

Implementación de medidas cautelares innominadas en el proceso contencioso administrativo en Panamá

Implementation of unnamed precautionary
measures in the contentious administrative
process in Panama



Eduardo Vargas Reyes

Juez Cuarto Municipal de Familia del Distrito de Panamá

eduardo.vargas@organojudicial.gob.pa

<https://orcid.org/0009-0005-6102-7033>

Implementación de medidas cautelares innominadas en el proceso contencioso administrativo en Panamá

Implementation of unnamed precautionary measures in the contentious administrative process in Panama

Recibido: agosto 2023

Aprobado: marzo 2024

Resumen

El proceso contencioso administrativo en Panamá tiene su génesis a partir de una normativa especial con la implementación de la Ley 135 (1943), misma que instituyó la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, regulándose así lo que constituía el procedimiento gubernativo y luego el procedimiento de control judicial de los llamados actos administrativos, este último concepto sobre el cuál básicamente se centra el marco de acción del control de legalidad en gran parte de nuestros países de Latinoamérica y por ende de Panamá.

Desde ese entonces y mediando tan sólo una modificación de esta ley en el transcurso de 80 años hasta nuestros días, este procedimiento contencioso administrativo solo contempla la suspensión del acto administrativo como única medida cautelar a fin de evitar que ante el grave riesgo que involucre o denote a los derechos subjetivos o intereses legítimos de alguna de las partes involucradas en un proceso de contencioso administrativo, puedan verse estos en serio riesgo al momento de resolver la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia el fondo, haciendo que resulte ya para los efectos prácticos, un fallo ilusorio. De modo que no siempre la suspensión de los efectos del acto administrativo agota este propósito tuitivo, surgiendo la interrogante sobre la viabilidad de la aplicación de medidas que la doctrina y el derecho comparado identifica como innominadas y en caso afirmativo bajo qué parámetros o circunstancias.

Abstract

Administrative process in Panama has its genesis from a special regulation with the implementation of Law 135 (1943), which established the Contentious Administrative Jurisdiction, thus regulating what constituted the governmental procedure and then the procedure of judicial control of the so-called administrative acts, this last concept on which the legality control action framework is basically focused in a large part of our Latin American countries and therefore of Panama.

Since then, and with only one modification of this law in the course of 80 years to the present day, this contentious-administrative procedure only contemplates the suspension of the administrative act as the only precautionary measure in order to avoid that in the face of the serious risk that it involves or denotes to the subjective rights or legitimate interests of any of the parties involved in a contentious-administrative process, these may be at serious risk when the Third Chamber of the Supreme Court of Justice resolves the merits, making it already for practical purposes, an illusory failure. Therefore, the suspension of the effects of the administrative act does not always

exhaust this protective purpose, raising the question about the feasibility of applying measures that doctrine and comparative law identify as unnamed and, if so, under what parameters or circumstances.

Plabras Claves

Selección, reclutamiento, test psicométricos, carrera judicial, perfil.

Key words

Selection, recruitment, psychometric test, judicial career, profile.

Introducción

Dentro de este ensayo se pretende realizar un análisis del alcance e importancia de las medidas cautelares dentro del proceso contencioso administrativo panameño, desde la perspectiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, precisando si entorno a ella resulta suficiente la aplicación única y taxativa de la suspensión de los efectos del acto administrativo regente en nuestro ordenamiento jurídico y/o en su defecto, qué factores justificarían la necesidad de su ampliación en un sistema innominado.

Entorno al propósito encomendado es nuestro interés indagar en las condiciones que propicien una mayor protección de los derechos subjetivos, colectivos e intereses legítimos, que pueden verse afectados dentro del trámite de un proceso contencioso administrativo panameño hasta su resolución, siendo preponderante en ese sentido el régimen cautelar aplicable de la manera más favorable y amplia.

Bajo este enfoque nuestra investigación se expone a través de cuatro apartados, partiendo con un estudio de las particularidades del sistema cautelar aplicable en el proceso contencioso administrativo panameño, su análisis legal, concepto y aplicación en concreto.

En el segundo apartado analizaremos la relación directa existente entre la aplicación de

medidas cautelares y el principio constitucional y convencional de la tutela judicial efectiva de los derechos particulares que consagra el ordenamiento jurídico, evitando que el concepto de justicia sea ilusorio.

Seguidamente, en el tercer apartado procederemos a contrastar los argumentos que describimos como fundamento para la aplicación de la tutela cautelar en los procesos contenciosos administrativos en general, en un análisis crítico trasladado a la funcionalidad práctica de la suspensión de los efectos del acto administrativo como única medida cautelar existente en el control administrativo jurisdiccional en Panamá.

Por último, en el cuarto apartado el lector podrá apreciar de qué manera se ha dado la regulación del sistema cautelar en los procesos contenciosos administrativos de otras latitudes, en específico en Nicaragua, Colombia y España, a fin de observar compatibilidades, diferencias y criterios de mejora en el ordenamiento jurídico panameño.

1. Las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo panameño

1.1 Concepto de medida cautelar

El ordenamiento jurídico panameño no contempla una definición expresa de lo que constituyen las medidas cautelares y su aplicación al proceso judicial, ello no se prevé

ni a groso modo en las normas adjetivas o procesales generales, ni mucho menos en las disposiciones que rigen de forma especial el proceso contencioso administrativo a través de la Ley 135 (1943) con sus respectivas modificaciones a través de la Ley 33 (1946)

Conforme a esta premisa, el Código Judicial (2015), se limita en definir en concreto el propósito de una de las medidas cautelares más comunes en concreto, que es el secuestro, al señalar en su artículo 533 lo siguiente:

Para evitar que el proceso sea ilusorio en sus efectos y que la parte demandada trasponga, enajene, oculte, empeore, grave o disipe los bienes muebles o inmuebles que posea, el demandante podrá pedir, antes de presentada la demanda o después de presentada, en cualquier estado del proceso ya sea ordinario o especial, el depósito de ellos en manos de un depositario que nombrará el tribunal. (p. 118)

En tanto que la Ley 135 (1943) solo se limita a enunciar en su artículo 73, bajo un apartado en específico identificado como Capítulo V De la Suspensión Provisional, al desarrollar la facultad con que cuenta el Pleno de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo para suspender los efectos de un acto, resolución o disposición, si a su juicio, ello es necesario para evitar un perjuicio notoriamente grave, cuya aplicación desarrollaremos de manera más profunda en el curso de este trabajo investigativo, pero como podemos apreciar a simple vista deja entrever una de las características comunes de las medidas cautelares, que es la urgencia de su aplicación ante el riesgo de un perjuicio notoriamente grave.

Por ende, nos valemos a priori señalar

el concepto que dispone el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico (2023) al respecto, al señalar que se trata de:

Instrumento procesal de carácter precautorio que adopta el órgano jurisdiccional, de oficio o a solicitud de las partes, con el fin de garantizar la efectividad de la decisión judicial mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos e intereses que corresponde dilucidar en el proceso.

Para hacer más entendible este concepto en su amplia connotación expuesta debemos partir del objeto del proceso, el cual es fungir como instrumento o vía de reconocimiento de los derechos consignados en la ley sustancial, de modo que pueden darse situaciones en el curso del mismo, en donde pese al cumplimiento de todos los aspectos integrantes de la garantía del debido proceso, derivando precisamente en el reconocimiento del derecho controvertido, no se logra que el mismo en la práctica pueda ser disfrutado o ejercido por diversas razones ajenas a la voluntad del juzgador, surgiendo en estos casos la necesidad emergente de la denominada tutela cautelar.

