

LA DILIGENCIA EXHIBITORIA COMO ASEGURAMIENTO DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL PANAMEÑO



Hilario González Ariza
Abogado y Profesor Universitario, Panamá
gonzalez_abogado07@hotmail.com

Fecha de recepción: 09/10/2020

Fecha de revisión: 20/10/2020

Fecha de aceptación: 05/11/2020

RESUMEN

El aseguramiento de pruebas ha sido concebido en nuestro Código de Procedimiento como una medida de naturaleza precautoria, al conferirle a las partes la posibilidad de obtener pruebas a través de un mecanismo anticipado, que a la postre viene a ser una excepción a la regla contenida en el artículo 792 del Código Judicial, que propugna que las pruebas para ser apreciadas en un proceso requieren solicitarse practicarse o incorporarse al proceso dentro de los términos señalados. Decimos lo anterior porque el aseguramiento de pruebas como tal figura concebido dentro del título de pruebas, cuando realmente estamos frente a una medida de aseguramiento anticipada, la cual solo procede cuando cualquier persona desea o pretenda demandar o teme que pueda ser demandado, y siempre que exista el temor justificado de que eventualmente pueda faltar un medio de prueba, hacérsele difícil o impracticable su obtención en el momento oportuno. Cuando se piensa en solicitar la intervención del juzgador en un asunto específico nos figuramos que será por medio de una demanda o bien por la contestación de la misma, lo cual es una idea imperfecta o incompleta, pues también puede acudir al juzgador con la intención que colabore en aspectos que contribuirán a la preparación de un futuro proceso, a ese conjunto de actividades judiciales, donde el juez permite anticipadamente inspeccionar la cosa litigiosa o diversos elementos probatorios se le denomina como Diligencias Exhibitorias. Es indudable que las diligencias exhibitorias poseen una justificación cautelar de información previa, que trae consigo el periculum in mora, por ello, es conceptualizada por muchos autores como una medida cautelar.

Palabras clave: aseguramiento, pruebas, etapa probatoria, derecho a la prueba, peligro en la mora, daños y perjuicios, juez, debido proceso, medida precautoria, medida cautelar, temor.

EXHIBITORY DILIGENCE AS PROOF ASSURANCE IN THE PANAMANIAN CIVIL PROCESS

ABSTRACT

The assurance of evidence has been conceived in our Code of Procedure as a precautionary measure, by conferring on the parties the possibility of obtaining evidence through an anticipated mechanism, which ultimately becomes an exception to the rule contained in Article 792 of the Judicial Code, which proposes that the evidence to be appreciated in a process requires a request to be practiced or incorporated into the process within the indicated terms. We say the above because the assurance of evidence as such a figure conceived within the title of evidence, when we are really facing an anticipated assurance measure, which only proceeds when any person wishes or intends to sue or fears that they may be sued, and provided that there is a justified fear that eventually a means of proof may be lacking, making it difficult or impracticable to obtain it in a timely manner. When you think about requesting the intervention of the judge in a specific matter, we imagine that it will be through a claim or by answering it, which is an imperfect or incomplete idea, since you can also go to the judge with the intention that collaborate in aspects that will contribute to the preparation of a future process, to that set of judicial activities, where the judge allows in advance to inspect the litigious thing or various evidentiary elements, it is called Exhibit Proceedings. There is no doubt that the proceedings have a precautionary justification of prior information, which brings with it the periculum in mora, therefore, it is considered by many authors as a precautionary measure.

Keywords: assurance, evidence, evidentiary stage, right to evidence, danger in default, damages, judge, due process, precautionary measure, precautionary measure, fear.

EL ASEGURAMIENTO DE PRUEBAS EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL

Tal como se mencionara previamente, el aseguramiento de pruebas ha sido establecido en el Código Judicial Panameño como una disposición de carácter precautoria, al conceder a las partes la oportunidad de conseguir pruebas a través de un mecanismo anticipado, que a la postre viene a ser una excepción a la regla contenida en el artículo 792 del Código Judicial, que propugna que las pruebas para ser apreciadas en un proceso requieren solicitarse practicarse o incorporarse al proceso dentro de los términos señalados.

Decimos lo anterior porque el aseguramiento de pruebas como tal figura concebido dentro del título de pruebas, cuando realmente estamos frente a una medida de aseguramiento anticipada

y que es procedente cuando una persona pretenda demandar o tema ser demandado y exista temor justificado de que eventualmente pueda faltar un medio de prueba, hacérsele difícil o impracticable su obtención en el momento oportuno.

En ese sentido, el artículo 815 del Código Judicial nos indica “Cuando una persona pretenda demandar o tema que se le demande y exista temor justificado de que eventualmente pueda faltarle un medio de prueba o hacérsele difícil o impracticable su obtención en el momento oportuno, puede solicitar al juez que se practique de inmediato cualquiera de las siguientes pruebas: ...”, de lo cual podemos extraer las siguientes premisas:

a) El solicitante de la medida tiene un interés de demandar o un temor de ser demandado

El aseguramiento anticipado de pruebas implica que en su adopción o surgimiento no está condicionado a la existencia de proceso alguno, ni su ejecución implica que se vaya a demandar efectivamente, ya que aun consiguiendo el soporte probatorio deduzca que no tiene una causa legítima para interponer una demanda.

