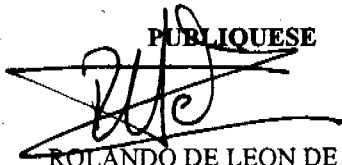


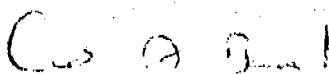
Fundamento Legal: Artículo 10 del Decreto Ley No.1 de 8 de julio de 1999; Artículo 3 del Acuerdo No.6-2000 de 19 de mayo de 2000.

Dada en la ciudad de Panamá, a los seis (6) días del mes de febrero del año dos mil seis (2006).

PUBLIQUESE



ROLANDO DE LEON DE ALBA
Comisionado Presidente



CARLOS A. BARSALLO P.
Comisionado Vicepresidente



YOLANDA G. REAL S.
Comisionada, a.i.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
RESOLUCION DEL PLENO
(De 7 de octubre de 2005)**

PANAMA, SIETE (07) DE OCTUBRE DE DOS MIL CINCO (2005).

VISTOS:

La firma forense MORENO Y FÁBREGA, en su propio nombre, ha presentado demanda de inconstitucionalidad ante el Pleno de la Corte Suprema de Justicia.

NORMA QUE SE ACUSA COMO INCONSTITUCIONAL

La demandante pide que se declare inconstitucional el artículo 36 del Decreto-Ley número 5 de 8 de julio de 1999 "Por el cual se establece el régimen general de arbitraje, la conciliación y la mediación". La norma acusada dispone lo siguiente:

"Artículo 36.- Si el arbitraje es comercial internacional de conformidad con el presente Decreto-Ley, las partes podrán pactar, o el reglamento de arbitraje establecer, la renuncia al recurso de anulación prevista (sic) en el artículo anterior."

DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES QUE SE ESTIMAN INFRINGIDAS

Y CONCEPTO DE LA INFRACCIÓN

Las disposiciones constitucionales que se estiman infringidas son los artículos 19 y 32 de la Constitución Política de la República.

El artículo 19 constitucional señala:

"Artículo 19.- No habrá fueros o privilegios ni discriminación por razón de raza, nacimiento, discapacidad, clase social, sexo, religión o ideas políticas."

La demandante alega que el artículo 36 del Decreto-Ley número 5 de 8 de julio de 1999 infringe la aludida disposición constitucional porque permite restricciones que limitan el acceso a los tribunales ordinarios de justicia a una categoría de ciudadanos, a saber, los que sean parte en un proceso arbitral comercial internacional, en tanto que deja abierto tal acceso a las personas que son parte de otras clases de procesos arbitrales. Agrega que la exclusión del beneficio de tutela judicial efectiva a través de la renuncia por anticipado del recurso de anulación crea una situación violatoria del principio constitucional que prohíbe los fueros y privilegios, porque crea una situación discriminatoria en perjuicio de quienes ostentan la calidad de parte en procesos arbitrajes comerciales internacionales.

La demanda señala también como infringido el artículo 32 constitucional. En cuanto a esta norma, es preciso dejar consignado que el 15 de noviembre de 2004, después de presentada la demanda de Inconstitucionalidad, y encontrándose la presente causa constitucional en estado de resolver, entró en vigencia el Acto Legislativo No. 1 de 27 de julio de 2004 adoptado por la Asamblea Legislativa, por el cual se reformó la Constitución.

Entre las disposiciones que fueron objeto de modificación se encuentra el artículo 32 constitucional, razón por la cual se hace necesario transcribir su texto original y el texto resultante de la reforma.

En la versión anteriormente vigente, el tenor literal de la citada disposición era el siguiente:

"Artículo 32.- Nadie será juzgado sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, ni más de una vez por la misma causa penal, policiva o disciplinaria."

A raíz de la reforma constitucional de 2004, esta disposición quedó con el texto siguiente:

"Artículo 32.- Nadie será juzgado, sino por autoridad competente y conforme a los trámites legales, y no más de una vez por la misma causa penal, administrativa, policiva o disciplinaria."

Como se aprecia, el cambio consistió en adicionar la prohibición del doble juzgamiento por una misma causa administrativa, dejando expresamente indicado un aspecto que ya la doctrina y la jurisprudencia habían sentado.

