

EL ROL DEL JUEZ ADMINISTRATIVO DE URGENCIA EN FRANCIA Y LOS PRINCIPALES CAMBIOS EN LAS LÍNEAS JURISPRUDENCIALES

Por: Corina Duque Ayala¹

Resumen: Este artículo presenta la evolución del rol del juez administrativo de urgencia en Francia, la flexibilización en sus condiciones de intervención, después de la reforma del año 2.000 y la forma cómo se tramitan y cumplen sus órdenes respecto de las medidas cautelares o provisionales, así como algunas de sus consecuencias en la administración de la justicia contencioso administrativa.

Palabras Claves: Juez de “urgencia”, medidas cautelares y provisionales, derechos fundamentales, control de convencionalidad.

Résumé: Cet article présente l'évolution du rôle du juge administratif d'urgence en France, l'assouplissement des conditions d'intervention, après la réforme de l'année 2000 et la façon dont les juges donnent ses ordonnances -mesures provisoires-, ainsi que certains de leurs conséquences pour l'ensemble de la justice administrative.

Mots-clés: juge de «urgence», des mesures conservatoires et provisoires, les droits fondamentaux, le contrôle de conventionalité.

Introducción

Por pertenecer a la familia de la Rama Judicial, en la Jurisdicción Contencioso Administrativa, fui invitada a participar con este artículo en la revista de jurisprudencia comparada del Consejo de Estado, que tiene como finalidad mostrar algunos avances jurisprudenciales en otras latitudes. El texto que se expone a continuación, permite visualizar los avances en la constitucionalización del derecho administrativo en Francia, a partir de la figura del “*juez administrativo de urgencia*”, para ello se presentará la evolución de su rol, la forma cómo se flexibilizaron las condiciones de intervención de este

¹ Magistrada de Descongestión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Abogada de la Universidad Santo Tomás y Administradora Pública de la ESAP, Doctora en Derecho Público de la Universidad de Burdeos- Francia, email: corinaduque@gmail.com

operador judicial, desde la reforma del año 2000 y la manera cómo se vienen tramitando y cumpliendo las órdenes de medidas cautelares y provisionales, lo que ha servido, a su vez, para avanzar en la interpretación dentro de un contexto de integración normativa supranacional.

Quienes participamos en los encuentros de la jurisdicción contencioso-administrativa y en las mesas de trabajo de los diversos proyectos de ley del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, fuimos testigos directos de los avances profundos que ha tenido la jurisdicción con figuras únicas en el mundo, tales como la unificación y la extensión de la jurisprudencia, las cuales pretenden garantizar la seguridad jurídica e igualdad en la administración de justicia; así como la adopción de medidas cautelares de urgencia y ordinarias, éstas últimas previstas a lo largo del proceso contencioso, con el fin de lograr la eficacia de los fallos y el respeto de los derechos fundamentales, haciendo menos gravosa la situación de ambas partes al momento de una condena.

En el proyecto de Ley 198 de 2009 del código² se señaló: “(...) 5. *Fortalecimiento de los poderes del juez: el proyecto de reforma que tiene como finalidad principal la tutela judicial efectiva de los derechos de los administrados, sistemáticamente desconocidos por la administración, por lo general bajo el pretexto de la falta de recursos para reconocerlos, prefiriendo dilatar en el tiempo el reconocimiento de unos derechos, que las más de las veces se revelan como indiscutibles, dada la reiteración de las tesis jurisprudenciales o la claridad del buen derecho del reclamante. Es por esto que se propone dotar al juez de poderes, con el fin de hacer real el reconocimiento de los derechos de los asociados. (...) Estos poderes se reflejan, dentro del proceso contencioso administrativo, en los siguientes temas: (...) g. En relación con medidas cautelares: Las medidas cautelares contempladas en el proyecto se constituyen en el más novedoso y eficaz instrumento para lograr la tutela judicial efectiva (...).*”

Es así como las medidas cautelares se convierten en un instrumento jurídico novedoso, pero también complejo y delicado al momento de ejercer la función judicial. En este momento se han dado algunos lineamientos jurisprudenciales muy interesantes,

² Proyecto de ley 198, que luego sería aprobado como la Ley 1437 de 2013, www.infraestructura.org.co/jurídica/.../ponencia_SegudoDebate.doc. Colombia.

mediante autos de ponentes de las diferentes secciones del Consejo de Estado³, cuyos contenidos permiten guiar el devenir de esta institución en el país, respecto de la apariencia del buen derecho, el daño por la mora y la ponderación de intereses en conflicto, así como las características específicas de la medida cautelar de urgencia que se puede incoar aún sin que exista demanda ante el contencioso.