Cuando hablamos de tutela cautelar, nos estamos refiriendo a la garantía de los resultados de un proceso judicial, es decir que se persiga que el proceso no sea ilusorio en su propósito de tutelar los derechos susceptibles de afectación, mientras se resuelve el fondo del mismo y su procedencia. En ese sentido cuando se describe el concepto de medidas cautelares, siempre está la noción que debe encaminarse a la tutela de derechos en concreto en el proceso y en este caso en particular enfocado también a los intereses en juego dentro del proceso contencioso administrativo, ante la posibilidad de que los actos emanados

por la administración pública impliquen la necesidad de adoptar medidas provisionales de protección ante la posible vulneración de derechos en el plazo de su resolución.

1.2. Análisis legal

Como indicamos en el apartado anterior, no se encuentra una definición expresa en la Ley 135 (1943), modificada por la Ley 33 (1946) acerca del concepto de medida cautelar aplicado de forma expresa al proceso contencioso administrativo, centrándose a establecer taxativamente la suspensión provisional del acto, resolución o disposición administrativa como única medida regulada al respecto en el proceso contencioso administrativo panameño, es decir desde el punto de vista doctrinal se trata de un sistema cautelar nominado.

El criterio legal sostenido es que se trata de la única medida cautela aplicable en el proceso contencioso administrativo, una especie de medida sui géneris o general aplicable a todo tipo de situaciones, sin adentrarse en las particularidades que reviste o motiva el actuar ante la Sala y la naturaleza de los derechos e intereses legítimos en juego.

Tampoco se desarrollan los requisitos de acceso a la medida o si se trata de una medida que puede ser decretada de oficio por la Sala Tercera o se trata de un actuar a petición de parte de forma exclusiva, en qué acciones ventiladas en la entidad jurisdiccional es viable y en cuáles no, centrándose en señalar en qué situaciones puntuales no procede la misma, cuando en el artículo 74 de la Ley 135 (1943) dispone que:

No habrá lugar a suspensión provisional en los siguientes casos:

1. En las acciones referentes

a cambios, remociones, suspensión o retiro en el personal administrativo, salvo los casos desempleados nombrados por períodos fijos;

2. En las acciones sobre monto, atribución o pago de impuestos, contribuciones o tasas;
3. Cuando la acción principal está prescrita;
4. Cuando la ley expresamente lo dispone (p. 5).

No obstante, resulta muy importante para suplir estos vacíos de la ley especial, lo que la norma procesal general puede añadir, en virtud del contenido de la Ley 135 (1943), al acotar: Artículo 57-C.

Los vacíos en esta Ley se llenarán por las disposiciones del Código Judicial y las leyes que lo adicionen y reformen en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los juicios y actuaciones que corresponden a la jurisdicción contencioso administrativa, así como las interpretaciones y aplicaciones prácticas que ha realizado la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo (p. 3).

Ahora bien, en cuanto a la procedencia de la medida cautelar nominada en sí, es decir la suspensión de los efectos del acto, disposición o resolución atacada de ilegal ante la Sala Tercera, aun cuando taxativamente no se enuncie en el precitado cuerpo normativo en su artículo 73, son los que se aprecian regularmente ante las medidas cautelares en general, desarrollados tanto doctrinal, como jurisprudencialmente, siendo estos la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*), el peligro en la demora (*periculum in mora*) los cuales pasamos a exponer.

1.3. Requisitos de procedencia de las medidas cautelares

1.3.1 La apariencia de buen derecho (fumus boni iuris) o verosimilitud de derecho

En este supuesto, se trata de verificar un análisis anticipado del aparato jurisdiccional, acorde a la motivación que le otorgue el actor con relación a las particularidades de la actuación de la administración cuya ilicitud se pretende impugnar, en donde se dé como resultado una aparente violación al ordenamiento jurídico, apreciable a pesar de darse a priori en una fase incipiente en el trámite del proceso.

La jurisprudencia nacional ha reiterado en cuanto a este presupuesto, que significa que del acto administrativo impugnado se debe vislumbrar a primera vista una violación clara, manifiesta o notoria al ordenamiento jurídico.

En el derecho comparado también se utiliza como sinónimo a la apariencia de buen derecho, la denominada verosimilitud de derecho, según Ledesma:

La comprobación de la apariencia del derecho invocado, de modo que, según el cálculo de probabilidades, exista una real posibilidad de la certeza de la pretensión.

En ese sentido, continúa la autora señalando que, no es necesario "... un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino solo en grado aceptable de verosimilitud, como la probabilidad de que este exista, y no como una incuestionable realidad que solo se logrará al agotarse el trámite (Como se citó en Miranda, 2018, p. 24).

1.3.2. El peligro en la demora (periculum in mora)

Sobre este presupuesto es menester acreditar la condición de urgencia en la

adopción de la medida cautelar, en nuestra normativa especial la necesidad de suspensión de los efectos del acto administrativo cuya ilicitud se invoca.

En este punto consideramos importante agregar la preponderancia de la argumentación jurídica en conexión con los aspectos puntuales de la actuación de la administración pública, que dejen entrever a prima facie esta verosimilitud del derecho invocado y la vulneración del ordenamiento jurídico, si se trata de una acción contenciosa administrativa de nulidad, mientras que cuando se trata de derechos subjetivos en juego con su subsiguiente reparación, debe incorporarse prueba sumaria que haga palmariamente evidente esta afección con nexo causal al acto atacado.

En ese orden de ideas la Sala Tercera vía jurisprudencial ha sostenido la importancia de la prueba sumaria, a fin de determinar la urgencia en la adopción de la medida cautelar, por lo que nos valemus citar el siguiente extracto jurisprudencial:

Respecto del "periculum in mora", la Sala es de la opinión que el recurrente tampoco ha demostrado los graves perjuicios que se derivan del acto acusado, al no aportar elementos que le permitan a este Tribunal Colegiado, determinar la existencia de una aparente infracción al ordenamiento jurídico y una prueba fehaciente del perjuicio notoriamente grave que pueda sufrir el demandante, por lo tanto, no es procedente decretar en este momento la medida cautelar solicitada, bajo la salvedad que esta resolución en nada supone un fallo de fondo sobre la pretensión de ilegalidad solicitada, decisión que será proferida

una vez agotadas las etapas procesales correspondientes. (Corte Suprema de Justicia, 2021)

Conforme a estos criterios coincidimos con la conclusión de Miranda (2018), cuando asevera que:

El peligro en la demora o la urgencia de adoptar la medida cautelar, previo a la ejecutoria de la sentencia de fondo, una vez agotadas las etapas procesales correspondientes, es lo que constituye el fundamento principal para su adopción y garantizar así la efectividad de lo que se resuelva (p. 24).

1.4 Viabilidad de medidas cautelares de forma supletoria a la ley contenciosa administrativa panameña

No existe duda alguna acerca de la taxatividad de la suspensión de los efectos del acto administrativo, como única medida cautelar nominada contemplada en la jurisdicción contenciosa nacional; sin embargo, podría colegirse que a razón de la ya referida Ley 135 (1943) artículo 57C, que contempla el carácter supletorio de las disposiciones procesales contenidas en el Código Judicial (2015), con relación a los vacíos que mantenga dicha norma especial en cuanto a procedimiento se refiere, siempre y cuando no sean contrarias a la naturaleza de los negocios que se tramitan en la jurisdicción contenciosa administrativa.