La demandante sostiene que el artículo 36 del Decreto-Ley número 5 de 8 de julio de 1999 atenta directamente contra la norma constitucional citada, porque permite que las partes en un arbitraje comercial internacional renuncien anticipadamente al recurso de anulación y que un reglamento de arbitraje establezca tal renuncia. Indica que esta renuncia anticipada limita la potestad del Estado de revisar y controlar las decisiones que emitan los tribunales arbitrales, los que, al emitir un laudo, pueden transgredir el orden público panameño, apuntando que los laudos que se dicten en procesos arbitrales de naturaleza comercial internacional deben respetar el orden público panameño. Explica también que la principal forma que tiene el Estado para controlar que no se quebrante el orden público panameño es permitir al vencido en un proceso arbitral comercial internacional el acceso a los tribunales en busca de tutela judicial, haciendo uso del recurso de anulación.

OPINIÓN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Habiendo sido admitida la demanda, ésta fue corrida en traslado al Procurador General de la Nación, quien emitió Vista expresando su opinión de que el aludido artículo 36 del Decreto-Ley número 5 de 8 de julio de 1999 no es contrario a la Constitución.

Respecto de la infracción del artículo 19 constitucional, manifiesta el Procurador General que los argumentos vertidos por la demandante como concepto de la violación no logran establecer en forma clara y contundente la supuesta violación.

En lo que concierne a la infracción del artículo 32 constitucional, el Procurador General alega -haciendo un parangón con el artículo 1744 del Código Judicial que contempla la renuncia en un contrato de hipoteca a los trámites del proceso ejecutivo- que la norma legal acusada no impone a las partes en los procesos arbitrales de naturaleza comercial internacional la renuncia anticipada al recurso de anulación sino una opción, señalando que en este caso la renuncia es una opción de no impugnación.

FASE DE ALEGATOS

Conforme al trámite legal, se fijó en lista esta causa haciéndose la publicación del edicto por tres días en un periódico de circulación nacional. Dentro del término resultante para alegar, únicamente la demandante se hizo escuchar por este tribunal constitucional.

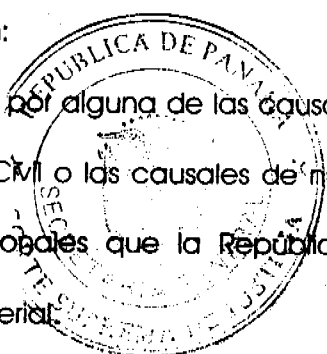
DECISIÓN DEL PLENO

La norma legal cuya declaratoria de inconstitucionalidad se pide, esto es, el artículo 36 del Decreto-Ley número 5 de 8 de julio de 1999, introduce la renuncia anticipada del recurso de anulación contra los laudos que se emitan en los arbitrajes comerciales internacionales.

Esta renuncia anticipada, conforme a la norma citada, puede producirse de dos maneras:

- a. Que las partes en un contrato comercial internacional con cláusula compromisoria estipulen directamente que renuncian a ejercitar su derecho a hacer uso del recurso de anulación contra el laudo que se emita en caso de que una disputa entre ellas se lleve a arbitraje.
- b. Que el reglamento de arbitraje de una institución arbitral a cuya aplicación se sometan las partes en el convenio arbitral establezca el entendimiento de que al aceptar tal aplicación las partes renuncian al recurso de anulación.

La legislación arbitral panameña potencia la efectividad del arbitraje dotando de gran eficacia a la decisión de los árbitros o arbitradores, al no permitir la revisión abierta de los laudos arbitrales. Conforme a esta filosofía, la posibilidad de impugnación contra los laudos arbitrales emitidos en procesos arbitrales, tanto internos como internacionales, se limita al recurso de anulación ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, que solamente puede ejercitarse en supuestos de excepción taxativamente previstos en la misma Ley. Estas causas son:

- 
- a. Que el convenio arbitral esté viciado por alguna de las causas de nulidad consagradas en el Código Civil o las causales de nulidad previstas en los convenios internacionales que la República de Panamá haya ratificado sobre la materia.
 - b. Que la constitución del tribunal arbitral, el desarrollo del procedimiento arbitral o la emisión del laudo no se hayan ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o a lo establecido en el Decreto-Ley 5 de 1999.
 - c. Que una de las partes no haya sido notificada en debida forma de la iniciación del arbitraje o de cualquier trámite del procedimiento arbitral.
 - d. Que el laudo se refiera a una controversia no prevista en el convenio arbitral.
 - e. Que el laudo contenga decisiones que exceden del ámbito o alcance del arbitraje.
 - f. Que el laudo se hubiere obtenido en virtud de violencia, cohecho o prevaricato.
 - g. Que el objeto de la controversia no es materia arbitrable conforme a la ley panameña.
 - h. Que el laudo es contrario al orden público panameño.