La jurisprudencia respecto de las medidas cautelares, vista como “*los principios y reglas establecidas por el juez para tomar decisiones*”⁴, adquiere mayor importancia si se constata que hoy vivimos en un mundo marcado por la judicialización de la vida colectiva, y la “*urgencia*” para buscar la solución a los litigios entre individuos y para obtener con celeridad y eficacia el respeto de los derechos fundamentales, por parte de las autoridades públicas.

Con el nuevo Código los lineamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado se convierten en piezas constitutivas del sistema jurídico, en el mismo rango que las reglas del derecho, cuando presentan tres características: 1) son fruto de una unificación jurisprudencial de Sala Plena o Sala de sección del Consejo de Estado, 2) contienen una

³ Entre otros:

1. Sección Quinta, C.P. Susana Buitrago V., auto del 13 de septiembre de 2012, radicado 2012-042, Suspensión provisional de actos de elección.
2. Sección Quinta, C.P. Alberto Yepes Barreiro, auto del 18 de septiembre de 2012, radicado 2012-049 Suspensión provisional de actos administrativos de elección comunidades indígenas o étnicas.
3. Sección Primera, C.P. María Elizabeth García González, auto del 26 de abril de 2013, radicado 2012-614, medidas cautelares en acciones populares.
4. Sección Segunda, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, auto del 16 de abril de 2014, radicado 1131-2014, medida cautelar de urgencia, caso Gustavo Petro.
5. Sección Primera, C.P. Guillermo Vargas Ayala, auto del 20 de marzo de 2014, radicado 2013-442, requisitos para decretar la suspensión provisional en actuaciones administrativas.
6. Sección Primera, C.P. María Claudia Rojas, auto del 26 de marzo de 2014, radicado 2013-534, competencia para decidir la medida cautelar de urgencia,
7. Sección Primera, C.P. María Elizabeth García González, auto del 28 de marzo de 2014, radicado 2012-624, Suspensión provisional Decreto de Plan de Ordenamiento Territorial de Bogotá.
8. Sección Quinta, C.P. Lucy Jeannette Bermúdez Bermúdez, auto del 31 de marzo de 2014, radicado 2014-090, suspensión provisional del auto que promociona el voto en Blanco.
9. Sección Segunda, C.P. Gustavo Gómez Aranguren, auto del 30 de abril de 2014, radicado 3914-2013, auto que suspende el concurso de la rama judicial.
10. Sección Tercera, C.P. Mauricio Fajardo, auto del 14 de mayo de 2014, radicado 50222, auto que suspende contratación sometida a régimen especial.
11. Sección Cuarta, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez, auto del 21 de marzo de 2014, radicado 2013-534, auto que ordena la revocatoria de la medida cautelar a ISAGEN.

⁴ POCHARD, Marcel (2012), *Intervención en el seminario sobre la metodología para realizar líneas jurisprudenciales en el Consejo de Estado*. Bogotá, 3 de diciembre de 2012.

solución querida y sólidamente apoyada, teniendo en cuenta una importante cuestión de derecho planteada ante el juez, en un campo determinado y una continuidad en el tiempo de esta solución jurídica; y 3) contienen una aplicación generalizada de esta solución por parte de toda la jurisdicción.

En el caso de las medidas cautelares, los autos de ponente no tendrían aún esta connotación de “*reglas de derecho*”, debiendo esperar algunos fallos que retomen los planteamientos allí dados y unifiquen el tema.

Con el fin de aportar a lo que deberían ser los lineamientos jurisprudenciales en esta materia, este artículo pretende ilustrar el manejo de esta institución en Francia, a partir del papel que cumplen los jueces de urgencia, cuyas competencias fueron ampliadas desde el año 2000, así como la jurisprudencia desplegada por el Consejo de Estado, en los últimos años, tendiente a delimitar sus funciones y las consecuencias de sus órdenes.