Al respecto el precitado cuerpo normativo procesal, regula en su Libro Segundo, Capítulo Segundo, el apartado referente a las medidas cautelares en el procedimiento civil, dentro de cuyas particularidades se encuentran los mismos presupuestos de accesibilidad antes detallados, la necesidad de caución previa a

su práctica a fin de garantizar la reparación ante posibles daños y perjuicios derivadas de esta, mientras se reconoce el derecho en litigio, su tramitación a instancia de parte, susceptibilidad de sustitución de bienes objeto de la medida, ya sea de oficio o a petición de partes, de considerarse que con la aplicación en concreto se podrían suscitar perjuicios graves e innecesarios a la parte afectada, la tramitación inoída parte e incluso la posibilidad de incrementarse la caución requerida a priori, con relación al valor del bien objeto de la medida, entre otras características.

Como modalidades de medidas cautelares contempladas en cuerpo normativo antes señalado, se regula el secuestro, suspender cualquiera transacción, negociación, innovación, transformación, operación u obra respecto de la cosa que es objeto de la demanda, que pueda perjudicar su derecho y en su momento antes de su derogación, las medidas conservatorias o de protección general, que se trata de un género de toda aquella medida que se ajuste a asegurar la efectividad de las decisiones de fondo, esta última que permitiría la adopción de instrumentos de tutela cautelar que en mayor manera garanticen este propósito.

Sobre el análisis que requiere la aplicabilidad de la norma supletoria que refiere la Ley 135 (1943), artículo 57-C, podríamos externar la imposibilidad de aplicar la medida de secuestro en el contencioso administrativo, pues por mandato constitucional los bienes de propiedad del estado son inembargables y no son susceptibles de apropiación privada, en tanto que el objeto de la suspensión de los efectos del acto administrativo pareciera asimilarse a lo que regula para efectos civiles el Código Judicial, salvando semejanza alguna en cuanto a su tramitación, quedando en el tapete ventilar si la supletoriedad podría invocarse acerca de la tramitación de las

denominadas medidas conservatorias.

La respuesta a la interrogante anterior por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo ha sido tajante y reiterada, valiéndonos citar los siguientes extractos jurisprudenciales:

De otro sentido, la solicitud de inscripción de la demanda cuando esta pueda afectar el dominio o derecho reales sobre bienes inmuebles, no resulta ser un mandato procedimental que pueda, conforme a nuestra legislación ser aplicado; ya que no existe en nuestro derecho positivo, siendo que la jurisdicción contencioso administrativa panameña cuenta con una función cautelar típica de tipo específica y no genérica, por cuanto ella determina claramente cuál es la acción cautelar que puede adoptarse en el proceso y no así, se otorga la potestad de hacer uso de otras no prevista en la ley, como son llamadas las medidas cautelares innominadas o genéricas. (Corte Suprema de Justicia, 2015)

La Ley de lo Contencioso Administrativo, con base al artículo 57-C permite que sus vacíos puedan ser complementados por las normas generales del Código Judicial y las leyes que lo adicionen y reformen; no obstante, no debe perderse de vista que las normas que no le sean compatibles, pues, bajo ningún motivo podrán ser aplicadas. Vale advertir, que en lo que respecta a medidas cautelares la legislación de lo contencioso administrativo no se encuentra desamparada ya que su artículo 73 dispone taxativamente lo referente a la suspensión provisional; de allí que, a fin de lograr proteger o asegurar los

efectos que se advierten amenazados con el acto presuntamente ilegal o arbitrario lo procedente es solicitar la suspensión provisional, -que es una acción de tutela cautelar-, para que así, de haber mérito suficiente la Sala declare tal suspensión. (Corte Suprema de Justicia, 2007)

Como podemos apreciar en los supracitados extractos jurisprudenciales, se nos deja expuesto el tipo de medida específica que contiene nuestro proceso contencioso administrativo en materia cautelar, la cual elimina cualquier posibilidad de aplicación genérica e innominada, ajena a la suspensión de los efectos del acto administrativo.

2. La importancia de las medidas cautelares en el ejercicio del derecho humano al acceso de la tutela judicial efectiva

2.1 Alcance de la figura de la tutela judicial efectiva

El concepto de tutela judicial efectiva, de amplio estudio doctrinal en materia de protección de los derechos humanos, no puede ser concebido como un mero término jurídico o arquetipo legal, sin una verdadera relevancia práctica en lo que podríamos denominar la labor de administración de justicia en un estado derecho.

Y es que, no podríamos hablar de conceptos como seguridad o certeza jurídica, debido proceso, paz social o la propia tutela judicial efectiva, sin evidenciar que los mismos nacen del control judicial que el estado ejerce, a fin de evitar la autorregulación de los propios derechos por parte de los administrados, buscando que exista una verdadera materialización de los mismos, a través de los cauces previstos previamente por la ley, los cuales una vez agotados puedan redundar no solo en el reconocimiento de

estos, sino en su verdadero goce y disfrute, sin afectaciones arbitrarias.

Se trata de un concepto notablemente amplio desde la perspectiva doctrinal y jurisprudencial, que por sí solo merecería un extenso campo de estudio, pero que para nuestros propósitos antes de adentrarnos en concreto en su aplicación al marco de las medidas cautelares en el régimen contencioso administrativo, vale traer a colación lo que ha expresado la jurisprudencia de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo (2021), al disponer lo siguiente:

En este sentido, iniciamos señalando que la Tutela Judicial Efectiva constituye el Derecho Fundamental que tiene todo ciudadano a acceder a un proceso con todas las Garantías Constitucionales, que culmine con una decisión de fondo debidamente motivada, lo que desde luego no significa el derecho a obtener una determinación favorable, sino únicamente un pronunciamiento fundamentado en el que se decida su pretensión. Además, la Tutela Judicial Efectiva implica también el derecho a la efectividad de la Sentencia. El Pleno de la Corte Suprema de Justicia en ocasiones anteriores y valiéndose de los comentarios esbozados por el jurista Joaquín Silguero E., ha expresado en qué consiste el contenido esencial de la Tutela Judicial Efectiva, tal es el caso del Fallo de 21 de diciembre de 1998, que en su parte atinente expresa:

“El derecho a la tutela judicial efectiva puede ser definido como el derecho fundamental que asiste a toda persona para obtener, como resultado de un proceso sustanciado

con todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos. Se caracteriza por cumplir una función de defensa, en base a la heterocomposición del conflicto a través del poder del Estado, y por su marcado carácter procesal, ya que surge con la incoación, desarrollo y ulterior resolución de un proceso, manifiesta Joaquín Silguero Estagnan (SILGUERO E., Joaquín. La Tutela Jurisdiccional de los Intereses Colectivos a través de la Legitimación de los Grupos. Edit. Dykinson, Madrid, pág. 85-86)”.