La norma legal que se acusa de inconstitucional introduce para los arbitrajes comerciales internacionales la figura de la *renuncia anticipada* al recurso de anulación, haciendo irrecurrible *a priori* y por tanto blindando cualquier futuro laudo arbitral, lo cual supone darle por estipulación entre las partes en el contrato subyacente un carácter de definitividad que la Ley no le atribuye.

Con base en el marco anterior, corresponde a este Pleno determinar si, por razón de su contenido, el artículo 36 del Decreto-Ley número 5 de 8 de julio de 1999 es o no contrario a la normativa constitucional del Estado panameño.

Al confrontar la norma legal atacada con el artículo 19 de la Constitución, este tribunal constitucional no encuentra en modo alguno que se produzca infracción de la norma constitucional, porque de aquella no surge en forma alguna un fuero o privilegio personal ni discriminación de ninguna clase, por razón de raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas.

La igualdad ante la Ley, que es el valor jurídico tutelado por el artículo 19 de la Constitución, no es un concepto absoluto que pueda ser esgrimido para sustentar una pretensión de uniformidad en todas los regímenes de vida, lo cual es algo imposible.

Como valor y aspiración que forma parte del programa ideológico de la Constitución panameña, la igualdad tiene como ámbito concreto el derecho de todas las personas a una plena participación en la vida social, cultural, política y religiosa de la Nación, sin restricciones irrazonables que impidan o restrinjan tal participación. Es en este marco jurídico que debe examinarse y determinarse si un determinado instrumento legal o acto crea un fuero o privilegio personal o resulta en discriminación, por razón de raza, nacimiento, clase social, sexo, religión o ideas políticas.

Por tanto, el Pleno concluye que el artículo 36 del Decreto-Ley número 5 de 8 de julio de 1999 no conculca el artículo 19 constitucional.

Distinta es la situación que resulta al examinar la norma legal censurada bajo el prisma del artículo 32 constitucional, que consagra el principio del debido proceso.

El derecho a hacer uso de los recursos instituidos por la Ley para impugnar una

decisión judicial o laudo arbitral integra la garantía del debido proceso y por ende constituye un derecho fundamental que goza de protección constitucional. Como institución fundamental del sistema jurídico panameño, el debido proceso tiene entre sus principales manifestaciones la tutela del derecho de defensa para quienes intervengan como partes en cualquier proceso, ya sea que se ventilen ante tribunales de justicia o ante tribunales arbitrales. A su vez, este derecho de defensa supone que las partes contendientes puedan utilizar todos los recursos que la Ley pone a su alcance para impugnar una decisión que les sea adversa.

El derecho a interponer un recurso que la Ley pone al alcance de las partes en un determinado supuesto es irrenunciable por anticipado. La disposición que consagra el derecho a un recurso para un supuesto dado tiene carácter imperativo y es por tanto una norma de *ius cogens*. Por ello, por su propia naturaleza jurídica, el derecho a hacer uso de un recurso que la Ley concede es materia indisponible, que no puede ser objeto de pacto entre las partes. De esto se sigue, como consecuencia necesaria, que una norma con jerarquía legal que permita a las partes renunciar anticipadamente y en abstracto al ejercicio de un medio de impugnación es contraria a la garantía fundamental del debido proceso.

Una situación enteramente distinta es que, una vez emitida una decisión judicial o un laudo arbitral, la parte a quien afecte o pueda afectar negativamente el pronunciamiento no ejercite su derecho a recurrir, y deje precluir el término correspondiente. En este caso, hay una aceptación tácita por la parte de la decisión judicial o laudo arbitral, resultante de la determinación de no hacer uso del derecho a recurrir, en una situación concreta que le permitía actuar impugnando la decisión judicial o el laudo ya emitido (y por tanto de contenido conocido), pero no de una renuncia emitida anticipadamente y en abstracto.