Estos jueces actualmente gozan de una amplia aceptación ciudadana, al haber demostrado idoneidad y creatividad en el cumplimiento de sus funciones, sin desconocer las lecciones aprendidas a la luz de la justicia internacional y de la comunidad europea y algunos de sus planteamientos podrían ayudar a solucionar algunas de las situaciones que deben sortear hoy los jueces en las diferentes instancias.

Con miras a desentrañar este tipo de aportes de la jurisprudencia comparada, en el texto se decide sintetizar la tesis doctoral de M. J. PIASECKI⁵, realizada desde el Centro de Estudios e Investigaciones en Contencioso, de la Facultad de derecho de la Universidad del Sur de Toulon Var en Francia, quien demuestra que la reforma del 30 de junio de 2000, procuró los medios y los poderes necesarios al juez de urgencia, para que su oficio se volviera realmente eficaz, así mismo que este juez ha sabido ejercer la nueva función, a través de la jurisprudencia, con el fin de afirmarse como un verdadero gestor o director de medidas cautelares.

⁵ J. PIASECKI, *El oficio del juez administrativo de urgencia: Entre mutaciones y continuidad jurisprudencial*. Tesis Doctoral de Derecho Público, sustentada el 13 de diciembre de 2008, Universidad del Sur de Toulon-Var, HAL Id consultado en www.telarchives-ouvertes.fr

Al adentrarse en el tema, el investigador estudia los diferentes fallos expedidos por estos jueces, lo que le permite evidenciar los avances en la implementación de los nuevos procedimientos de urgencia y resaltar que los más utilizados han sido los relacionados con medidas precontractuales y aquellos en materia fiscal. Constata además que los solicitantes y la administración pública han ganado en simplicidad, rapidez y eficacia, al aclararse con celeridad el panorama en cada caso, tanto para el ciudadano como para la administración, quienes pueden direccionar su actuación hacia lo que deben y no deben hacer.

En la primera parte de la tesis se aborda la función del juez de urgencia y la forma cómo se ha flexibilizado su actuación después de la reforma. En la segunda parte se profundiza sobre el contenido de algunas de las órdenes, la posibilidad de ejercer un control convencional y sus consecuencias, lo que permite afirmar que el oficio de juez de urgencia en Francia ha cambiado y a pesar de que se siga concibiendo su actuación como provisional, ha tenido que enfrentarse a la voluntad de efectividad y de eficacia exigida por la ciudadanía e inherente a toda decisión jurisdiccional.

I. Las funciones del juez administrativo de urgencia y la flexibilización en sus condiciones de intervención

A. El nuevo rol del juez de urgencia.

El juez de “*référé*” en Francia, es un juez administrativo “*de urgencia*”, que no juzga lo principal, -la nulidad del acto-, sino que dicta medidas cautelares, provisionales y rápidas, destinadas a salvaguardar los derechos y las libertades de los administrados. Estos jueces se pronuncian mediante ordenanzas u órdenes que equivalen a fallos.

Durante mucho tiempo el juez administrativo en Francia fue criticado por su incapacidad para gestionar la urgencia, es así como existieron numerosos procedimientos de urgencia, pero éstos se encontraban esparcidos y tenían una eficacia limitada.

La Ley del 30 de junio de 2000⁶, que trata sobre las “medidas de urgencia” que proceden ante la jurisdicción administrativa, reformó este procedimiento y reforzó los poderes del “*juez de urgencia*”. A partir de esa fecha, se distinguen tres clases de medidas de urgencia:

1. Las medidas de urgencia comunes, como lo son la suspensión provisional del acto, la orden respecto de libertades fundamentales, la orden de conservación, la orden de revisión:

- La suspensión provisional fue prevista en el artículo L 521-1 del Código de Justicia Administrativa –en adelante CJA-. Para su trámite se requiere de una demanda principal que haya solicitado la modificación o la anulación y formulado además una solicitud de medida cautelar. Se deben cumplir tres condiciones: a) que el solicitante justifique la urgencia en la suspensión del acto, que existan dudas serias respecto de la legalidad del acto y que exista una demanda principal de anulación o modificación de dicha decisión.
- La orden respecto de libertades fundamentales está prevista en el artículo L 521-2 del CJA, la amenaza debe provenir de una persona de derecho público y debe tratarse de un atentado grave y abiertamente ilegal a dicha libertad. La orden se expide normalmente para ser cumplida dentro de las 48 horas siguientes. El procedimiento no necesita de abogado pero requiere de la contradicción en audiencia.
- La orden de conservación o medida útil está prevista en el artículo L 521-3 del CJA, se otorga por la simple condición de urgencia, sin necesidad de medida cautelar, consiste en que el juez ordena conservar ciertos elementos de prueba, debido a la importancia capital que representan dentro del proceso, para llevar a buen término la litis.
- La orden de revisión, prevista en el artículo L 5214 del CJA, que permite revisar sobre la base de elementos nuevos una orden tomada en urgencia, para lo cual se desata el recurso de apelación.

⁶ Ley No 2000-597 del 23 de junio de 2000, relativa a las medidas de urgencia ante las jurisdicciones administrativas de Francia.

2. Las medidas cautelares de “experticia”, como la medida de constatación, la medida de instrucción y la medida de provisión:

- Las medidas de constatación e instrucción se encuentran previstas en el artículo R 531-1 del CJA y sirven para practicar rápidamente una prueba pericial con el fin de garantizar la conservación de la prueba y los resultados del proceso.
- La medida de provisión está prevista en el artículo R 541-1 del CJA y permite obtener una reserva presupuestal por parte de la administración, para pagar la obligación por cuanto el acto a analizar es suficientemente cuestionado.

3. Y las medidas de urgencia relativas a campos específicos, por ejemplo: la medida de urgencia fiscal o los regímenes especiales (la suspensión de un acto del gobernador solicitado por las colectividades territoriales).

- La medida cautelar en materia de impuestos, prevista en el artículo L.552-2 del CJA, que se aplica para garantizar el recaudo de los impuestos directos y el impuesto a las ventas.
- La medida en materia de procedimientos urbanísticos prevista en el artículo L.554-1 del CJA, a favor de otras autoridades urbanísticas o para la protección del medio ambiente.
- La medida en materia precontractual prevista en el artículo L.551-1 y 551-2 del CJA, que se aplica a los procesos contractuales, antes de la suscripción del contrato, por irregularidades relacionadas con la publicidad, la transparencia, la competencia desleal.
- Las medidas contractuales previstas en una directiva europea, la Ordenanza No 2009-515 del 7 de mayo de 2009, que se aplica a contratos en ejecución, suscritos a partir del 1º de diciembre de 2009. Permite a las personas que tengan interés en suspender la ejecución de un contrato por haberse infringido los principios de publicidad, transparencia y competencia, solicitar al juez la suspensión o la nulidad del mismo y pronunciarse sobre la cláusula pecuniaria sin exceder el 20% de las utilidades.

Para los actos administrativos en general, el juez de urgencia puede suspender la ejecución de una decisión administrativa si se reúnen dos condiciones: a) la urgencia, situación que el juez debe apreciar libremente, b) la existencia de una duda seria sobre la legalidad del acto en cuestión.

El juez de urgencia es al interior de cada tribunal, un juez que estatuye sólo, es decir, se puede tratar de un presidente de tribunal administrativo, de una corte administrativa de apelación o de un magistrado experimentado (al menos con dos años de antigüedad y el grado de primer consejero).

Cuando el juez de urgencia es requerido para que decida sobre una medida cautelar, debe proceder a fijar la fecha de la audiencia, el plazo puede variar, en función del grado de urgencia, -días, horas-, y al final de la audiencia, o mediante un receso, si el juez lo considera necesario, debe anunciar su decisión, a su turno, puede tomar cualquiera de las medidas cautelares y provisionales permitidas en la ley. Es por esto que dicho mecanismo ha sido visto como un progreso notable en favor de los justiciables, en un país donde la función de los jueces había sido históricamente restringida.