Lo anteriormente expuesto, nos permite indicar que la Tutela Judicial Efectiva la integran, en términos generales, el Derecho a Acceder a los Tribunales de Justicia, la Garantía del Debido Proceso y el Derecho a la Ejecución o Efectividad de la Sentencia (p. 3)

Como podemos colegir de las supra citadas acotaciones de la Sala Tercera, pues el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva parte en primera instancia de la facultad jurisdiccional exclusiva que ejerce el estado a través del poder judicial, de proteger los derechos e intereses legítimos de los administrados bajo un amparo normativo del derecho positivo, garantizando el acceso a esta función antes los Tribunales competentes, utilizando los cauces o procedimientos que le dan certeza y seguridad jurídica a su tramitación y con la existencia de mecanismos que le brinden una efectividad real y práctica a las decisiones jurisdiccionales, una vez se encuentren ejecutoriadas, siendo este último aspecto en donde tiene una relevancia notoria la existencia de medidas cautelares o la denominada tutela cautelar, cimentada en la

teoría del riesgo y que más allá de esta función garantista del resultado del proceso, no tiene una preponderancia por sí sola.

1. 2.2 La Tutela Judicial Efectiva y el control jurisdiccional de legalidad de la administración pública

Ya hemos visto como las medidas cautelares jurisdiccionales integran parte de la concepción de la garantía fundamental de la tutela judicial efectiva, específicamente en cuanto a lo que se refiere a la efectividad de las sentencias judiciales o alcance concreto de las mismas en el reconocimiento de derechos tutelados por el estado de derecho; sin embargo, para adentrarnos más adelante en la respuesta de nuestras preguntas directrices de investigación, es menester entender su relación directa con el control de legalidad de las actuaciones de la administración pública que realiza el aparato jurisdiccional.

Para ello, debemos traer a colación que nuestro proceso contencioso administrativo eminentemente derivado del sistema francés, trae consigo dos sistemas de control de legalidad de los actos de la administración pública, el primero de ellos de autocontrol, ejercido por la propia administración pública a través de su engranaje gubernamental, en el denominado agotamiento de la vía gubernativa, es decir la propia administración pública cuenta con un procedimiento legal previamente constituido, para garantizar la legalidad de sus actuaciones a instancia de parte; mientras que por otro, una vez agotada o culminada esta esfera de autocontrol, siempre y cuando se trate de aquellas actuaciones que la propia ley permita, pueden someterse estas situaciones al control jurisdiccional, pudiendo suscitarse en todo este lapsus, la posibilidad de que exista riesgos inminentes de afectación de derechos e intereses legítimos, ya sean individuales o colectivos durante todo este transcurrir.

Ahora bien, entendiendo que la tutela cautelar es de notable relevancia en la garantía de los resultados de toda sentencia ejecutoriada, no es menos cierto que en la materia contenciosa administrativa se dan particularidades propias a su naturaleza, que no le son atendibles por analogía a razón de su aplicación en el derecho privado, pues existe la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública, la condición de inembargabilidad de los bienes del estado, la multiplicidad de figuras o entidades gubernamentales con sus respectivos regímenes jurídicos que las regulan, así como la pluralidad de actuaciones de la administración pública que hacen casi imposible establecer medidas cautelares sui generis para cada uno de los casos que se susciten, pero que no dejan de ser necesarias en virtud de la tutela judicial efectiva.

De este modo compartimos y consideramos muy atinado el criterio que expresa Miranda (2018) sobre la función accesorio que cumple para el ejercicio de la tutela judicial efectiva, las medidas cautelares y su relevancia particular en el proceso contencioso administrativo al manifestar textualmente que:

Dicho esto, se puede colegir que la Tutela Cautelar no se encuentra orientada a hacer justicia en sentido estricto, sino que es un medio para lograr esta. Es por ello que una de sus características principales es su variabilidad, toda vez que debe adaptarse a cada caso particular, a efectos de garantizar que el tiempo no haga inviable la concretización de la pretensión principal.

La relevancia de la Tutela Cautelar involucra que su limitación devenga en una lesión o afectación del derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva pues su

negación (injustificada) contravendría el eficaz funcionamiento de la justicia. En efecto, como un derivado de la tutela jurisdiccional efectiva, constituye una atribución sumamente importante para que el juzgador cumpla con el objeto del proceso, que es resolver la cuestión litigiosa y satisfacer el interés de los justiciables, supuesto que adquiere mayor relevancia en el proceso contencioso administrativo, en el cual, el conflicto versa sobre una presunta irregularidad de una decisión, actuación u omisión de la Administración respecto de los ciudadanos.

Es así como la Tutela Cautelar, en el ámbito contencioso administrativo, deviene en una herramienta eficaz del control del poder, ejercido en este caso por la Administración Pública en una etapa previa donde adoptó los roles de juez y parte (p. 23).

Es notable el aporte que estas líneas hacen en la concepción de un sistema cautelar aplicable al proceso contencioso administrativo que cumpla con las características de instrumentalidad real y práctica de justicia, bajo esa antigua premisa de dar a cada quien lo que le corresponde, ante el riesgo eminente de agravios por un actuar ilegítimo de la administración pública, su variabilidad o adaptabilidad a cada caso en particular y por ende en una verdadera herramienta de control al poder ejercido por la Administración Pública frente a la posible ocurrencia de vicios evidentes como la arbitrariedad, desviación de poder, ilicitud entre otros.

2.3. La tutela judicial cautelar como derecho humano de reconocimiento internacional

Como hemos precisado, la tutela cautelar es integrante de la figura de la tutela judicial

efectiva, en lo que se refiere a la eficacia que deben tener las resoluciones judiciales adoptadas por las autoridades competentes en una materia en específico, guardando estrecha relación con el derecho al debido proceso que en el rango constitucional consagra la Constitución Política (2004) artículo 32, pero su carácter de norma fundamental se extiende más allá, al punto de necesariamente ser estimada como un derecho humano de orden supranacional.

Para arribar a esa premisa, primero es necesario advertir las funciones primordiales de todo estado de derecho, siendo la primera de ellas el reconocimiento de su propia soberanía o el imperio del estado sobre su propio territorio y dentro del marco internacional, frente a las demás naciones independientes y la segunda de ellas y no menos trascendental, garantizar el pleno goce y disfrute de los derechos individuales y sociales del que gozan sus ciudadanos y habitantes, priorizando en la llamada dignidad humana como principio rector.

En ese orden de ideas, es importante traer a colación lo que establece nuestra máxima norma jerárquica establece en su preámbulo, cuando señala que se decretó la misma con el fin supremo de fortalecer la nación, garantizar libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, exaltar la dignidad humana, promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional e invocando la protección de Dios, así como sus artículos 4 y 17, que destacan el acatamiento del Estado Panameño de las normas de derecho internacional y la obligación de los autoridades de la república en la protección de la vida, honra y bienes a los nacionales dondequiera se encuentren y a los extranjeros que estén bajo su jurisdicción; **asegurar la efectividad de los derechos y deberes individuales y sociales,**

y cumplir y hacer cumplir la constitución y la ley, exaltando la condición mínima y no excluyente de derechos y garantías de la carta magna.

Es dentro de este rol, de asegurar la efectividad de los derechos individuales y sociales, que encaja la tutela cautelar del estado y así lo afianza la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), donde más allá de consagrar las garantías judiciales en su artículo 8, aplicables “mutatis mutandis” a todo tipo de procesos, sostiene en sus artículos 1 y 2 lo siguiente:

Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.
2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano.