Para que la renuncia expresa o tácita a impugnar una decisión judicial o laudo arbitral sea válida, y por tanto respete el marco del debido proceso, resulta indispensable que la parte que hace tal dejación sepa y entienda cabalmente a qué renuncia en

concreto. Cuando en un convenio arbitral que accede a un contrato comercial internacional, las partes pactan expresamente la renuncia al único medio de impugnación que la Ley pone a su alcance, que es el recurso de anulación, o aceptan un reglamento de una institución arbitral que establece tal renuncia, no saben en concreto a qué están renunciando, y esto conculca el derecho de defensa y por ende el debido proceso. En cambio, emitida la decisión judicial o el laudo arbitral, las partes ya están en capacidad de establecer si el pronunciamiento conlleva algún agravio y en caso afirmativo en qué consiste y cuál es el alcance y cuáles son las consecuencias de dicho agravio, por lo cual, si la parte agraviada opta por no ejercitar su derecho a impugnar, el pleno entendimiento de esa decisión que se toma dentro del proceso determina que la opción así escogida sea conforme al debido proceso.

También distinto es el supuesto contemplado en el artículo 1744 del Código Judicial, sobre el pacto en un contrato de hipoteca por el cual el deudor renuncia a los trámites del proceso ejecutivo. En este supuesto, las partes escogen, de entre dos posibilidades que les otorga la Ley (siendo la otra el juzgamiento mediante los trámites del proceso ejecutivo común), un régimen de juzgamiento con tramitación expedita, sin incidentes, en el cual la impugnación debe consistir en la excepción de pago y la excepción de prescripción, lo cual garantiza el derecho de defensa, y por tanto observa el principio del debido proceso. A diferencia del artículo 36 del Decreto-Ley número 5 de 8 de julio de 1999, que permite a las partes en un contrato comercial internacional pactar entre ellas que el laudo arbitral tendrá la condición de irrecurable, el artículo 1744 del Código Judicial no conlleva una dejación del derecho de defensa, en cuanto permite al ejecutado discutir el mandamiento de pago librado en su contra, excepcionando el pago de la obligación o bien la prescripción de la acción, en ambos casos con la posibilidad real de enervar la pretensión ejecutiva deducida en su contra.

La falta de conformidad del artículo 36 del Decreto-Ley número 5 de 8 de julio de 1999 con la normativa constitucional radica en que instituye un mecanismo para hacer irrecurable y por tanto definitivo, en abstracto, un laudo arbitral aún no pronunciado.

haciendo nugatorio el único medio de impugnación que la Ley pone al alcance de las partes, con carácter excepcional, para obtener la reparación de agravios en extremo graves, que escapen al marco normal de la decisión de fondo de un tribunal arbitral. En efecto, la conculcación del orden público panameño, la no arbitrabilidad del objeto del proceso arbitral, la nulidad del convenio arbitral, la indebida constitución del tribunal arbitral, el desarrollo del arbitraje o la emisión del laudo en contravención de lo pactado, la falta de notificación o indebida notificación de una de las partes, el pronunciamiento en el laudo sobre una cuestión no contenida en el convenio arbitral, y la emisión del laudo con violencia, cohecho o prevaricato, son todas patologías jurídicas sumamente graves, respecto de las cuales el principio del debido proceso no permite admitir una homologación por anticipado y en abstracto, mediante una renuncia *a priori* al único medio de impugnación que la Ley instituye para reparar los agravios resultantes. El respeto al debido proceso impone la proscripción del estado de indefensión que produce un laudo arbitral así viciado a la parte contra la cual se ha pronunciado.

El Pleno concluye, por tanto, que el artículo 36 del Decreto-Ley número 5 de 8 de julio de 1999 contraviene el artículo 32 de la Constitución Política de la República.

PARTE RESOLUTIVA

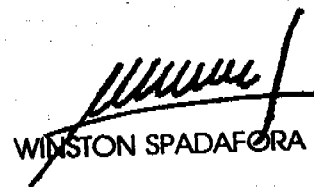
En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Pleno, actuando como contralor de la constitucionalidad, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara que ES INCONSTITUCIONAL el artículo 36 del Decreto-Ley número 5 de 8 de julio de 1999.

NOTIFÍQUESE.