Muchas veces este mecanismo asegurativo surge como consecuencia de que las relaciones creadas entre las personas, entiéndase naturales y jurídicas, que ante la posible necesidad de demandar la tutela de sus derechos requieren dar soporte probatorio a los hechos de su demanda y por ello se ha establecido que tanto demandante o quien pueda figurar como demandado acudan a la vía jurisdiccional correspondiente, que eventualmente sería competente para conocer el caso principal, donde serán aportadas las pruebas recabadas, para que sea esa autoridad o tribunal el que obligue al virtual demandado o a un tercero practicar el examen, inspección o archivos, reconstrucción e inclusive deposiciones que permitan al asegurante evaluar la probabilidad de éxito ante una eventual acción.

b) La existencia de un temor justificado

Siendo que el aseguramiento de pruebas en cierta medida implica una invasión a documentos o archivos de terceras personas se requiere de una justificación teórica que convenza al juez de que la medida es procedente o justificable su adopción para que la misma sea decretada y entre ellas está precisamente el que la parte sostenga que pueda faltarle el medio de prueba, es decir que ese bien objeto o documento pueda desaparecer o bien hacerse difícil o impracticable, como sucedería cuando se pretende dejar constancia de la existencia de un bien que será demolido, como lo sería las condiciones mecánicas de un vehículo que va a ser reparado o la recepción de un testimonio respecto a un testigo que se ausentara del país o de un testigo que tiene enfermedad terminal o que eventualmente se espera su muerte.

Esto nos lleva a decir que la naturaleza jurídica de las medidas de aseguramiento tiene una función cautelar, por cuanto de forma anticipada pretende garantizar la obtención de pruebas que le servirán tanto para defenderse, en caso de ser demandado o bien para dar soporte probatorio a su acción en caso de figurar como demandante.

Supongamos por un momento que una persona necesita presentar una demanda de rendición de cuenta en contra de su administrador o gerente del negocio, contra el cual pretende no solo conocer el status en sí del negocio, sino que pretender obtener una condena por una cantidad que bajo juramento estima se le debe. Este individuo no puede aventurarse a presentar una demanda motivada en la única razón de que no conoce el manejo de la empresa, sin antes haber recabado las pruebas necesarias que le permitan discernir que existen indicios de que le asiste justificadamente un motivo para demandar.

La única solución a su problema lo es plantear una diligencia de aseguramiento anticipado, para establecer primero que en efecto tiene razones fundadas para servirse de esta figura y provocar la obtención de pruebas asistido de la coerción que implica la adopción de una diligencia exhibitoria o una inspección judicial, y segundo porque siendo este proceso de naturaleza sumaria y especial no se puede presentar una demanda sin tener un soporte probatorio, a sabiendas que es esencia de estos procesos presentar las pruebas con la demanda.

El aseguramiento de pruebas es una herramienta de gran utilidad para subsanar las posibles deficiencias de obtención y práctica de pruebas, que un proceso ya entablado podría provocar, y nos estamos refiriendo a supuestos extraprocesales que vienen a constituir obstáculos en el desarrollo de una actividad probatoria prístina y expedita, sobre todo en aquellos casos que sabiendo el demandado lo que es el tema probandum de la causa, deja abierta la posibilidad de que el mismo haga desaparecer pruebas que están en su dominio y que llegado el momento de la práctica de pruebas las mismas no puedan ser incorporadas al expediente, sobre todo cuando el soporte documental figura recogido en archivos electrónicos, el cual se corre el riesgo de ser borrado de que el archivo se contamine por virus, que el disco duro sufra alguna avería o que el programa presente alguna obsolescencia que haga difícil su recuperación.

A este respecto el procesalista Joan Pico Junoy (2001), sostiene que “la anticipación de la prueba constituye uno de los aspectos más relevantes de la actividad probatoria, pues de nada sirve establecer una completa y exhaustiva regulación de la materia si la prueba no puede practicarse debido a que el transcurso del tiempo, ínsito en todo proceso, lo ha hecho desaparecer o se ha destruido el objeto de la misma. Su correcta regulación tiene una gran incidencia en la eficacia y

virtualidad real del derecho a la prueba, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución (art. 32 de la Constitución nuestra). Por este motivo el derecho procesal civil moderno se prevé ampliamente la posibilidad de anticipar la práctica de pruebas de cualquier medio probatorio (la probatio ad perpetuam rei memoriam) (p.p. 121-122)

Lo que tenemos claro es que este medio anticipado o asegurativo de pruebas no es un mecanismo supletorio del periodo de la práctica de pruebas que debe darse dentro de un proceso, puesto que la razón de su existencia obedece a situaciones muy particulares o especiales de la materia que será debatida que justifica la presencia de una práctica anticipada de la actividad probatoria. El uso de esta figura procesal no puede dejarse al antojo y discreción de las partes que lo utilizan ya que la misma exige como presupuesto la justificación de que dicho medio es la única vía para subsanar una eventual dificultad en la práctica de la prueba. Es por ello que la medida de aseguramiento de prueba se le exigen requisitos que son propios de las medidas cautelares como por ejemplo *periculum in mora*, *fumus bonis iure*.

1.1. FINALIDAD DEL ASEGURAMIENTO DE PRUEBA

El aseguramiento de la prueba tiene como finalidad garantizar la existencia de los objetos o estados de cosas, con valor probatorio, que estuvieren amenazados de alteración o desaparición, de tal modo que al momento de practicar la prueba pudieran no existir o hacerlo de forma distinta. (Gil Vallejo, 2011, p.36)

Se trata, pues, en la mayoría de los casos de conservar fuentes de prueba que no tengan naturaleza personal, ya que si bien la norma jurídica que regula la materia otorga un alcance de asegurar pruebas con características subjetivas -testimonios prejudiciales, reconocimientos de firmas, declaraciones, entre otros– preponderan aquellas dirigidas a inspeccionar documentos, bienes muebles e inmuebles u cosas, con la intervención de peritos o expertos en la materia objeto de la inspección.

1.2. PRUEBAS QUE SE PUEDEN ASEGURAR

El comentado artículo 815 del Código Judicial enumera un grupo de pruebas específicas que son susceptibles de asegurarse en forma anticipada y entre ellos tenemos: la diligencia exhibitoria, los testimonios prejudiciales, la inspección judicial y dictámenes periciales, la reconstrucción de sucesos, el reconocimiento de firma y citaciones a la presunta contraparte para que reconozca un documento suscrito por ella o por un tercero, declaración de parte, diligencias de informe, documentos públicos o privados de cualquier clase. De estos medios de pruebas que hemos enlistado, podemos decir que todos pueden perfectamente obtenerse e insertarse dentro del proceso,

dentro de la actividad probatoria que figura diseñada para cada proceso. Sin embargo, como hemos mencionado existen circunstancias especiales que llevan al juzgador a ordenar la práctica de una prueba con total antelación.