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro

carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (p. 2)

El deber del estado de garantizar la efectividad de los derechos y garantías individuales y sociales, lo obliga a buscar las medidas con arreglo a sus procedimientos constitucionales y convencionales para asegurar este fin, esto último a razón de la doctrina del control de convencionalidad que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la protección de la dignidad humana, rol que por supuesto se extiende a los procesos contenciosos administrativos, en donde se ejerce el control jurisdiccional de las actuaciones de la administración pública, la cual bajo la presunción de legalidad que ampara su actuar, incurre en innumerables ocasiones en vulneraciones de derechos, en lugar de su protección real.

Por ende, la tutela cautelar se convierte en un derecho humano fundamental en el trámite del control administrativo jurisdiccional, pues existe una desigualdad de poderes del administrado frente al estado y la comentada presunción de legalidad de su actuar, lo que no en pocas ocasiones hace mucho más ostensible el riesgo de daños y vulneraciones a los derechos consagrados en nuestro ordenamiento jurídico, existiendo entonces la necesidad de que sea adecuado el régimen cautelar a las situaciones que en la práctica pueden ventilarse ante la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

En ese orden de ideas expresa Cumbe sus apreciaciones sobre decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el tema:

Sobre este tipo de medidas, Sandoval

Cumbe—citando una reciente decisión de la Corte IDH (Asunto Danilo Rueda respecto de Colombia)— afirma que «reiteró aquel Tribunal que las medidas provisionales consagradas en su reglamento [artículo 27] tenían dos caracteres: uno cautelar y otro tutelar» (Sandoval Cumbe, 2016, p. 117; el autor remite además a otras dos resoluciones de la Corte IDH, citadas ambas en la resolución del Asunto Danilo Rueda respecto de Colombia: Caso Herrera Ulloa respecto Costa Rica y Caso Wong Ho Wing vs. República de Perú). Respecto a lo primero, nos dice el mismo autor que se trata de mecanismos «cuya finalidad es preservar los derechos en posible riesgo, hasta tanto no se resuelva la controversia para asegurar la integridad y la efectividad de la decisión de fondo»

Esto permite evitar, en consecuencia, que se lesionen los derechos en litigio, situación que podría hacer inócua la decisión final o desvirtuar su efecto útil. En cuanto a lo segundo, «se trataba de conceder una verdadera garantía jurisdiccional orientada a proteger los Derechos Humanos, buscando evitar daños irreparables a las personas» (Como se citó en Arrien, 2018, pp. 317-318).

3. Análisis comparativo del propósito de las medidas cautelares en materia de derechos humanos y su aplicación en el régimen panameño

3.1. Justificación normativa de la medida cautelar existente en Panamá

Como indicamos en apartados anteriores, nuestro sistema cautelar en el proceso contencioso administrativo solo contempla a la fecha de forma taxativa la suspensión

provisional de los efectos de un acto, resolución o disposición si a juicio de la Sala de lo Contencioso Administrativo, ello es necesario para evitar un perjuicio notoriamente grave, según la Ley 135 (1943) artículo 73 y subsiguientes.

Sin embargo, para comprender la justificación normativa de la suspensión provisional de los efectos administrativos como única medida cautelar, debemos trasladarnos al concepto del acto administrativo, el cual fue considerado por mucho tiempo como el objeto de estudio del derecho administrativo, el cual según la Ley 38 (2000) artículo 201 lo define como:

Los siguientes términos utilizados en esta Ley y sus reglamentos, deben ser entendidos conforme a este glosario:

1. Declaración emitida o acuerdo de voluntad celebrado, conforme a derecho, por una autoridad u organismo público en ejercicio de una función administrativa del Estado, para crear, modificar, transmitir o extinguir una relación jurídica que en algún aspecto queda regida por el Derecho Administrativo (p.48).

Como podemos apreciar de esta definición, la función primordial del acto administrativo se centra en sus efectos, que crean, modifican, transmiten o extinguen relaciones jurídicas, que a su vez inciden en derechos e intereses legítimos individuales y colectivos, susceptibles del control administrativo, cuando el acto administrativo se emitió con propósitos distintos al legal, es decir que su objeto es ilícito o ilegal, finalidad acorde al ordenamiento jurídico, causa relacionada con los hechos, antecedentes y derecho aplicable, motivación comprensiva del conjunto de factores de hecho y de derecho

que fundamentan la decisión, el procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico y la forma en que debe plasmarse, esto último que debe ser a priori por escrito, salvo las excepciones que expresamente contemple la ley, indicando expresamente el lugar, la fecha y autoridad que lo emite.

La suspensión provisional de los efectos del acto administrativo es considerada en la doctrina como una nulidad temporaria, impropia y atípica, pues conlleva poder diferenciar la decisión cautelar de la decisión definitiva, que de ser favorable a los intereses del demandante, derivaría en la supresión total de los efectos del acto administrativo declarado nulo o si se requiere su eliminación del mundo jurídico, es decir se trata de un criterio anticipado que produce los efectos de nulidad temporal hasta que se resuelva el control administrativo jurisdiccional.

Por ende, con la medida de suspensión provisional se busca suspender la eficacia, ejecutividad, la obligatoriedad y la suspensión de los efectos del acto de la administración pública, que es utilizado en el proceso administrativo como una especie de medida cautelar sui generis (Comadira, 2020).

3.2. Particularidades de la suspensión provisional en el contencioso administrativo panameño

Dentro de las particularidades que resalta la medida fuera de los casos en lo que no es viable la misma, descritos en la Ley 135 (1943) artículo 74, es que se trata de una facultad potestativa o discrecional de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, lo que involucra que no están en la obligación de acceder a la misma y que no pueda decretarse de forma oficiosa, debe circunscribirse a la posibilidad inminente de daño, se trata de un criterio preliminar o provisional ajeno a la

decisión de fondo y su viabilidad depende de los presupuestos generales de toda medida cautelar, es decir la apariencia de buen derecho o verosimilitud de derecho y el peligro en la demora y claro está la legitimidad de quién la invoca.

En el caso de las acciones de nulidad, se añade la necesidad de quedar demostrado que la norma legal o acto de índole general atacado, revista condiciones o argumentos de notable ilegalidad al ser confrontado con el ordenamiento jurídico, mientras que tratándose de acciones de restitución del derecho vulnerado o de plena jurisdicción, se requiere de pruebas que de forma sumaria e incipiente, permitan colegir el riesgo eminente de daño, de no darse la suspensión provisional del acto administrativo atacado.

Por otro lado, en cuanto a su aplicabilidad, de los procesos de conocimiento de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo descritos en el Código Judicial (2015) artículo 97, siendo estos las acciones de nulidad, plena jurisdicción reparación directa o indemnización, protección de derechos humanos, interpretación prejudicial del alcance de un acto administrativo o consulta de legalidad, advertencia de ilegalidad y los procesos contencioso administrativo sumarios, solo se reconoce en la práctica su aplicación en las acciones de nulidad y plena jurisdicción.