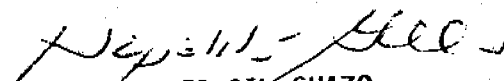


JORGE FEDERICO LEE

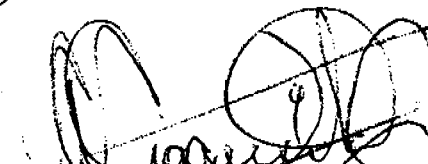

ANIBAL SALAS CESPEDES

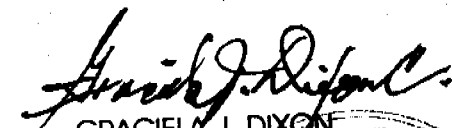

WINSTON SPADAFORA FRANCO

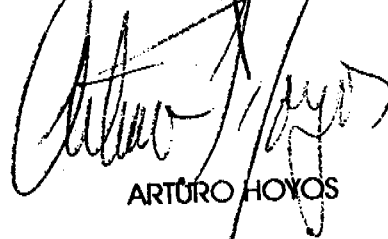

JOSE A. TROYANO
(CON SALVAMENTO DE VOTO)

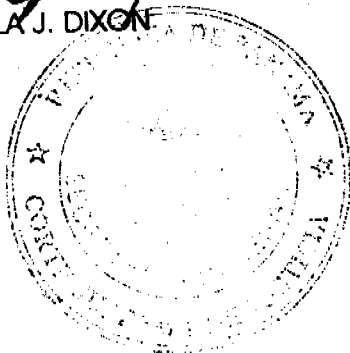

HIPOLITO GIL SUAZO

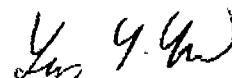

ESMERALDA AROSEMENA DE TROITIÑO


ALBERTO CIGARRÚSTA CORTEZ


GRACIELA J. DIXON


ARTURO HOYOS




YANIXSA Y. YUEN
SECRETARIA GENERAL

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ A. TROYANO

Respetuosamente, manifiesto mi salvamento de voto con relación a la decisión mayoritaria adoptada por el Pleno de esta Corporación de Justicia, que resuelve la demanda de inconstitucionalidad presentada por la firma forense Moreno y Fábrega, en su propio nombre, contra el artículo 36 del Decreto-Ley N° 5 de 8 de julio de 1999, "Por el cual se establece el régimen general de Arbitraje, de la Conciliación y de la Mediación".

La norma que se declara inconstitucional, establece que en caso de arbitraje internacional, las partes pueden pactar, o el reglamento de arbitraje establecer, la renuncia al recurso de anulación previsto en el artículo anterior, es decir, el artículo 5, único medio impugnativo ejercitable contra el laudo arbitral cuando alguna de las partes discrepe del mismo, ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia.



Pese a concordar con el fallo mayoritario respecto a que la norma impugnada no viola el artículo 19 de la Carta Magna, discrepo del criterio de que sí viola el artículo 32 ibídem, por las siguientes razones.

En cuanto a la citada transgresión, la decisión final de esta Colegiatura sostiene que "El derecho a interponer un recurso que la Ley pone al alcance de las partes en un determinado supuesto es irrenunciable por anticipado"; que la norma que establece el derecho a un recurso para un supuesto dado, tiene carácter imperativo y es una norma *ius cogens*; que por su naturaleza jurídica el derecho a utilizar un recurso concedido por la ley es indisponible, no puede ser objeto de pacto por las partes, lo que implica necesariamente que una norma de jerarquía legal que permita a las partes renunciar por adelantado y en abstracto a ejercitar un medio impugnativo, es contrario a la garantía del debido proceso.

En cuanto a que los recursos que establece la ley en ciertos supuestos son irrenunciables por anticipado, considero que ese principio

rige, parcialmente en la jurisdicción ordinaria (no arbitral), la cual tiene establecidas reglas bien definidas, plasmadas en los diferentes Códigos; empero, la jurisdicción arbitral no puede regirse por los mismos parámetros de las otras jurisdicciones, excepto lo que el mismo Decreto y su procedimiento disponga, porque ello la desnaturalizaría.

En efecto, la norma impugnada (artículo 36 del Decreto-Ley 5 de 1999) establece que (solo) en caso de arbitraje comercial internacional, las partes "podrán" renunciar anticipadamente al recurso de anulación; como señalé en el proyecto original bajo mi ponencia, esa renuncia es voluntaria y pactada (autonomía de la voluntad de las partes), y no obligatoria, pudiendo optar las partes por someterse a la posibilidad de interponer recurso de anulación ante la Sala de Negocios Generales de esta Corporación de Justicia, sino acuerdan tal renuncia; por ello no se viola el debido proceso.