1.3. FORMALIDADES Y PROCEDIMIENTOS DEL ASEGURAMIENTO DE PRUEBAS

1.3.1. La Petición

La petición de aseguramiento de pruebas, como indica en el artículo 531 numeral 3 del Código Judicial, debe realizarse por escrito, indicando las partes (demandante y demandado) reales o presuntivas; la medida que se va a solicitar (en este caso no basta indicarse que es aseguramiento de pruebas, sino la modalidad que se pretende, ejemplo: “*diligencia exhibitoria*”, “*testimonios prejudiciales*” o “*inspección judicial*”); el objetivo, (es decir, para qué solicita la diligencia, con qué propósito se está pidiendo la anticipación de pruebas); la cuantía del proceso a que haya de acceder (en este caso muchas veces se pone una estimación, porque puede ocurrir que justamente Usted necesita recabar pruebas para saber por cuanto deberá demandar o en el caso del demandado, que no sabe por cuánto se le demandará, o bien cuando se trate de pruebas para una demanda de naturaleza simplemente declarativa, en cuyo supuesto, alguno establecen, que será con cuantía superior a cinco mil balboas).

1.3.2. Competencia y Comparecencia del Contrario y Ministerio Público

En ese mismo sentido, de conformidad al artículo 816 de Código Judicial, la petición debe formularse ante el juez competente para la demanda, aunado a ello, puede pedirse la comparecencia de la parte contraria para que participe en la práctica de la prueba anticipada, aunque este último aspecto muy pocas veces sucede en las practicas jurisdiccionales, pues en la mayoría de los casos la parte contraria se entera al mismo momento de la ejecución de la práctica de la prueba.

Tal como se indica, para el caso de la petición de la medida formulada antes del inicio del proceso según la ley será competente el tribunal que se considere competente para el asunto principal, que deberá vigilar de oficio su jurisdicción y competencia objetiva, así como la territorial.

Otro detalle que debe tomarse en cuenta, es que en aquellos casos en que, por ley, debe intervenir el Ministerio Público, en representación de alguna entidad gubernamental, este tipo de aseguramiento de pruebas no puede realizarse sin haber sido citada a la diligencia judicial.

1.3.3. Afianzamiento

De conformidad con la normativa descrita, el peticionario estará en la obligación de consignar

una fianza que será señalada discrecionalmente por el tribunal, tomando en cuenta la importancia del asunto, la clase de pruebas de que se trate y los eventuales perjuicios que pudieran derivarse, salvo que se trate de personas que gocen de patrocinio legal gratuito.

En ese mismo sentido, la fianza se devolverá al interesado transcurrido un mes sin que se hubiera promovido la respectiva reclamación.

2. LA DILIGENCIA EXHIBITORIA COMO ASEGURAMIENTO DE PRUEBA

2.1. Definición

En nuestro Código de Procedimiento Civil no parece existir una definición categórica de lo que se entiende por Diligencia Exhibitoria, sin embargo, el artículo 817 dispone que a través de la diligencia exhibitoria el juez puede llevar a efecto la inspección de la cosa litigiosa de los libros, documentos u otros objetos que se hallen en poder del demandado real o presuntivo, del demandante o de un tercero y que el peticionario estime conducente para probar los hechos de su demanda o pretensiones, excepciones, o medios de defensa.

La diligencia exhibitoria es una medida de aseguramiento de prueba que concede la ley a las personas, a fin de exigir de otra, por mandato del juez, la presentación de la cosa o documento cuya exhibición se pide para que puedan hacer uso de ella antes o después de iniciado un proceso. La “acción exhibitoria” no es un medio de prueba, en sentido estricto, porque es más bien un mecanismo o vehículo para forzar la exhibición de un bien, especialmente documentos. (Fábrega Ponce & Cuestas, 204, p.362).

En nuestro caso particular, la diligencia exhibitoria, curiosamente, figura como un medio de prueba más, con autonomía e identidad propia muy a pesar de que su denominación no figura dentro del numerus apertus que se indican en el artículo 780 del Código Judicial, pero que bien entendido podemos sostener que constituye una forma especial de solicitar la inspección judicial, para determinadas situaciones específicas, como cuando se solicita dentro o fuera del proceso la práctica o examen de libros, correspondencias, documentos de comerciantes, obtener copias o reproducciones, inspección de la cosa litigiosa en aras de preservar antes del proceso el bien objeto de la controversia, a fin de evitar su disipación por actos del hombre o del tiempo.

El Código Judicial ha hecho de esta figura una institución autónoma, cuando en el artículo 827 habla que este medio de prueba se requiere en los siguientes presupuestos:

1. Cuando se exija la exhibición de libros de comercio, de quien no es parte; y
2. Cuando se solicite como medida cautelar. No obstante, que si se solicita como medida

cautelar sólo podrá agregarse al expediente en las oportunidades y términos previstos en este Código para la proposición de pruebas.

En acotación con lo anterior somos del criterio que al utilizarse la denominación diligencia exhibitoria, que deriva del latín exhibere, que significa presentar escrituras, documentos, pruebas, etc., ante quien corresponda, a la postre viene a ser un mecanismo para rescatar, recuperar u obtener pruebas documentales o efectuar alguna inspección judicial, es decir, su efecto es más abarcador. En cambio, cuando se produce dentro de un proceso esta misma diligencia, la cual apunta a un propósito idéntico se le denomina inspección judicial, que de acuerdo al artículo 954 del Código Judicial la misma tiene como objeto inspecciones o reconocimientos de lugares, cosas, documentos, bienes muebles o inmuebles, semovientes o personas. Sin embargo, su regulación no queda allí, sino que establece una modalidad conocida como inspección judicial por medio de diligencia exhibitoria, regulada específicamente en el artículo 965 de la excerta citada que en su texto lee así:

“**Artículo 965.** Sólo se requerirá la práctica de la inspección judicial por medio de la diligencia exhibitoria, en cuaderno separado, en los siguientes casos:

1. Cuando recaiga sobre libros de comercio u objetos o documentos de cualquier naturaleza en poder de terceras personas; y
2. Cuando se trate de pruebas anticipadas...”