3.3. Efectividad práctica de la medida de suspensión del acto administrativo en el derecho panameño

En el derecho contencioso administrativo panameño al igual que en todos aquellos ordenamientos jurídicos en donde en algún momento rigió un sistema cautelar típico, cimentado únicamente en la potestad discrecional de la autoridad jurisdiccional de mitigar provisionalmente los efectos de los

actos emanados de la administración pública en ejercicio de una potestad administrativa y bajo el imperio del derecho administrativo, a priori funcionó como una fórmula generalizada ante la mayoría de las situaciones escrutadas y que ante situaciones excepcionales que no encajaban en este supuesto de alcance, pues estaban amparadas sus denegaciones ante nuestra taxatividad cautelar por ley, escapando así de su escrutinio particular.

Así en ese sentido podemos citar el siguiente extracto jurisprudencial de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo:

Es necesario tener en cuenta a otros institutos que, en un futuro, posibiliten el perfeccionamiento de la función cautelar en el proceso contencioso administrativo panameño. Ello a través de figuras como las mencionadas por el ex Magistrado Jorge Fábrega en su obra de nombre, “Medidas Cautelares Innominadas o Genéricas en la Jurisdicción Contencioso Administrativa”, verbigracias: denegación de una petición o la prohibición de realizar una actividad, decretada por un acto administrativo; la inscripción de la demanda cuando ésta pueda afectar el dominio o derechos reales sobre bienes inmuebles o muebles; el secuestro de determinados bienes; medidas conservatorias o de protección en general. Estas medidas no provienen de expresos mandatos procesales que puedan ejecutarse conforme a nuestra legislación para ser debidamente aplicadas acorde al principio de legalidad. Indudablemente, se estructuran como instituciones novedosas en el área que nos atañe y que desde hace tiempo vienen originando el debate doctrinal

en Panamá, lo cual tiende a inspirar una reflexión evolutiva de nuestra jurisprudencia, dentro del marco legal correspondiente y las aspiraciones que a bien se tengan (Corte Suprema de Justicia, 2009)

De lo expuesto en el supra citado extracto jurisprudencial, queda claro que son tan variables y múltiples las funciones que ejerce la administración pública en el cumplimiento de sus propósitos bajo el estado de derecho moderno, las cuales impiden que exista una fórmula *sui generis* en la tutela cautelar de los resultados del proceso contencioso administrativo, aun cuando se reconozca que en efecto quizás en la mayoría de casos la suspensión provisional de los efectos del acto administrativo, sí logre este cometido tuitivo.

Y es que, como bien enlista el maestro Fábrega citado en el fallo anterior, al señalar que, situaciones como la denegación de una petición o la prohibición de realizar una actividad, decretada por un acto administrativo; la inscripción de la demanda cuando ésta pueda afectar el dominio o derechos reales sobre bienes inmuebles o muebles; el secuestro de determinados bienes; medidas conservatorias o de protección en general, dejan expuesta la necesidad de una adecuación en el sistema cautelar al servicio del contencioso administrativo panameño, pues no podemos hablar de una verdadera tutela jurisdiccional administrativa efectiva, si a este apartado de la garantía de la efectividad de las resoluciones no se puede acceder en la totalidad de los supuestos posibles.

Para culminar en este apartado, de un análisis reciente de los fallos de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, podemos colegir que las denegatorias ante peticiones

de medidas cautelares innominadas o atípicas recaen más que nada en las limitaciones de dominio sobre bienes inmuebles ante actos administrativos sobre adjudicaciones de tierras, para evitar su enajenación mientras se deslinda el proceso en cuestión, así como la inscripción en el Registro Civil de demandas contenciosas administrativas relacionada a determinado bien. En tanto que, es apreciable un porcentaje elevado de denegaciones de la medida de suspensión provisional en contraste con sus admisiones, ante todo ante la falta de argumentación jurídica que permita a priori al Pleno de la Sala, colegir en una fase incipiente, una notoria o evidente vulneración al ordenamiento jurídico tratándose de acciones de nulidad, mientras que en las acciones de plena jurisdicción, por la ausencia de pruebas sumarias lo suficientemente convincentes para ilustrar la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora, de no darse su adopción.

4. Tratamiento del sistema de medidas cautelares aplicables al proceso contencioso administrativo en el derecho comparado

4.1 En Nicaragua

Sin pretender en este apartado hacer un análisis profundo e histórico de la evolución del sistema cautelar en el proceso contencioso administrativo de cada uno de los países propuestos, buscamos enfatizar en aquellas particularidades de estos ordenamientos jurídicos en contraposición con el sistema cautelar panameño, en aras precisamente de esa función tuitiva que ya hemos desarrollado, debe ser su fundamento.

Así tenemos como muestra de uno de nuestros hermanos países centroamericanos, lo que al respecto contempla Nicaragua, de quien a priori podemos resaltar, al igual que Panamá, mantiene un número clausus de medidas cautelares aplicable al proceso contencioso administrativo, siendo la única

expresamente descrita la suspensión o cese del acto administrativo, pero incluso de una forma más desarrollada y precisa de su extensión y con variantes a lo descrito en nuestro ordenamiento jurídico.

Así las cosas, tal como sucede en Panamá, en Nicaragua dentro del marco de los derechos humanos ha sido introducido en el ordenamiento jurídico la figura de la tutela judicial efectiva, desarrollada vía convencional con la aplicación interna de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969), dentro de cuyas características como señalamos en apartados anteriores está la efectividad de las resoluciones judiciales y por ende, la importancia de la tutela cautelar al respecto; sin embargo, pese a existir disyuntivas doctrinales sobre la satisfacción íntegra de este propósito a la luz de esta coyuntura, la Ley 350 (2000), conocida como de regulación de lo contencioso-administrativo, únicamente desarrolla dentro de su cuerpo normativo la suspensión del acto como medida cautelar, pese a que su artículo 38 de forma aislada, liga la aplicación de la misma con la cualquiera otra medida necesaria para restablecer la legalidad, lo que podría mal interpretarse como una amplitud de este marco de medidas, pero que en la práctica no deriva en ello.

La suspensión del acto administrativo en Nicaragua guarda una diferencia notable con el ordenamiento jurídico panameño, al contemplar su ejercicio a instancia de parte o de oficio por el propio aparato jurisdiccional en sus labores de control administrativo, pues priva en Panamá el concepto de justicia rogada o a petición de parte en la justicia contenciosa administrativa. De este modo la Ley 350 (2000) señala:

Arto. 63. Suspensión de Oficio

La suspensión de oficio procederá en

los casos siguientes:

- 1) Cuando se tratase de algún acto que, de llegar a consumarse, haría materialmente improbable e imposible restituir al demandante el goce del derecho reclamado.
- 2) Cuando fuere notoria o evidente la falta de competencia de la autoridad, funcionario o agente contra quien se interpusiere la demanda.
- 3) Cuando el acto fuere de aquellos que ninguna autoridad puede ejecutar legalmente.

La suspensión a la que se refiere el presente artículo deberá ser declarada por la Sala respectiva del Tribunal competente, el cual deberá efectuar la respectiva notificación en un plazo de tres días hábiles por medio de cédula judicial o de cualquier medio o vía que contenga los elementos esenciales de la notificación y que dejare constancia por escrito para su cumplimiento inmediato.

