido a resolución que suspendía la inscripción de un asiento registral.

La empresa Las Brisas de Amador, S. A. celebró contrato de promesa de compraventa con Mount Everest, S.A., relacionado con la finca 336806, con código de ubicación 8720, de propiedad horizontal, a través de Escritura Pública 931 de 25 de enero de 2013. Este acto jurídico correspondía al asiento 22388/2013.

El Registro Público suspendió la inscripción de ese asiento mediante auto de 17 de diciembre de 2018, conforme a solicitud de calificación y cancelación por edicto del asiento 22388/2013, presentada el 27 de noviembre de 2018.

La entidad registral enumeró 8 defectos, entre los que se mencionaba que estaba pendiente de inscribir el asiento 15524/2013; además de otros que podían ser subsanados.

Como eran defectos subsanables, el apelante argumentaba que no era necesario la suspensión de la inscripción del asiento, que contenía la promesa de compraventa.

La Sala Civil, explicó en su fallo que mantenía el auto de defecto proferido por el Director General del Registro Público debido a lo siguiente:

- Que aun cuando se subsanaran los defectos, persistiría el asiento pendiente (15524/2013), y que ignorarlo sería desconocer los principios de prelación y tracto sucesivo registral.
- Que como el asiento tenía más de cinco años (22388/2013) y no se había inscrito, se debía presentar copia del protocolo

conforme lo regulado en la Resolución No.DG-006-2018 de 15 de enero de 2018, y que el defecto se ajustaba a derecho.

- Sobre este segundo argumento es necesario recalcar que la Sala Civil puntualizó que aun cuando no había pasado un año desde el cierre notarial al momento del ingreso de la Escritura de Promesa de Compraventa (Asiento 22388/2013) al Registro Público, lo cierto es que la Resolución en mención también indicaba que “...podrá solicitarse la presentación de la copia del protocolo autenticado de la escritura pública, en general para coadyuvar en la calificación registral de un acto en trámite de Registro; defecto que resulta subsanable puesto que una vez validado el acto la entidad registradora podrá practicar la inscripción”.

De lo expuesto por la Sala Civil se comprende que avaló el defecto enunciado por el Registro Público; sin embargo, utilizó otro argumento.

Por esa razón, se hace necesario el estudio permanente y sistematizado de la legislación, la doctrina y jurisprudencia registral; y, reiteramos el rescate de la idea de crear un Instituto de Derecho Registral, bajo la administración de esa entidad.

5. La evolución del aparato estatal como causa del estudio permanente de derecho registral.

El derecho registral es una materia tan amplia y dinámica, que debería proponerse una comisión permanente o la creación del Instituto de Derecho Registral, como ente de estudio y análisis de esa rama del derecho.

Entre sus funciones podría estar la

de orientar y asesorar al Estado en todo lo relacionado a las materias en donde la actividad registral juega un papel fundamental.

El Registro Público ha pasado por etapas, consecuencia propia del desarrollo de la humanidad y, por ende, de la tecnología.

Por esa razón, se puede señalar una etapa de inscripción en tomos; luego en microfichas, digitalización de documentos y ahora el sistema electrónico de inscripción registral.

Lo que nos lleva a pensar, que se avecinan más cambios en la manera como se ejecuta la función registral en nuestro país; y, cómo los gobernados interactuamos con las entidades gubernamentales.

Mucho se habla del gobierno digital y corporativo, y de la inteligencia artificial, como nuevos mecanismos de materializar el trabajo.

Es obvio, que muchos temas cambien y, por ende, que esas transformaciones sean aplicadas a nuestros sistemas productivos.

En toda esta vorágine de cambios las legislaciones se irán adaptando. De ahí, la necesidad o posibilidad de crear un ente que estudie a profundidad los nuevos retos en materia del derecho registral.

Por ejemplo, en el tema de la descentralización, como herramienta política para agilizar y ser más eficientes en respuestas a las necesidades de la población, se involucran una serie de factores políticos, sociales y gubernamentales.

Así tenemos, que la Ley No.37 de 29 de junio de 2009, establece en el artículo 130, que el **Registro Público de Panamá no inscribirá** escrituras, cambios de junta

directiva, modificaciones al pacto social, poderes societarios o disolución de sociedades mercantiles, **sin que se le presente paz y salvo municipal.**

Significa que una persona jurídica está en la obligación de presentar ese documento para lograr inscribir algunos de los documentos, que afecta directamente a la parte administrativa de la sociedad; sin embargo, de una lectura del Manual de Calificación del Registro Público, se advierte que ese documento, no es peticionado por la entidad.

Esto evidencia que los municipios no han exigido el cumplimiento de esa formalidad.

Diversas pueden ser las causas de ese hecho como, por ejemplo, el desconocimiento de la norma o el arribo de acuerdos interinstitucionales en cuanto a la implementación de ese requisito; no obstante, consideramos que es una herramienta que tienen los gobiernos locales para captar todos los fondos necesarios para materializar la descentralización.