Además, hay que considerar que la norma obedece a la naturaleza del comercio internacional, que utiliza la institución del arbitraje para resolver sus conflictos, precisamente por ser un mecanismo más expedito y flexible que el de las jurisdicciones comunes nacionales, características necesarias para el libre desarrollo de los negocios internacionales, y en consecuencia del comercio y la economía, máxime en este mundo globalizado en que vivimos.

En cuanto a que las normas que establecen los recursos tienen carácter imperativo y son de naturaleza *ius cogens*, considero oportuno

traer a colación la definición que, sobre el *ius cogens*, recoge el Diccionario Espasa Jurídico, que define dicha figura así:

"ius cogens. (D.Int.) Con esta expresión se designa al Derecho impositivo o taxativo que o puede ser excluido por la voluntad de los obligados a cumplirlo, por contraposición al Derecho dispositivo o supletivo, el cual puede ser sustituido o excluido por la voluntad de los sujetos a los que se dirige.

La noción, para el Derecho internacional, ... actualmente equivale a 'Derecho necesario' o derecho que necesariamente han de cumplir los Estados, sin que puedan modificarlo por su voluntad. La discusión sobre la existencia de normas de esta naturaleza en el campo internacional saltó del planteamiento doctrinal al ordenamiento jurídico positivo con la Convención de Viena sobre los tratados en 1969, en cuyo artículo 53, fundamentalmente, se recogió la existencia de tales normas en cuanto se declaró que 'es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de Derecho internacional general', teniendo tal carácter 'unas norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de los Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario, y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter'. ("DICCIONARIO ESPASA Jurídico, Edit. Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1991, págs. 547-548) (Subraya propia)

Del concepto expuesto, se desprende con claridad meridiana que el *ius cogens* se refiere a la naturaleza obligatoria de normas imperativas "del Derecho Internacional", y no del derecho interno de los Estados.

En otras palabras, el término *ius cogens* no alude a la imperatividad de normas internas de los Estados, sino de normas internacionales, razón por la que considero que el concepto no es de aplicación en este caso.

En cuanto al razonamiento de que, por su naturaleza jurídica, el derecho a utilizar un recurso concedido por la ley es indisponible y no puede ser objeto de pacto por las partes, considero que el mismo no se

aplica de manera absoluta al proceso de justicia privada (civil y arbitral); que se rige por el principio de autonomía de la voluntad de las partes, al pactar el procedimiento para el arbitraje, o al aceptar el Tribunal arbitral, ni a renunciar o no, al medio impugnativo que la misma Ley de arbitraje les concede; considero que, precisamente, es esta autonomía de la voluntad de las partes, que es la esencia del proceso de arbitraje, la que permite la disponibilidad del recurso de anulación.

Además, considero que mientras no se presente el recurso de anulación conforme al procedimiento indicado en el Decreto Ley Nº 5 de 8 de julio de 1999, no se activa la jurisdicción ordinaria, por lo que la misma no tiene injerencia en el proceso arbitral, pudiendo pactar las partes voluntariamente, la no utilización del mencionado recurso.

En otro orden de cosas, también indica la decisión que, para que la renuncia expresa o tácita para impugnar una decisión o laudo arbitral sea válida, y se respete el debido proceso, "resulta indispensable que la parte que hace tal dejación sepa y entienda cabalmente a qué renuncia en concreto."

Que "Cuando en un convenio arbitral que accede a un contrato comercial internacional, las partes pactan expresamente la renuncia al único medio de impugnación que la Ley pone a su alcance, que es el recurso de anulación, o aceptan un reglamento de una institución arbitral que establece tal renuncia, **no saben en concreto a qué están renunciando**, y esto conculca el derecho de defensa y por ende el debido proceso."(Negrilla propia)

No me parece jurídico ese razonamiento, toda vez que cuando las partes deciden ir a arbitraje, tienen que ser notificadas de la Ley y del procedimiento que va a regir ese mecanismo de dilucidación de su conflicto, por lo que no puede iniciarse el procedimiento sin que las partes conozcan sus deberes y derechos inherentes al proceso arbitral, por lo que las partes saben y entienden cabalmente a qué renuncian, aparte de que generalmente, al proceso arbitral se recurre asistido por profesionales del derecho.