Sobre sus requisitos de procedencia, el derecho contencioso-administrativo nicaragüense contempla la necesidad de argumentación con el libelo de petición acerca de lo que denominados la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora, los cuales son básicos en este tipo de medidas, pero cuenta con la particularidad frente a nuestra realidad jurídica, de contemplar la posibilidad de emisión de garantías suficientes para evitar los daños que a terceros pudiera causar la suspensión del acto, de no proceder la demanda impetrada (artículo 64) e incluso la posibilidad de que un tercero afectado con la suspensión del acto administrativo o de sus efectos, pueda prestar caución o garantía de las resultas de la demanda contenciosa administrativa para restituir la situación de las cosas al momento previo a la emisión del acto atacado y se regula

la modificabilidad de la medida cautelar en cualquier parte del proceso, ya sea de oficio o a petición de parte.

Para concluir en el apartado referente a Nicaragua, pues como comentamos al principio de este breve análisis, resulta patente como existe en el panorama de ese país al igual que en el nuestro, la discusión sobre una reforma integral al procedimiento contencioso administrativo, en donde las garantías constitucionales y convencionales relacionadas a la efectividad de las resoluciones y su vinculación a la tutela cautelar, sean externadas en un catálogo de medidas que persiga una efectiva tutela de derechos y en ese sentido se expresa Arrien (2018):

Sería adecuado que una futura reforma de la ley contencioso-administrativa nicaragüense vincule la tutela cautelar al derecho de tutela judicial efectiva de forma expresa, sosteniendo que aquel forma parte constitutiva de este, e incluso que permite el logro de tal efectividad al emitirse la medida cautelar pertinente a cada caso. Esa vinculación podría asegurarse mediante su reconocimiento como un principio transversal, de índole procesal, del contencioso-administrativo, en la misma normativa de la materia (p. 316)

4.2. En Colombia

En el derecho contencioso administrativo colombiano se marca un antes y después de la emisión de la Ley 1437 (2011), por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, pues con antelación, al igual que nuestro país y Nicaragua, contaban con un sistema de *numerus clausus*, en donde solo se contemplaba la tradición cautelar de la suspensión del acto administrativo; no

obstante, derivado de las mismas disyuntivas que su efectividad produce dentro del marco de tutela real de los derechos e intereses legítimos que se pueden ver afectados durante el curso prolongado del proceso contencioso administrativo, se adoptó de forma expresa un régimen innominado de medidas cautelares.

Sobre las particularidades de este régimen, vemos que estas medidas cautelares innominadas pueden ser requeridas y/o decretadas en cualquier etapa del proceso contencioso administrativo e incluso, tal como refiere el supra citado cuerpo normativo en su artículo 229, tratándose de la protección y defensa de los intereses colectivos pueden ser decretadas de oficio, resaltando que se trata de la adopción de una medida provisional que no implica prejuzgamiento.

La ley in examine, si bien establece en su artículo 230 una lista de medidas en concreto o taxativas, se deja el camino abierto para la aplicación de cualquier otra que guarde relación directa con las pretensiones de la demanda, es decir que se busca garantizar en cada caso en concreto la efectividad de los resultados del proceso una vez cumplidas todas las etapas procesales, a tal punto de prever la naturaleza de cada una de las medidas cautelares a adoptar e incluso la toma de aquellas decisiones que debe realizar la autoridad administrativa en cuestión a requerimiento del Juez o Magistrado ponente, al señalar lo siguiente:

Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares. Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas:

1. Ordenar que se mantenga la situación, o que se restablezca al estado en que se encontraba antes de la conducta vulnerante o amenazante, cuando fuere posible.
2. Suspender un procedimiento o actuación administrativa, inclusive de carácter contractual. A esta medida solo acudirá el Juez o Magistrado Ponente cuando no exista otra posibilidad de conjurar o superar la situación que dé lugar a su adopción y, en todo caso, en cuanto ello fuere posible el Juez o Magistrado Ponente indicará las condiciones o señalará las pautas que deba observar la parte demandada para que pueda reanudar el procedimiento o actuación sobre la cual recaiga la medida.
3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo.
4. Ordenar la adopción de una decisión administrativa, o la realización o demolición de una obra con el objeto de evitar o prevenir un perjuicio o la agravación de sus efectos.
5. Impartir órdenes o imponerle a cualquiera de las partes del proceso obligaciones de hacer o no hacer.
6. Parágrafo. Si la medida cautelar implica el ejercicio de una facultad que comporte elementos de índole discrecional, el Juez o Magistrado Ponente no podrá sustituir a la autoridad competente en la adopción de la decisión correspondiente, sino que deberá limitarse a ordenar su adopción dentro del plazo que fije para el efecto en atención a la urgencia o necesidad de la medida y siempre

con arreglo a los límites y criterios establecidos para ello en el ordenamiento vigente (p.76)

En cuanto a los requisitos de procedibilidad, prácticamente son los básicos, de legitimidad del accionante, la apariencia de buen derecho o verosimilitud, el peligro en la demora, que exista una adecuada relación entre los fundamentos argüidos para su acceso, las pruebas que sumariamente justifiquen la adopción de la medida, destacando la necesidad de suministrar caución en los procesos donde intervengan intereses o derechos particulares, por ende no es necesario caucionar en aquellos procesos que tengan por finalidad la defensa o protección de derechos colectivos o cuando la medida sea requerida por una entidad pública.

De igual manera, se regula la posibilidad de modificar, revocar y/o modificar de oficio las medidas cautelares decretadas, siempre y cuando considere el magistrado no sean cumplidos los requisitos para su otorgamiento o estos ya fueron superados o que es necesario variarla. Tales decisiones se podrán optar también por instancia de parte y se prevé la posibilidad de levantamiento de la medida cautelar adoptada ante la satisfacción de caución en garantía de los daños y perjuicios que se llegaren a causar, así como el supuesto de adopción de medidas cautelares innominadas cuando se advierta que con motivos de urgencia no se pueda cumplir con el trámite que el código prevé, el cual requiere de su correspondiente traslado.

4.3. En España

En el derecho español encontramos pues una evolución jurisprudencial primero y luego constitucional, con mayor peso a partir de la Constitución Política (1978) y entendible a partir de la exaltación no solo del control de legalidad de las actuaciones de la

administración pública, sino en una verdadera tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos, desarrollando y preponderando el derecho a la tutela judicial efectiva, dentro de la cual resalta la tutela cautelar como instrumento de garantía de esa eficacia que deben perseguir los fallos en esta materia, sobre todo cuando en la misma como característica priva un régimen exorbitante de derecho frente a los ciudadanos comunes.

En ese sentido la Ley 29 (1998) es la reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa en el Reino de España y en específico su aspecto cautelar es tratado en sus artículos de 129 a 136, partiendo de la concepción incidental de tales peticiones dentro del trámite de las demandas contencioso administrativas.

Así mismo se constituye en un régimen cautelar innominado, al evitar enlistar o expresar taxativamente el tipo de estas a contemplarse dentro de los procesos contenciosos administrativos y sí resaltando que su delimitación o margen de aplicación se extiende a una valoración previa de los intereses en conflicto y acordarse únicamente cuando la ejecución de acto o la aplicación de su disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso y puede darse su denegación cuando se pueda inferir que de su aplicación pudiera darse perturbación grave de los intereses generales o de terceros, es decir corresponde a una análisis casuístico de la misma.