Se recuerda que desde la época de Montesquieu, se hizo famosa la frase del capítulo 6 del libro 2º, de *“El espíritu de las leyes”*, “de la Constitución de Inglaterra”, en donde el autor asigna al juez una función absolutamente limitada: los jueces *“no son (...) sino la boca que pronuncia las palabras de la ley”*.⁷

Esta concepción del rol del juez –que a su vez era resultado de una inquietud frente a una función importante para esa época- conoció, después de este período pre-revolucionario, numerosos cambios y suscitó numerosos interrogantes. Es así como, este oficio propio de cada juez –ante la ausencia de una definición única y precisa- es hoy susceptible de muchas acepciones. El profesor S. RIALS dice que *“cada autor, de manera más o menos clara, indica que la función del juez tiene su lógica y sus exigencias,*

⁷ C.L., MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*. Dalloz, 45ª, edición, 2009.

lo que impide reducirla a una definición mecánica, en la cual se ha creído poder contenerla”⁸

Decir que el juez tiene por única función, ser la boca de la ley, se muestra hoy en día, como una definición demasiado reducida.

“De la misma manera como se duda hoy (...) cuando se habla del juez en singular, se puede sentir la reticencia al hablar de su oficio en sí, como si el oficio del juez fuera único, o al menos unitario”⁹. La actuación del juez no es más un oficio único, hoy reconocemos que el juez tiene pluralidad de oficios.

Es así como, el juez de la jurisdicción ordinaria tiene un oficio diferente al juez administrativo. La separación de estas dos jurisdicciones conduce a que estos jueces intervengan en litigios de naturaleza diferente, lo que implica inevitablemente un oficio de juez administrativo distinto a aquel de su homólogo de la jurisdicción ordinaria.

En el mismo sentido, al estudiar la jurisprudencia desplegada después de la entrada en vigencia de la Ley No 2000-597 del 30 de junio del 2000, relativa a los jueces administrativos de urgencia, se constata que en la práctica se ha implementado un oficio sui generis de esta clase de juez.

Todo ello, por cuanto los cambios en la sociedad han conducido al legislador a multiplicar las misiones del juez. Pero *“es difícil describir lo que debe hacer el juez, y por esto un hombre es nombrado juez entre los demás hombres. No se trata aquí de determinar por qué se hace juez, y tampoco, las preguntas subsiguientes, qué poderes procedimentales debe ejercer o no puede ejecutar, a través de una organización más o menos inquisidora y una concepción más o menos imperiosa de medios de prueba”¹⁰*.

⁸ S. RIALS, El Oficio del Juez, Derechos, 1989, Pág. 4.

⁹ M-A. FRISON-ROCHE, Los oficios del juez, en *escritos en homenaje a Jean Foyer*, PUF, 1997, específicamente p. 463.

¹⁰ *Ibidem* nota al pie 6, Pág. 464.

Gracias a la evolución de la sociedad, el oficio del juez es hoy un tema de conversaciones siempre renovadoras, y la doctrina es unánime en aceptar que el concepto puede ser objeto de una definición oficial. El profesor G. DARCY estima que “*convendría ante todo no definirlo*”¹¹ y precisa que esta noción deberá ser presentada en nuestra esfera jurídica como una función no identificable, indeterminada, conocida por todos, pero con insondables variaciones que comporta en ellas el hombre, el espacio y el tiempo.

Respecto al oficio del juez administrativo de urgencia en Francia, esta fórmula aparece en la misma época en que se habla de “*el nuevo oficio del juez administrativo*”¹².

La mención al oficio del “*juez de urgencia*” se encuentra por primera vez en las sentencias que implementaron la Ley del 30 de junio de 2000, relativa a las medidas cautelares o de urgencia ante las jurisdicciones administrativas, especialmente en la sentencia *Carminati*¹³ y en la sentencia *La Comunidad de aglomeración de Saint-Étienne Métropole*¹⁴. La primera de las sentencias ha sido profundamente criticada al limitar al análisis del juez de urgencia y prohibir de la interpretación de los tratados internacionales respecto del acto cuestionado, tema que se explicará más adelante.