Esto nos permite decir que, que la exhibición constituye un verdadero instituto de recaudación probatoria, establecido para subsanar cualquier falla u omisión que pudiera surgir durante la práctica de pruebas en un proceso ante la ausencia, destrucción o desaparición de las mismas, por parte del demandado presuntivo. Es por ello que el fundamento de la prueba anticipada se encuentra en la protección del derecho fundamental a la prueba, ante el peligro de perder la fuente probatoria o deteriorarse los hechos sobre los cuales se solicitará o se está solicitando y de este modo salvaguardar la debacle de la reclamación por no poder justificarse debidamente las razones o hechos en que apoyan sus perspectivas pretensiones.

2.2. Requisitos de Procedencia de la Diligencia

Los presupuestos del deber de exhibición documental entre partes se encuentran recogidos en los artículos 817 y 818 del Código Judicial y se pueden definir en los siguientes términos:

La diligencia exhibitoria, el juez lleva a efecto la inspección de la (a) cosa litigiosa, (b) o de los libros, documentos u (c) otros objetos que se hallen en poder del demandado real o presuntivo, del demandante, o de terceros y que el peticionario estime conducentes a probar o hacer efectivos sus derechos, pretensiones, excepciones o defensas.

Cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a disposición de ella y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba. A la solicitud de exhibición deberá acompañarse copia simple del documento y, si no existiere o no se dispusiere de ella, se indicará de la manera más exacta posible el contenido de aquél.

Si se promueve prejudicialmente, la fijará el juez teniendo en cuenta los perjuicios que se puedan causar y la naturaleza del asunto. Dicha caución no será menor de cien balboas (B/.100.00) ni mayor de mil balboas (B/. 1,000.00).

Si la diligencia prejudicial o judicial la promueve el tenedor de libros, documentos u objetos suyos, no se requerirá caución;

Si se promueve respecto a libros, documentos u objetos de quien es parte del proceso respectivo, no se requerirá caución.

Tampoco se requerirá caución cuando la diligencia haya de practicarse en un despacho estatal o municipal.

Así pues, los presupuestos de la exhibición quedarían resumidos en: 1) documentos que no se hallen a disposición de la parte solicitante y referidos al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba o a documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros en los supuestos de procesos seguidos por infracción de un derecho de propiedad industrial o intelectual; 2) presentación de copia simple o versión del documento o de un principio de prueba, y 3) documentos que se hallen en poder de un litisconsorte.

Algún sector de la doctrina opina que a estos presupuestos hubiera sido útil agregar la justificación por parte del interesado de que, efectivamente, los documentos se hallan en poder de la parte contraria.

La verdad es que añadir este requisito a la solicitud de exhibición documental entre las partes contribuiría a evitar la posible formulación de peticiones infundadas. Sin embargo, nuestro ordenamiento compensa esta carencia de justificación atribuyendo al litigante requerido la posibilidad de negar que el documento se encuentre en su poder.

En síntesis, cuando se interpone una diligencia exhibitoria el juzgador de la causa deberá verificar el cumplimiento de todos los presupuestos legales inherentes a la diligencia examinada,

los cuales por cierto el Pleno mediante reiterada jurisprudencia ha tenido oportunidad de precisar enumerando los siguientes:

- “1. Debe ser decretado por el Juez o Tribunal competente a petición de parte legítima, entendiéndose por tal, (Conforme al artículo 805 del Código Judicial reformado) la que solicita la diligencia exhibitoria, en la medida que exprese en la solicitud, cuál es la relación sustancial o el interés jurídico que pretende probar con la diligencia y en qué forma le interesa personalmente.
2. Que la diligencia exhibitoria recaiga sobre determinados asientos de libros y documentos respectivos... y se limitará a tomar copia de los asientos o papeles que tengan relación con el asunto ventilado.
3. Que el reconocimiento se haga en el domicilio del comerciante.
4. Que en los casos en que la diligencia tenga que decretarse sin la audiencia de la contraparte o del tenedor de la cosa el peticionario haya dado caución suficiente a juicio del juez de la causa, salvo el caso, naturalmente, de que el peticionario goce de patrocinio legal gratuito”. (Pleno de Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 10 de enero de 2003, Amparo de Garantías Constitucionales, Mag. Ponente Ponente: Rogelio A. Fábrega Zarak)

2.3. Legitimación y Solicitud

Al igual que sucede con el aseguramiento de las pruebas, la diligencia exhibitoria como fuente probatoria puede pedirse antes del inicio del proceso, por quien pretenda incoarlo, o una vez abierto, por cualquiera de los litigantes. La legitimación corresponde únicamente a las partes lo que resulta coherente con la necesaria ajenidad judicial en la labor, de selección y búsqueda de las fuentes de prueba.

La legitimación, por tanto, corresponde al futuro demandante como al posible demandado, de acudir a estas medidas; sin embargo, en muchas legislaciones estas figuras judiciales solamente pueden ser ejecutadas por la parte activa del proceso, es decir, el posible demandante, dejando sin opción de ejecución del posible demandado.

Según nuestro cuerpo normativo, la práctica anticipada de pruebas puede solicitarla ambas partes, es decir, tanto el futuro demandado como el demandante presuntivo, como expresamente lo enuncian los artículos 815 y 817 del Código Judicial, cuando señalan “...una persona pretenda demandar o tema que se le demande...”, y en otro extremo mencionan que se hallen en “...en poder del demandado real o presuntivo, del demandante...”.