Como se observa, son considerables los factores, que han podido incidir en que el paz y salvo aún no se exija a las sociedades en el Registro Público de Panamá.

Lo narrado es paradigma, que demuestra que el derecho registral es un apoyo a las nuevas realidades, que debe enfrentar la administración pública, pero que en ocasiones debe transitar por un proceso largo para materializarse en su totalidad.

Otro ejemplo, es la hipoteca sobre un bien inmueble que pertenece a un colectivo político, en donde se debe contar con una autorización previa del Tribunal Electoral, para celebrar este tipo de contrato.

Esta exigencia de “previa autorización” está regulada en el artículo 197 del Código Electoral de la República de Panamá; sin embargo, la redacción de esa norma jamás menciona al Registro Público.

No obstante, es un requisito con el cual se debe cumplir y al cual se le aplica el principio de legalidad registral.

Así, como esos ejemplos, hay otros que se podrían enunciar y en donde es patente, que el estudio permanente del derecho registral y la creación de un ente que desarrolle esa actividad es una tarea impostergable.

6. La codificación registral y su necesidad actual

La posible codificación de la materia registral es otra tarea pendiente, la cual ayudaría en sumo grado al desarrollo de esa rama del derecho.

Se puede indicar que en toda administración se desarrollan distintos proyectos, para la buena marcha de la organización o la consecución eficaz de los objetivos planteados, y la codificación de esta materia sería un buen legado a esta parte de la administración pública.

Desde la perspectiva de la entidad registral podríamos decir que una unificación de toda

la normativa registral, complementándola con la doctrina y la jurisprudencia, reduciría el riesgo operativo al momento de inscribir un documento.

Por otro lado, fortalecería la seguridad jurídica de las transacciones que se desarrollan entre las partes interesadas. Esto daría confianza a que las personas inviertan en nuestra economía, a pesar, de todas las vicisitudes que se puedan originar en nuestro entorno.

Evitaría el desgaste ante tribunales, que deben ventilar casos por inscripciones mal realizadas. No afirmamos que eliminaría por completo la existencia de reclamos antes las distintas jurisdicciones, sino que se podrían evitar una incidencia alta por posibles errores, debido a la falta de una legislación unificada o normas claras en los trámites.

Al ciudadano y a los profesionales del derecho (abogados independientes y quienes participan en la administración de justicia) les daría una herramienta necesaria, con el objeto de desarrollar de forma eficiente su trabajo y funciones.

También gana el Estado, quien está llamado a proveer los recursos necesarios y tomar acciones eficaces, a efectos, que sus habitantes desarrollen sus labores diarias.

CONCLUSIONES

Es un hecho que todo en la vida cambia. Esta máxima, no deja de ser aplicada al derecho registral, el cual es dinámico y muta constantemente.

Se puede indicar que las fuentes del derecho registral son varias (doctrina, jurisprudencia, ley y principios) y que respecto al tema de legislación están muy dispersas.

En nuestro país, debido al nuevo período de desarrollo electrónico registral, se puede concluir que las transformaciones se han dado rápido y en muy poco tiempo.

Sin embargo, esto ha provocado que

el Registro Público genere una serie de reglamentaciones, que han establecido parámetros específicos en el desarrollo de sus funciones.

En cuanto a la jurisprudencia consideramos es una buena fuente que puede ser un referente al momento de mejorar las normativas registrales.

Debemos recalcar la importancia de crear un ente administrativo o académico, que tenga como función primordial el estudio sistematizado y pormenorizado de esta rama del derecho, que tanto ayuda al desenvolvimiento económico de nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA

LEYES CONSULTADAS

1. Álvarez, José. Derecho Inmobiliario Registral. Lima, Perú. Juristas Editores E.I.R.L. 2010.
2. González, Gunther. Introducción al Derecho Registral y Notarial. Lima, Perú. Juristas Editores E.I.R.L. 2008.
3. Pérez, Bernardo. Derecho Registral. México. Editorial Porrúa. 2007.
4. Tartieré, Gabriel De Reina. Principios Registrales. Buenos Aires, Argentina. Editorial Heliasta, S.R.L. 2009.
5. Van Eps, Dr. Juan. Registro Público de Panamá. Panamá, Panamá. Editorial Sibauste, S.A. 2013.
6. Código Civil de la República de Panamá. Panamá: Sistema Jurídicos S.A. 2015.
7. Código Agrario de la República de Panamá. Panamá: Editorial Mizrachi & Pujol, S.A. 2015.
8. Código Judicial de la República de Panamá. Panamá: Sistema Jurídicos S.A. 2016.
9. Código Electoral de la República de Panamá. Panamá: Tribunal Electoral. 2017.
10. Vergara, Ada. Régimen Jurídico de la Descentralización en Panamá. Impresiones Carpal. 2018.
11. Registro Judicial. Marzo de 2015.
12. Registro Judicial. Agosto de 2019.
13. Registro Judicial. Septiembre de 2019.
14. Registro Judicial. Octubre de 2019.
15. Base de datos del sistema Infojurídica, S.A. de la Procuraduría de la Administración de la República de Panamá.