En aras de profundizar en los temas más relevantes de la reforma, como ya se indicó, la Ley 30 de 2000 modificó profundamente el panorama de los procedimientos administrativos introduciendo nuevas medidas de urgencia como la orden de libertad, la instrucción, la conservación, pero además trajo la modificación de una medida ya existente, la suspensión provisional. Se reorganizaron tanto los procedimientos de urgencia ordinarios, como los especiales. Entre estos últimos tenemos: la urgencia fiscal codificada en el artículo L. 279 del libro de procedimientos fiscales de la época; la urgencia precontractual del artículo L. 22 CTA-CAA, la medida de urgencia de suspensión

¹¹ G. DARCY, *Mirada elíptica sobre el oficio del juez*, en *Confluencias, Conferencias en honor a Jaqueline Morand-Deville*, Montchrestien, 2007, p. 287

¹² R. CHAPUS, *Derecho contencioso administrativo*, Montchrestien, 13ava edición, 2008, p. 915.

¹³ Consejo de Estado Francés, -en adelante CE-, 30 diciembre de 2002, *Ministerio del ordenamiento territorial c/ Carminati*.

¹⁴ CE, Ass, 11 de mayo de 2004, *Asociación AC*.

de la ejecución de actos administrativos especiales¹⁵ y en fin, las medidas especiales que permiten actuaciones definitivas en el campo del derecho social, audiovisual y en los contenciosos relacionados con los extranjeros que son conducidos a la frontera.

Las funciones otorgadas al juez de urgencia buscan sin duda la celeridad, la eficacia, sin que se le permita prejuzgar el tema principal de litigio. Es así como se observa una metamorfosis en el oficio del juez administrativo tradicional, antes de la reforma, y el oficio del actual juez administrativo de urgencia.

La reforma logra acrecentar los poderes del juez de urgencia, flexibilizando las condiciones de recepción de las peticiones. Así mismo, establece un procedimiento que permite derogar las normas comunes para hacer efectiva la medida y que faculta a un juez único para examinar las solicitudes de dichas medidas, sin presencia del Ministerio Público, mediante un trámite oral, con el fin de garantizar el diálogo entre los jueces y los solicitantes.

Respecto de las medidas de urgencia sobre libertades fundamentales, se establece un recurso de apelación ante el Consejo de Estado, para la revisión de las otorgadas por los jueces de primera instancia.

Se crean tres procedimientos para las medidas de urgencia, dos de ellos, que no son totalmente nuevos y que tienen por objeto facilitar el pronunciamiento sobre la decisión de la medida: 1.- se trata de la medida de suspensión provisional para la ejecución de un acto, en la cual se deben apreciar de manera restrictiva las condiciones del otorgamiento, por parte del juez unipersonal (ya no de la formación colegial); 2.- la medida de urgencia conservatoria que se flexibiliza, por cuanto ya no se prohíbe al juez, el prejuzgamiento sobre la decisión principal; 3.- El tercer procedimiento es nuevo, se trata de la medida sobre libertades fundamentales que responde a una necesidad, la cual suspende el procedimiento del juez civil en esta materia, para dar competencia exclusiva al juez administrativo.

¹⁵ Este procedimiento reagrupa cuatro medidas de urgencia: las medidas de extrema urgencia, las medidas de suspensión de condenas instituidas en caso de contravenciones a la legislación sobre la publicidad de marcas prevista en el artículo 25 de la Ley del 29 de diciembre de 1979, la medida relativa a la eliminación de desechos contaminantes de la Ley No 92-646 del 13 de julio de 1992, y la medida de urgencia del artículo L 421-9 del Código de Urbanismo.

Con la reforma, las condiciones de intervención se flexibilizaron. El examen de la admisión de la demanda se adapta a un procedimiento que permite una decisión rápida y oral, en la búsqueda de la mejor solución en derecho. En este primer trámite el juez puede suplir mediante pruebas de oficio, algunas omisiones de información del requirente, sin necesidad de rechazar la solicitud, haciendo alusión al carácter contradictorio del procedimiento de urgencia que se materializa en la audiencia, lo que le permite adaptarse a las exigencias propias de cada situación.