Curiosamente, para la diligencia exhibitoria a libros de comerciantes, se establece una legitimidad especial, y decimos especial porque su exigencia parece desvanecerse con la rigurosidad que habla el artículo 815 del Código Judicial, porque se limita a señalar que “...se tendrá como parte legítima la que solicita la diligencia exhibitoria, aunque sea extrajudicial...”, porque ella se habrá de desprender la explicación que se dé cuando exponga la relación sustancial o el interés jurídico.

Respecto a solicitud de la anticipación, debe realizarse por escrito al contrario de lo que sucede con la solicitud de prueba ordinaria. Al tratarse del primer escrito que se interpone ante el órgano jurisdiccional, la petición debería tener una estructura similar a una demanda, de forma que el “libelo” contendría la identificación del solicitante así como los datos de su abogado y de su procurador, una descripción de los hechos del futuro proceso junto con la prueba que se pretende anticipar, los fundamentos de derecho en los que se apoya la petición y el petitum que, a diferencia de la demanda, consistiría en la solicitud de admisión de la práctica del medio de prueba pretendido.

La petición de prueba anticipada deberá recoger una relación circunstanciada de los hechos relevantes que presumiblemente serán objeto del futuro proceso, debiendo destacarse aquéllos sobre los que debe recaer la práctica de la prueba que se solicita. La petición deberá contener una explicación concreta y concisa acerca de la relación de los hechos expuestos con los medios de prueba solicitados, de forma que el órgano jurisdiccional pueda hacer un examen preliminar acerca de su pertinencia o de su utilidad respecto del objeto del futuro proceso, cuestión ésta a la que nos referiremos en el epígrafe posterior.

La solicitud deberá referirse concretamente al temor fundado de perder la oportunidad de practicar la prueba cuya anticipación se propone.

El derecho a la prueba en el proceso civil, comporta la facultad de solicitar la admisión, la práctica de las pruebas pertinentes, y reclamar su efectividad, así como el deber de mantener una actitud de colaboración en la práctica de las pruebas.

Es un mandato que ha establecido el legislador para que el Juez haga uso de los mecanismos procesales encaminados a recabar los medios de prueba retenidos injustificadamente por el otro litigante con el objeto de facilitar o hacer posible que aquél pueda obtener la satisfacción procesal de sus derechos.

En la doctrina se tiene como antecedentes, el supuesto de un hombre que se niega a someterse

a una prueba de extracción de sangre a efectos de determinar su posible paternidad demandada por una mujer que actúa como parte actora. Los Tribunales consideran la no obligación del afectado a someterse a unas pruebas de paternidad y establecía que una actitud reacia a colaborar no equivalía a una ficta confessio, resultando necesario presentar otras pruebas.

Asimismo, nuestra jurisprudencia afirma que los Tribunales no pueden exigir de ninguna de las partes una prueba imposible o diabólica, so pena de causarle indefensión, por no poder justificar procesalmente sus derechos e intereses legítimos mediante el ejercicio de los medios probatorios pertinentes para su defensa. Sin que los obstáculos y dificultades puestos por la parte que tiene en su mano acreditar los hechos determinantes del litigio, sin causa que lo justifique, puedan repercutir en perjuicio de la contraparte, porque a nadie es lícito beneficiarse de la propia torpeza.

El litigante refractario a colaborar en la producción de la prueba frustra con su conducta el levantamiento de la carga probatoria del otro litigante y éste queda en una situación de completa imposibilidad para hacer prosperar su pretensión, procedería a desplazar al litigante obstruccionista los perjuicios derivados del no esclarecimiento de los hechos, es decir, invertir la carga de la prueba.

En definitiva, podemos sostener que la negativa injustificada a exhibir documentos debe repercutir negativamente sobre el litigante reacio a colaborar, no sobre quien sufre dicha falta de cooperación, cosa que puede tener lugar a través de una inversión de la carga de la prueba o mediante el establecimiento de presunciones a favor de la parte necesitada del medio probatorio. Esta última es la solución recogida en la Ley Procesal.

2.4. Caución

De conformidad con el artículo 818 del Código Judicial, la caución para garantizar los daños y perjuicios materiales, que habla el artículo 817 del Código Judicial, en las medidas de aseguramientos de pruebas, cuando es promovida prejudicialmente, se fijará la misma, teniendo en cuenta los perjuicios que se puedan causar y la naturaleza del asunto, la cual no será menor de cien balboas (B/.100.00) ni mayor de mil balboas (B/.1,000.00). No obstante, se prescinde de la caución, cuando la diligencia prejudicial o judicial la promueve el mismo tenedor de los libros, documentos u objetos suyos; o cuando se promueva respecto a libros, documentos u objetos de quien es parte del proceso respectivo; ni cuando la diligencia haya de practicarse en un despacho estatal o municipal.

Esta caución tiene una vigencia efímera, ya que por disposición legal (párrafo segundo, inciso final, del artículo 816 del Código Judicial), esa fianza se devolverá al interesado, transcurrido un

mes sin que se hubiera promovido alguna reclamación de los eventuales perjuicios que pudieran derivarse por la práctica de la medida, al exhibido. Este mismo supuesto aparece recogido en el artículo 825 del Código Judicial, con alguna pequeña variante, al sostener que *“se cancelará la caución de que trata el artículo 817 si un mes después de la exhibición no se ha presentado reclamo por daños o perjuicios o en cualquier tiempo en que los soliciten conjuntamente las partes interesadas”*. Este último supuesto casi nunca ocurre en la práctica, pero la Ley deja abierta la posibilidad de que ambas partes lo puedan solicitar.

2.6. Allanamiento

En materia de diligencias exhibitorias, a diferencia de lo que ocurre en el secuestro, de conformidad con el artículo 819 del Código Judicial, el auto que ordena la inspección, lleva implícito o tácita la orden de allanamiento para llevarla a cabo, pero esa inspección no se extenderá en ningún caso al registro del domicilio de la persona que negare tener la cosa o documento cuya exhibición se pide, salvo que medie solicitud de la parte solicitante de la medida.