Dentro de otras de sus características particulares esta su susceptibilidad de modificación y revocación, de variar las circunstancias que la motivaron en el transcurrir del proceso. En tanto que, al igual que en los casos de Nicaragua y Colombia, se prevé la posibilidad, ante situaciones que requieran

evitar o mitigar los efectos perjudiciales de cualquier naturaleza, que puedan derivarse de la adopción de las medidas cautelares en el proceso, la tasación de cauciones y/o garantías a consignar por la parte favorecida con su aplicación a fin de responder de posibles daños y perjuicios, así como la susceptibilidad antes circunstancias de especial urgencia, de adoptar medidas cautelares inoida parte, sin requerir previamente el trámite incidental.

Para concluir este apartado, nos valemos traer a colación un análisis de un extracto jurisprudencial del Tribunal Supremo Español:

La exégesis del art. 130 de la Ley 29/1998 conduce a las siguientes conclusiones:

a) la adopción de la medida exige, de modo ineludible, que el recurso pueda perder su finalidad legítima, lo que significa que, de ejecutarse el acto, se crearían situaciones jurídicas irreversibles haciendo ineficaz la sentencia que se dicte e imposibilitando

el cumplimiento de la misma en sus propios términos, con merma del principio de identidad, en el caso de estimarse el recurso;

b) aun concurriendo el anterior presupuesto, puede denegarse la medida cautelar siempre que se aprecie perturbación grave de los intereses generales o de tercero, lo que obliga a efectuar siempre un juicio comparativo de todos los intereses en juego, concediendo especial relevancia, a la hora de decidir, a la mayor perturbación que la medida cause al interés general o al de un tercero afectado por la eficacia del acto impugnado; y,

c) en todo caso el juicio de ponderación que al efecto ha de realizar el Órgano jurisdiccional debe atender a las circunstancias particulares de cada situación y exige una motivación acorde con el proceso lógico efectuado para justificar la adopción o no de la medida cautelar solicitada. (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 2015)

Conclusiones

Las medidas cautelares tienen una particular preponderancia en la eficacia de las resoluciones judiciales y sobre todo en la tutela real de los derechos y garantías que consagra el ordenamiento jurídico, por lo que su regulación adecuada dentro del control administrativo jurisdiccional, redundará siempre en un sistema jurídico garantista efectivo y respetuoso de la dignidad humana acorde a los estándares constitucionales y convencionales.

La suspensión de los efectos del acto administrativo es la única medida cautelar aplicable en el proceso contencioso administrativo panameño y así lo ha externado claramente la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo; sin embargo, la misma no cumple en la totalidad de los casos que pueden suscitarse del actuar de la administración pública moderna, con su función tuitiva precautoria a razón de la garantía fundamental de la tutela judicial efectiva.

Las medidas cautelares en los procesos contencioso administrativos tienen como presupuestos a su admisibilidad prácticamente los mismos en distintas latitudes, siendo estos

el peligro en la demora o riesgo de afectación de no aplicarse, la apariencia de buen derecho y la legitimidad de quien la invoca.

La aplicación de medidas cautelares innominadas acorde a la experiencia de países como España y Colombia, ha permitido encuadrar los efectos precautorios y de tutela de derechos subjetivos, colectivos e intereses legítimos que mejores resultados puedan obtener frente a determinada actuación de la administración pública.

Los factores que permitirían la viabilidad de la ampliación del catálogo de medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo panameño a nuestro criterio lo serían: la necesidad de adaptar los efectos tutelares de las mismas a la totalidad de situaciones que pueden derivarse del actuar moderno de la administración pública, los innumerables vacíos existentes en materia cautelar en el proceso contencioso administrativo panameño y la satisfacción de los estándares constitucionales y convencionales que en materia de protección de derechos humanos debe cumplir la administración pública.

Referencias bibliográficas

- Arrién, J. (2018). *La tutela cautelar en el contencioso-administrativo de Nicaragua*. Derecho PUCP, (81),303-339. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/20438/20354>.
- Código Judicial. Ley 23, junio, 1, 2001, 10 de septiembre de 2001, (Panamá).
- Comadira, J. P. (2020). *Presunción de legitimidad, ejecutoriedad y suspensión judicial de los efectos del acto administrativo: Un intento de aproximación equilibrada entre los caracteres esenciales del acto administrativo y la tutela judicial efectiva. La suspensión judicial de los efectos del acto administrativo como nulidad atípica o impropia* (Tesis doctoral). Facultad de Derecho de la Universidad Austral. <https://riu.austral.edu.ar/bitstream/handle/123456789/1819/Comadira%2C%20Julio%20Pablo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Constitución Política Nacional, (2004), 15 de noviembre de 2004 Gaceta N°.25176, (Panamá).
- Constitución Española, (1978), Boletín Oficial del Estado N°.311, (Reino de España).
- Convención Americana de Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Casación Laboral. Expediente 671-06 (M.P. Víctor L. Benavides P.; junio 18 de 2007).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Casación Laboral. Expediente 346-15 (M.P. Abel Augusto Zamorano; octubre 9 de 2015).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Casación Laboral. Expediente 81913-2021 (M.P. Efrén Cecilio Tello Cubilla; noviembre 26 de 2021).
- Corte Suprema de Justicia, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo y Casación Laboral. Expediente 46368-21 (M.P. Carlos Alberto Vásquez Reyes.; diciembre 14 de 2021).
- Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. (2023). Medida cautelar, Proc. En *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*. <https://dpej.rae.es/lema/medida-cautelar>.
- Ley 135, 1943. Orgánica de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Gaceta Oficial No. 09097, (Panamá).
- Ley 33, 1946. Por la cual se reforma la Ley 135 de 1943, Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Gaceta Oficial No. 10113, (Panamá).
- Ley 29, 1998. Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Boletín Oficial del Estado No. 167, (Reino de España).
- Ley 38, 2000. Que aprueba el Estatuto Orgánico de la Procuraduría de la Administración, regula el Procedimiento Administrativo General y dicta disposiciones generales. Gaceta Oficial No. 24109, (Panamá).
- Ley 350, 2000. Ley de regulación de la jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo. Gaceta Oficial No.140 y 141, (Nicaragua). <https://www.poderjudicial.gob.ni/arc-pdf/Ley%20350.pdf>
- Ley 1437, 2011. Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Gaceta Oficial 47956, (Colombia).
- Miranda, O. (2018). *La modificación de*

oficio de la medida cautelar en el proceso contencioso administrativo. (Tesis de Maestría), Pontificia Universidad Católica del Perú. https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/15252/MIRANDA_CASTILLO_LA_MODIFICACION_DE_OFICIO.pdf?sequence=1

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Recurso de Apelación 593/2015 (M.P. Juan Francisco López de Hontanar Sánchez; febrero 3 de 2016). <http://intranet.dipsoria.es/gestiona/Sentencias/21989.html>

Eduardo Vargas Reyes

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Autónoma de Chiriquí, con Maestría en Derecho Mercantil obtenida en la Universidad Santa María La Antigua y Maestría en Derecho Administrativo en el Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ) de Nicaragua, Postgrado en Docencia Superior expedido por la Universidad Interamericana de Panamá y una carrera de poco más de 13 años en el Órgano Judicial, partiendo del cargo de Oficial Mayor II en el Juzgado Tercero

Seccional de Familia del Primer Circuito Judicial en 2010, Asistente de Juez en el mismo despacho, Asistente de Magistrado en el Tribunal Superior de Familia y en la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, hasta ocupar desde el año 2016 el cargo de Juez Cuarto Municipal de Familia del Distrito de Panamá y docente universitario de licenciatura y maestría en diversas universidades desde el año 2014.