En cuanto a los procedimientos autónomos, tales como la medida cautelar de urgencia sobre libertades fundamentales, la medida cautelar conservatoria, la medida cautelar de provisión y las medidas precontractuales, éstas son objeto, de una interpretación de las funciones que puede desplegar el juez, permitiéndosele hacer frente a la expectativa de los solicitantes, pero sobre todo, colocándolos en perfecta adecuación con la finalidad del interés general.

El artículo L. 511-1 del Código de justicia administrativa recalca que la posición adoptada por un juez de urgencia, no se puede confundir con la del juez de fondo, ya que esta debe ser, en teoría, adaptada a su oficio, con relación al carácter provisional de las medidas que se adopten. No obstante, para ciertas cuestiones relacionadas con el examen de la legalidad de la decisión administrativa que se cuestiona, el juez de urgencia se encuentra ejerciendo un oficio comparable con la intensidad de aquel que falla de fondo. Esta hipótesis se observa especialmente cuando el juez de urgencia se pronuncia sobre “la competencia de la jurisdicción administrativa”, pudiendo anticiparse sobre la posición que adoptará el juez de fondo.

Respecto de la medida de urgencia de suspensión, en esta también el juez puede dejar ver los indicios de la posición del juez de fondo. Así mismo, en materia de medidas de orden público, el juez de urgencia puede levantar de oficio la restricción, o al menos pronunciarse sobre la suspensión del acto en litigio. En esta hipótesis, es normal ver que la decisión del juez de fondo sea la de anular la decisión administrativa. Específicamente, con la medida definitiva de ordenar la libertad de un detenido, el juez constata la vía de hecho y ordena inmediatamente su excarcelación, haciendo cesar así la violación del

derecho fundamental, dejando al juez de fondo el análisis de la indemnización por la vía de hecho.

El Consejo de Estado ha precisado esta facultad del juez de urgencia considerando que *“el juez de urgencia, al decidir en una demanda de suspensión de la ejecución de una decisión administrativa, puede hacerlo al considerar que existe una duda seria respecto de la legalidad, que se extrae de la lectura de la demanda que pretende la nulidad o la modificación de la decisión, salvo si esta medida no es de orden público y proviene de una causa jurídica distinta de aquella a la cual se adscriben las medidas pedidas en la instancia de fondo, en el plazo del recurso contencioso”*¹⁶

Según los casos, el juez de urgencia podrá anticipar la decisión del juez de fondo, ejerciendo un control legal, con base en una duda seria, yendo así más allá de la simple evidencia, con lo que en múltiples casos, habrá resuelto de fondo la cuestión de derecho subyacente. Esta anticipación del fallo puede igualmente extraerse del carácter pedagógico de los fallos de urgencia, que han permitido orientar el fallo de fondo sin atentar contra el principio de imparcialidad. En todo caso, en lo que respecta a las medidas de orden público, se constata que el juez de medidas de urgencia para hacer respetar libertades fundamentales ejerce un control idéntico a aquel del juez de fondo, sin desconocer los límites de su oficio. Este es especialmente el caso de una decisión administrativa que haya sido expedida por una autoridad incompetente¹⁷.

En el cumplimiento de las nuevas funciones el juez de “urgencia ha sabido además, conciliar la evolución de la sociedad con el mantenimiento de una continuidad jurisprudencial, tal y como se observa especialmente en fallos que tienen que ver con medidas cautelares de urgencia en materia precontractual, o respecto de la suspensión de los procedimientos posteriores a la firma del contrato, o de las medidas de urgencia conservativas frente a la consagración de la ausencia de una respuesta seria, en un procedimiento precontractual, en donde se confirma la continuidad de la línea jurisprudencial, antes de la reforma.

¹⁶ CE, 30 de diciembre de 2002, *Sociedad Cottage Wood*, no 249860, Rec. P.856 y 867; BJDU, 2003, p. 122.

¹⁷ Ejemplo de ello Sentencia del Tribunal Administrativo de Niza, Fallo de urgencia, 25 de febrero de 2004, *Pelletier y otros*, No 0400836.