2.7. Práctica de la diligencia

Según el artículo 820 del Código Judicial, una vez sea decretada la inspección, el juez la llevará a cabo con asistencia del secretario y dos testigos, y del interesado, si está en él asistir. Una vez se traslada al lugar donde está la cosa o documento cuya exhibición se pide, se intimará al tenedor que los presente, con apercibimiento respecto de sus consecuencias.

En este caso se está refiriendo a lo que dispone el artículo 824 del Código Judicial, que expresamente prevé que *“...a la persona que se niegue a la exhibición judicialmente decretada o la evada, se le condenará por desacato y además será responsable de los daños y perjuicios causados a la persona que hubiese solicitado la exhibición si el tenedor no fuere parte en el proceso; pero si el tenedor fuere parte, al negarse a la exhibición o al evadirla, se podrá apreciar tal actitud como indicio en su contra en el momento de fallar, más o menos grave, según las circunstancias y previa prueba, en ambos casos, de estar en poder de dichas personas la cosa que se niega exhibir.”*

En el evento que para llevar a cabo la inspección se requieran conocimientos especiales, el juez deberá hacerse acompañar de peritos, en vez de testigos. Cuando la cosa que debe exhibirse esté confundida con otra u otras, de manera que no pueda hacerse efectiva la acción exhibitoria sin presentar todas esas cosas, puede el tenedor ser obligado a la presentación de todas, para ubicar los bins u objetos que se desean.

De conformidad con el artículo 821 del Código Judicial, si la cosa que debe exhibirse fuere

inmueble y el peticionario solicitare que el tenedor franquee la entrada para tomar medidas, examinar los límites u otro objeto inocente y útil al solicitante, el juez acordará lo pedido con las precauciones y advertencias necesarias, a fin de evitar daños y perjuicios al poseedor o tenedor.

Aunado a ello, según el artículo 822 del mismo texto legal, El que tenga testamento en que otro pretenda estar instituido heredero o tener parte y en general toda persona natural o jurídica que por razón del comercio o industria que ejerza u otra causa semejante, tenga en su poder datos o documentos de los cuales pueda servirse cualquier persona para deducir derechos efectivos, está obligado a presentarlos.

2.8. Recurribilidad contra la decisión que niega o acepta la medida

El artículo 816 del Código Judicial en su inciso final dispone que “Las resoluciones que se dicten en estos casos serán irrecurribles, salvo las que nieguen la práctica de la prueba anticipada”. Esta norma que no parece ser muy explicativa, en realidad lo que se está estableciendo es que la diligencia que decreta la medida de aseguramiento no cabe recurso alguno por parte del exhibido o presunto demandado. Y en ese mismo sentido, las que se niegan si lo son; sin embargo, en el listado de las resoluciones que pueden ser objeto de apelación según el artículo 1131 del Código Judicial, no figuran las relativas a las que niegan este tipo de aseguramiento de pruebas.

En atención a lo expuesto, la ideología en materia de admisiones de las diligencias exhibitorias, quedan sujetas al criterio de los juzgadores, una vez cumplidos los requisitos exigidos en las normas que gobiernan dicha figura jurídica y en todo caso de negarse la petición, el único recurso que cabe contra esa decisión, es el de reconsideración, que en la mayoría de los casos no tiene éxito jurisdiccional.

Para mejor comprensión apreciemos el criterio del Primer Tribunal Superior de Justicia, cuando en decisión de 26 de junio de 2019, dispuso:

CRITERIOS JURISDICCIONALES SOBRE LA DILIGENCIA EXHIBITORIA

- **Revisión de libros y documentos de comerciantes**

“Este Tribunal Constitucional ha manifestado en varias ocasiones, que **la revisión de libros y documentos de comerciantes se realiza de acuerdo a lo que establece el artículo 89 del Código de Comercio**, que para estos efectos regula el principio de la inviolabilidad de la correspondencia que estipula el artículo 29 de la Constitución Política. Así también se establecen normas concordantes y supletorias en los **artículos 817 del Código Judicial**.

Se puede apreciar que la norma citada en párrafos precedentes es clara en varios aspectos. En primer lugar, establece que sólo podrá ordenarse la exhibición de determinados asientos de los libros y documentos comerciales. También señala que la solicitud sólo puede realizarla una parte legítima o de oficio o por la propia persona dueña de la información cuando tiene interés o responsabilidad en la cuestión que se ventila. Otro aspecto importante es que el reconocimiento se debe realizar en el escritorio del comerciante.

El primer análisis que debe realizar el juzgador ante quien se hace la solicitud de inspeccionar libros de comercio, es si la persona es parte legítima y cuál es el interés jurídico que pretende probar y de qué forma le interesa. Así lo establece el artículo 817 del Código Judicial. **Para que la diligencia de exhibición de libros comerciales tenga sentido y objetivo y sea legal, estos son los requisitos indispensables que deben satisfacerse. ...**

A nuestro juicio, el acto impugnado, el Auto N°2219 de 20 de noviembre de 2019 emitido por el Juzgado Décimo Octavo de Circuito de lo Civil del Primer Circuito Judicial de Panamá **ha vulnerado el artículo 32 de la Constitución Política que consagra el debido proceso, pues el procedimiento para revisar libros, correspondencia y demás documentos de comerciantes, es por medio de una diligencia exhibitoria en las oficinas de la empresa.**” (Resaltado es nuestro – Primer Tribunal Superior de Justicia, 2020)

- **La decisión sobre D. Exhibitoria no admite apelación**

“Ahora bien, al disponerse el Tribunal a aplicar las normas de saneamiento a que se refiere el artículo 1151 del Código Judicial, advierte, que la Juez del primer nivel jurisdiccional incurrió en un error al conceder el referido medio ordinario de impugnación, ello es así, debido a que la resolución judicial arriba meritada, no es de aquéllas que aparece incluida en la norma general (artículo 1131 del Código Judicial), ni tampoco en otra de carácter especial, como susceptible del recurso vertical de apelación, por ello, lo procedente es inhibirse del conocimiento del referido recurso de apelación, y devolver el expediente al Tribunal de primera instancia.