Mgtr. Joaquín Agustín Solís Sánchez

Es Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas, por la Universidad de Panamá. Posee una Maestría en Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, por el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica; y, una Maestría en Derecho Registral, Inmobiliario y Notarial, por la Universidad Latina de Panamá. Cuenta con diplomados en Gestión de Riesgo Financiero, por la Facultad de Economía de la Universidad de Panamá; Sistema Penal Acusatorio, por la Universidad Latina de Panamá; Derecho Administrativo y Procesal, por la Universidad Latina de Panamá; Derecho Registral, por la Universidad Metropolitana de Educación, Ciencia y Tecnología. Es miembro del Instituto Colombo – Panameño de Derecho Procesal.

Ha trabajado en entidades estatales como Caja de Seguro Social en la Dirección Ejecutiva de Legal y Justicia como Coordinador de Asistentes Legales, Asesor Legal en el Área de Bienes Raíces y Asesor Legal en la Dirección Ejecutiva de Legal; Registro Público de Panamá donde laboró como asesor legal y Jefe de los Departamentos de Certificación; y, en el de Inmuebles del Registro Público de Panamá. En el Municipio de Panamá ejerció como Subdirector de la Dirección de Legal y Justicia.

Actualmente es Abogado Independiente.

INSTRUCCIONES A

LOS AUTORES

La recepción de los escritos es abierta durante todo el año para que los autores presenten sus trabajos.

Solo se aceptarán documentos originales, inéditos y vinculados a los temas jurídicos.

Recibir un documento no presupone que haya sido aceptado.

El documento no debe haber sido publicado ni en medios impresos ni digitales, total ni parcialmente; deben ser originales y contener doctrina, jurisprudencia y derecho comparado. El desarrollo de temas técnicos debe contemplar rigor científico.

En documentos aparte, los autores deben enviar un resumen de su hoja de vida de 10 líneas de extensión en formato Word, al correo sapientia@organojudicial.gob.pa.

Los escritos deberán presentar las siguientes estructuras:

- ✓ **Título:** Debe ser conciso. Máximo 18 palabras, evitar el uso de abreviaturas, siglas y palabras innecesarias.
- ✓ **Autor(es):** Destacar si es autoría múltiple o individual. El Nombre(s) completo preferible el que se utiliza oficialmente. Especificar cargo, departamento, afiliación institucional y correo electrónico.
- ✓ **Resumen:** En español e inglés de 100-200 debe estar estructurado y contener cuatro elementos: **motivación** ¿Por qué es importante? **Problema** ¿Cuál es el problema? **resultados** ¿Cuál es la respuesta al problema? Y **conclusiones** ¿Cuáles son las implicaciones de dicha respuesta?
- ✓ **Palabras clave:** En español e inglés 3 a 5 palabras relacionadas con el manuscrito. El autor debe incluir traducción al inglés del resumen (abstract) y de palabras clave (keywords)
- ✓ **Introducción:** Debe ubicar al lector en el contexto del estudio y establecer el objetivo, los antecedentes y la importancia del trabajo.
- ✓ **Resultados, análisis y/o discusión:** Se presentan los datos recopilados en secuencia lógica y concreta y su respectivo análisis. Se puede incluir tablas, gráficas y figuras (aplica para investigaciones).

- ✓ **Conclusiones:** Directa, clara y objetiva. Respuesta a objetivos planteados.
- ✓ **Referencias bibliográficas:** Según el Manual de Publicación de la Asociación Americana de Psicología (APA 6) completas al final del artículo. Deben aparecer todas las citas referentes en el texto.
- ✓ Debe cumplir las reglas de gramática, ortografía y sintaxis.
- ✓ El ensayo debe tener de 8 a 20 páginas, el interlineado doble espacio, letra tamaño de fuente 12, tipo Times New Roman, hoja 8 y 1/ 2 por 11, tamaño carta y formato Word.

Proceso de selección:

Todo documento que se recibe debe pasar por una revisión preliminar por los editores de la revista; en la cual se establece si cumple con los requisitos mínimos de publicación, como temática, extensión, originalidad y estructura.

La originalidad, será verificada por la plataforma Blackboard y su herramienta SaeAssign. Una vez aprobados, pasarán al Consejo Editorial quien evaluará los contenidos, con el fin de buscar objetividad en el análisis.



El resultado de la evaluación que puede ser:

- **Aceptación.** El artículo será publicado sin modificaciones sustanciales.
- **Aceptación condicionada.** Se indicará las recomendaciones del Consejo Editorial al autor quien debe atenderlas para que su escrito sea publicado.
- **Rechazado** (Inapelable)

Una vez revisado y evaluado, el documento es devuelto al autor quien tendrá 10 días hábiles, para realizar los ajustes sugeridos.

Después de la verificación, si el documento es aceptado, el Comité Editorial y la Editora aprobarán e informarán la fecha de su publicación, a los autores.

Importante

Los escritos deberán acompañarse de una carta dirigida al Consejo Editorial firmada por los autores, donde se declare su originalidad.