En cuanto a que las partes que se van a someter a un arbitraje comercial internacional, al renunciar al único medio impugnativo disponible, o al aceptar un reglamento de arbitraje que contempla esa posibilidad "no saben en concreto a qué están renunciando", tengo que discrepar frontalmente de tal aseveración, porque no puedo imaginar que dos comerciantes internacionales, que son los que se van a someter al proceso de arbitraje comercial internacional al que se aplica esta norma, y que deben tener experiencia en el campo del comercio internacional, no sepan en concreto a qué están renunciando, lo que considero una conjetura, sin respaldo jurídico.

Señala la decisión que también es distinto el supuesto establecido en el artículo 1744 del Código Judicial, atinente a la renuncia de trámites pactada por las partes para el proceso ejecutivo hipotecario, en el que (dice el fallo) las partes escogen entre un régimen de juzgamiento expedito, sin incidentes, en que solo caben las excepciones de pago y prescripción, las cuales (en opinión de la mayoría) garantizan el derecho

de defensa, y el procedimiento ejecutivo común, y que no implica el abandono del derecho de defensa, lo que sí ocurre al ejecutarse el artículo 36 del Decreto-Ley 5 de 8 de julio de 1999.

Discrepo de la anterior aseveración por cuanto que en ambas situaciones, es obvio, estamos frente a la renuncia de derechos ejercitables en el ejercicio de la Tutela Judicial efectiva.

Sobre el particular, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de fecha 30 de julio de 1991, hace referencia a que existen precedentes relacionados con el artículo 1323 del Código Judicial derogado, el cual es el antecedente inmediato del artículo 1768, actualmente artículo 1744 del Código Judicial; señalando en tal sentido que mediante sentencia de 10 de febrero de 1972, esta Corporación de Justicia, dejó sentado lo siguiente:

"Como lo anota con toda razón la firma forense Fábrega del Chase Manhattan Bank, S.A. sucursal de Chitré, del Banco Exterior y de la Compañía Nacional de Ahorros y Préstamos 'un repaso del articulado de nuestra Carta Fundamental pone a las claras que no existe artículo alguno que se refiera o aluda a la materia procesal civil de que se ocupa el artículo 1323 del Código Judicial. Este hecho, por lo demás encuentra clara explicación en dos realidades, una, el carácter liberal de nuestro estatuto fundamental que, en materia civil, descansa en el reconocimiento implícito de la autonomía de la voluntad, otra, en el carácter general de las normas constitucionales, las cuales impedían llegar al casuismo de proveer situaciones tan particulares como las entrañadas en el artículo 1323 del Código Judicial.' Esta razón sería bastante. Más, para abundar, podría agregarse que no ofrece duda que lo establecido en el artículo 1323 del Código Judicial no le impone a nadie que renuncie a los trámites del juicio ejecutivo. No se necesita un gran esfuerzo para deducir que el citado artículo del Código Judicial impugnado sólo señala las peculiaridades del juicio hipotecario con renuncia de

los trámites del juicio ejecutivo y además se desprende claramente que el deudor no está legalmente obligado a contratar un préstamo hipotecario renunciando a los trámites del juicio ejecutivo."

Como podemos observar, esta jurisprudencia es categórica al señalar que el artículo analizado no impone a las partes del antes mencionado proceso que renuncien a los trámites del juicio ejecutivo hipotecario, más bien, es una opción que le concede a las partes dentro de este tipo de proceso, tal y como ocurre con el artículo 36 objeto de la presente acción de inconstitucionalidad.

En igual forma, estimo conveniente traer a colación, a manera de ejemplo, el procedimiento especial al que se acogen las partes al interpone un recurso de Casación, y el cual está contemplado en el artículo 1165 del Código Judicial, que dice:

"1165. (1150) Procede igualmente el Recurso de Casación contra las sentencias o autos proferidos en primera instancia por los Jueces de Circuito, cuando las partes estén de acuerdo en prescindir de la segunda instancia y así lo manifiesten en escrito dentro del término de su ejecutoria, siempre que el asunto sea de aquéllos que admiten el recurso conforme a los artículos 1163 y 1164. ..." (lo resaltado es propio)

De la norma transcrita se desprende que las partes pueden acordar omitir el recurso de apelación para ir directamente al recuso de casación, procedimiento conocido doctrinalmente como casación "per saltum", coadyuvando al principio de Economía Procesal, sin que dicho acuerdo y renuncia afecte el debido proceso.