Valga hacer la aclaración, que cuando el párrafo final del artículo 816 del Código Judicial, señala que **“Las resoluciones que se dicten en éstos casos serán irrecurribles, salvo las que nieguen la práctica de la prueba anticipada”, debe entenderse que se aplica lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1129 del cuerpo legal en cita, en cuanto a que “Sólo son reconsiderables las providencias, autos y sentencias que no admiten apelación”,** como acontece en el caso bajo estudio.

Finalmente, valga señalar que el presente criterio ha sido plasmado por esta Superioridad en innumerables resoluciones” (Resaltado es nuestro – Primer Tribunal Superior de Justicia, 2019)

- **La Diligencia Exhibitoria debe recaer sobre aspectos específicos**

“En efecto, con la diligencia exhibitoria se busca investigar de manera amplia una serie de documentos en el local comercial, vulnerando, a criterio de esta Corporación de Justicia, el derecho fundamental consagrado en el artículo 29 de la Constitución referente a la inviolabilidad de los documentos privados, por el hecho de que no se ha dirigido con fines específicos sino generales como ya hemos señalado.” (Resaltado es nuestro – Primer Tribunal Superior de Justicia, 2019)

- **Importancia de la relación sustancial o el interés jurídico en la petición**

“En ese sentido, este Tribunal comparte la posición de la parte amparista de que no se ha cumplido con el inciso segundo del artículo 817 del Código Judicial, en la medida que el proponente de la prueba al solicitarla no expresa o explica “cuál es la relación sustancial o el interés jurídico que pretende probar con la diligencia, y en qué forma le interesa personalmente”, ya que el Proceso Oral de Protección al Consumidor al cual accede la diligencia exhibitoria tiene por objeto la resolución del contrato de promesa de compraventa suscrito entre MARCO RIBELLI con las sociedades YOO PANAMA DEVELOPMENT LLC. y/o ADAMA REAL ESTATE, S.A., la devolución de la totalidad de la suma de dinero abonada, y el pago de una indemnización de daños y perjuicios supuestamente sufridos por el demandante, como resultado del atraso en la entrega del proyecto por parte de las demandadas.

En consecuencia, al disponer la orden demandada la entrega de información que pertenecen única y exclusivamente a YOO PANAMA DEVELOPMENT LLC. y a HABITAS REALTY GROUP INC., sobre sus cuentas bancarias, como del giro de sus negocios y de sus otros clientes, sin explicar que pretende probar con la diligencia o bien en qué forma le interesa personalmente, para el fondo del proceso, conocer el número de las cuentas y de los bancos en que las sociedades YOO PANAMA DEVELOPMENT LLC., y/o HABITAS REALTY GROUP INC., depositaron los dineros recibidos por parte de MARCO RIBELLI, el promitente comprador y solicitante de la diligencia exhibitoria; o bien, si la sociedad HABITAS REALTY GROUP INC., era o es en la actualidad la encargada de recolectar los pagos de los compradores y depositarlos en el Banco Aliado, S.A., o si fueron depositados en otras cuentas y quien era el propietario de las mismas, se permite a través de la orden demandada que se entregue información confidencial tanto del comerciante demandado, como de terceras personas involucradas con el giro de estos negocios de las amparistas, **sin la debida sustentación como lo exige el artículo 817 del Código Judicial.”**

(Resaltado es nuestro – Primer Tribunal Superior de Justicia, 2019)

- **Cumplimiento de las formalidades en la petición de D. Exhibitoria**

“El procedimiento para llevar a cabo la Diligencia Exhibitoria como prueba de aseguramiento, está establecido tanto en el Código de Comercio, como en el Código Judicial.

Veamos, pues, cuáles son las formalidades legales que debe tener una diligencia exhibitoria extrajudicial, o como aseguramiento de prueba, para lo cual debe tenerse en cuenta lo que establecen **los artículos 88 y 89 del Código de Comercio, en relación a los artículos 815 y 817 del Código Judicial, aplicables en virtud del numeral 2 del artículo 965 ibidem.**

Es cierto que, conforme al artículo 88 del Código de Comercio ninguna autoridad, juez o tribunal, puede hacer u ordenar pesquisa o diligencia alguna, para examinar de manera general la contabilidad de los comerciantes. Sin embargo, no es menos cierto, que, por su parte, el artículo 89 del mismo Código dispone que “solo podrá ordenarse la exhibición de determinados asientos de los libros y documentos respectivos, a instancia de parte legítima o de oficio, cuando la persona a quien pertenezcan, tenga interés o responsabilidad en el asunto o cuestión que se ventila”.

De lo expuesto se concluye, pues, que excepcionalmente sí puede un Juez o Tribunal ordenar la exhibición de determinados asientos de los libros y documentos respectivos, de acuerdo con determinadas formalidades.

Por su parte, el **artículo 817 del Código Judicial** establece que:

“Mediante la diligencia exhibitoria, el juez lleva a efecto la inspección de la cosa litigiosa, o de los libros, documentos u otros objetos que se hallen en poder del demandado real o presuntivo, del demandante, o de terceros y que el peticionario estime conducentes a probar o hacer efectivos sus derechos, pretensiones, excepciones o defensas.

Para los efectos de las limitaciones a que se refiere el artículo 89 del Código de Comercio se tendrá como parte legítima la que solicita la diligencia exhibitoria, aunque sea extrajudicial, siempre que exprese en su solicitud cuál es la relación sustancial o el interés jurídico que pretende probar con la diligencia, y en qué forma le interesa personalmente...” (El destacado es nuestro).

Conforme al **artículo 815 del Código Judicial**, entre las pruebas que pueden solicitarse como aseguramiento de prueba se encuentra la **diligencia exhibitoria** y, de acuerdo al **artículo 816 ibidem**, **para practicar una de las pruebas como aseguramiento de éstas, el peticionario deberá**

consignar una fianza que será señalada, entre B/.100.00 y B/.1,000.00 discrecionalmente por el Tribunal, al tenor del numeral 1 del artículo 818 del Código Judicial.

De las normas transcritas y mencionadas se infiere que como la inspección judicial es extrajudicial o se pide como aseguramiento de prueba debe ser a través de Diligencia Exhibitoria y requiere la **consignación de una fianza.**

Además, también se requiere que se solicite a instancia de **parte legítima, que el solicitante exprese la relación sustancial o el interés jurídico que pretende probar con la diligencia, que el solicitante tenga temor justificado de que eventualmente puede faltarle un medio de prueba o hacérsele difícil o impracticable su obtención y que la diligencia recaiga sobre determinados asientos de los libros y documentos respectivos.**

Debemos señalar que la solicitud de diligencia exhibitoria ha sido presentada ante Juez competente, ya que, conforme al artículo 816 del Código Judicial, las solicitudes de aseguramiento de pruebas deben **formularse ante Juez competente para la demanda** y se dijo que eran para un proceso sumario de rendición de cuentas contra una Fundación cuyo domicilio está en el Primer Circuito Judicial de Panamá. También se advierte que se consignó la fianza de perjuicios señalada por el Juez.

Además, en la solicitud se estableció que la Diligencia Exhibitoria en carácter de aseguramiento de pruebas era sobre ocho (8) inmuebles de propiedad de la FUNDACIÓN ANDREAL, con el objeto o finalidad de determinar si los inmuebles se encuentran arrendados o alquilados y, en caso afirmativo, determinar a quién están arrendados, desde cuándo están arrendados, cuánto pagan en concepto de canon de arrendamiento, a quién se le ha pagado el canon de arrendamiento, desde cuándo se paga el canon de arrendamiento, constancia de recibo o factura recibido en concepto del pago, cuánto han pagado los arrendatarios en concepto de canon de arrendamiento y obtener copia de la documentación que sustente las respuestas de las preguntas anteriores. En caso negativo, es decir si los inmuebles no están arrendados o alquilados, determinar qué uso se les confiere a esas propiedades.

Siendo, pues, que la orden atacada en este amparo fue dictada por una Juez competente, que estableció los fines específicos del examen, que cumplió con el trámite legal para ordenarla, de conformidad con los artículos 815 y 817 y concordantes del Código Judicial y que se cumplieron las limitaciones establecidas en los artículos 88 y 89 del Código de Comercio, debe concluirse que no se ha vulnerado el artículo 29 de la Constitución Política, ni el artículo

32 ibídem, por lo que lo procedente es denegar el amparo presentado. (Resaltado es nuestro – Primer Tribunal Superior de Justicia, 2018)

CONCLUSIONES GENERALES Y DE LOS CRITERIOS JURISDICCIONALES

- Podemos concluir que el aseguramiento de pruebas, es un medio por el cual un sujeto con posibilidades de ser demandante o demandado en un proceso, procura obtener o practicar un medio de prueba de forma anticipada, por temor justificado de no poderse adquirir o practicarse en el periodo probatorio ordinario.
- Si bien, nuestro enfoque se da sobre la Diligencia Exhibitoria, las normas jurídicas que gobiernan la facultad de obtener o practicar de forma anticipada un medio de prueba, permite cualquiera de las siguientes: testimonios prejudiciales; inspección judicial y dictámenes periciales; reconstrucción de sucesos o evento; reconocimiento de firma y citaciones a la presuntiva contraparte a efecto de que reconozca la autenticidad de un documento suscrito por ella o por un tercero; diligencia de informes, documentos públicos o privados, certificados de cualquier clase, conforme indique el peticionario y con arreglo a las limitaciones y restricciones que establece la ley; y la declaración de parte.
- En atención a los criterios jurisdiccionales, para darle cabida a una solicitud de diligencia exhibitoria, el peticionario debe cumplir con todos los requisitos de forma y fondo exigidos en el cuerpo normativo, siendo estos los principales: formulación ante el juez competente del proceso principal; formulación por persona legítima; justificación de la necesidad; expresión de la relación sustancial o el interés jurídico que pretende probar con la diligencia y la presentación de la caución para responder por todos los daños y perjuicios, a satisfacción del juzgador.
- A queda claro, que el procedimiento para revisar libros, correspondencia y demás documentos de los comerciantes, se da por intermedio de una diligencia exhibitoria, tal cual lo instituye el artículo 89 del Código de Comercio, en concordancia con el artículo 817 del Código Judicial y el artículo 29 de la Constitución Política.
- Un aspecto fundamental y así lo ha reconocido la jurisprudencia patria, la diligencia exhibitoria debe recaer sobre aspectos específicos los cuales deben detallarse en la solicitud, pues no es admisible la diligencia sobre fines o propósitos genéricos de las partes.

- De igual forma, tal como lo plasma la normativa y así lo han sostenido los Tribunales de Justicia, las decisiones que admiten los aseguramientos de pruebas son irrecurribles y en aquellos casos, en los cuales se niegue la práctica de la prueba anticipada, solamente se puede invocar el recurso de reconsideración, todo esto, en atención a los artículos 816, 1129 y 1131 del Código Judicial.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Fábrega Ponce, J; Cuestas G, C. (2004). Diccionario de Derecho Procesal Civil y Penal. Plaza & Janés Editores. Colombia.

Gil Vallejo, B. (2011). El aseguramiento de la prueba en el proceso civil y penal. Barcelona, Spain: J.M. Bosch Editor.

Mizrachi & Pujol, S.A. (2020). Código Judicial de la República de Panamá. Editorial M&P.

Mizrachi & Pujol, S.A. (2018) Constitución Política de la República de Panamá. Reformada al 2014. Editorial M&P.

Pico I Junoy, J. (2001). “La prueba anticipada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil” Revista Justicia 2001, No 2-4.