Al respecto, el Pleno de la Corte, a través de la sentencia fechada 10 de mayo de 1996, consideró que la casación "per saltum" no es

violatoria del debido proceso, sentenciando lo que a continuación se transcribe:

"Tal como se observa, el Código Judicial señala un trámite ordinario para el recurso de casación en general, pero, tratándose de la llamada casación 'per saltum', consagra un procedimiento especial al que se acogen las partes por su expresa y voluntaria decisión. A juicio del Pleno de la Corte, la frase acusada no infringe el principio del debido proceso consagrado en el artículo 32 de la Constitución Política, porque cuando las partes se cogen al trámite previsto en el artículo 1150 ibídem, lo hacen bajo la premisa de que en la formalización del recurso de casación no podrán alegarse causales de forma. De esta manera, si las partes pretenden fundamentar su recurso en alguna de las causales contempladas en el artículo 1155 del Código Judicial, deben utilizar el trámite ordinario o normal que dicho cuerpo legal contempla para este tipo de recursos.

Cabe agregar, que el procedimiento que consagra el artículo 1150 tiene un carácter netamente optativo; es una facultad que la ley confiere a la partes en aras de la economía procesal, quienes están en condiciones de decidir si se acogen o no al mismo. Dicha norma no impone al demandante o demandado ningún trámite, sino que, por el contrario, cuando éstos deciden prescindir de la segunda instancia por medio de la casación 'per saltum', están renunciando voluntariamente al trámite regular de la casación y se someten por sí mismos a la tramitación expedita que consagra la norma en cita, dentro de la cual está la imposibilidad de alegar causales de forma.

Finalmente, debe tenerse presente que la casación 'per saltum' obedece al principio de economía procesal que, precisamente, está contemplado en el artículo 212 de la Carta Fundamental. Pretender fundamentar la casación 'per saltum' en causales de forma, obviando una segunda instancia, implica un verdadero contrasentido con respecto a la economía procesal que procuran las partes a través de esta especial tramitación de dicho recurso."

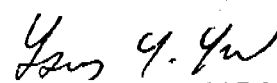
Para finalizar, debo indicar que cosa distinta sería el hecho de que el artículo 36 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, obligara o permitiera interponer el recurso de anulación sólo a una de la partes en

detrimento del derecho de defensa de la otra o prohibiese a una de ellas la utilización del referido recuso, lo que todas luces no es la intención o finalidad de la norma.

En consecuencia, estimo que el artículo 36 del Decreto Ley No. 5 de 8 de julio de 1999, demandado de inconstitucional mediante la presente acción, no vulnera nuestra Carta Magna en los artículos 19 y 32, ni en el resto de su articulado, por lo que considero que el mismo no debe ser declarado inconstitucional, pero dado que no es el criterio de la mayoría, plasmada en la sentencia, con todo respeto me veo compelido a salvar mi voto.

Fecha ut supra


MAGISTRADO JOSÉ A. TROYANO


YANIXSA Y. YUEN
SECRETARIA GENERAL

NOTA MARGINAL DE ADVERTENCIA

REGISTRO PÚBLICO: Panamá, catorce de febrero de dos mil seis.

De acuerdo al memorial presentado por el Licenciado JUAN RAMON SEVILLANOS CALLEJAS, el 30 de enero de 2006 ha solicitado Nota Marginal de Advertencia, en atención a las finca N° 254270, inscrita en el documento REDI 874123, código 8714, de la Sección de propiedad Provincia de Panamá.

Fundamenta su solicitud en atención a que la finca madre N° 15688, inscrita en el folio 224 del tomo 404 de la Sección de Propiedad Provincia de Panamá, de la cual sobreviene la finca finca N° 254270, de la provincia de Panamá, cuenta con una Nota Marginal de Advertencia, fechada 5 de diciembre de 2005, fundamentada en que la misma tenía restricciones de conformidad con los artículos 34 y 35 del Decreto N° 100 de 1935, actualmente regido por el Código Agrario.

De un nuevo estudio la Sección de Panamá 2, estableció que la Dirección Nacional de Reforma Agraria en el año de 1943 otorgó a Juan Cabrales, en calidad de título gratuito un lote de terreno de su finca 1473, con restricciones de ley claramente establecidas.