De otra parte, en la mayoría de los casos de medidas cautelares nuevas, este juez de urgencia ha sabido desplegar una jurisprudencia importante que permite el ejercicio de su oficio, de una forma completa y adaptada a cada procedimiento, flexibilizando de manera general las condiciones para su ejercicio y llenando así los vacíos que dejó la ley en materia de procedimientos nuevos. Así mismo, el juez administrativo de urgencia ha sabido aprovechar los vacíos legislativos para implementar su propia interpretación de las diferentes condiciones de esas medidas cautelares de urgencia, con el cuidado de respetar los principios del derecho internacional de los derechos humanos y las normas comunitarias.

B. La aplicación de la normatividad supranacional por el Juez de urgencia.

Al respecto, se anota que la Convención europea de los derechos del hombre tiene vocación a ser aplicada de manera uniforme en todos los países que la hayan adoptado. Las jurisdicciones estatales deben responder a cierto número de condiciones con el fin de poder ser consideradas como jurisdicciones cobijadas por este texto.

Sin embargo, en Francia oficio del juez de urgencia inicialmente podría mostrarse como alguien no sometido a la Convención europea de los derechos del hombre, según los lineamientos de la jurisprudencia *Carmenati*¹⁸, que a continuación se explica, pero ello no ha impedido que, este juez esté cambiando en función de las exigencias de la Corte europea de derechos del hombre, por ejemplo sobre la cuestión del recurso suspensivo y que se le aplican de manera indirecta los principios salidos de esta convención, como lo es, el respeto por el principio de la imparcialidad, que se extrae de la convención, y que es examinado en estas medidas provisionales, a partir de los principios nacionales, ampliamente aplicados por el juez de fondo.

Es por ello que se puede afirmar que el oficio del juez de urgencia ha conocido igualmente una evolución interactiva con respecto a las normas comunitarias e internacionales, por lo que debe incluir, aunque sea parcialmente, en sus fallos, el examen de la convencionalidad de las normas legislativas.

¹⁸ *Ibíd*em, nota al pie 12.

Con el fin de profundizar en el contenido del fallo *Carminati*, se anota que a pesar de existir en Francia este principio de la primacía del derecho comunitario, respecto del control de convencionalidad que puede ejercer un juez de urgencia, este reviste cierta dualidad o dicotomía, lo que le ha conducido a ser un juez archivista, es decir, a que deba siempre tener en cuenta, en primer lugar, la jurisprudencia de la Corte de Justicia concerniente al acto que está resolviendo, y tenga prohibido apreciar la contradicción entre la ley y un compromiso internacional y esto debido a la aplicación de la teoría del “encuadramiento legislativo” previsto en la Ley 200 antes citada.

En fallo *Carminati* el Consejo de Estado anuló una ordenanza de la prefectura de Ardèche por contradecir normas del código de medio ambiente –Ley del 26 de julio de 2000-, en concordancia con algunas estipulaciones de la Convención europea de los derechos del hombre; sin embargo, en la sentencia se lee: “*Con respecto al oficio del juez de urgencia, no es de su competencia verificar si existen o no dudas serias, en cuanto a la legalidad de una decisión de un prefecto, verificando las relaciones que puedan existir entre una ley y un tratado, razón por la cual el Tribunal Administrativo de Lyon **cometió un error de derecho***”.

Esta solución jurisprudencial del 2002, impide a los jueces de urgencia tomar posición respecto de las contradicciones que puedan existir entre una ley y un tratado y exige que la medida provisional se expida analizando únicamente las contradicciones que puedan existir entre el acto y la ley interna. La doctrina ha recalcado y criticado dicha ambigüedad, en especial el profesor T X GIRARDOT¹⁹, quien estima que por el contrario, el juez de urgencia sí puede implementar un control específico cuando esa relación sea cuestionada por el procedimiento de urgencia, descartando provisionalmente la ley del litigio. Estima que “*La jurisprudencia Carminati se ha vuelto un impedimento en la evolución observada en la jurisdicción contenciosa a lo largo de los últimos veinticinco años*”.

Agrega además que “*La prohibición hecha a los jueces de urgencia de conocer la contradicción entre la ley y un compromiso internacional obliga a contentarse con una apreciación truncada de la legalidad; pues les priva de la posibilidad de examinar los*

¹⁹ T X GIRARDOT, *El retorno de la ley cuadro ante el juez de urgencia, la jurisprudencia Carminati*, confirmada por el juez de urgencia del Consejo de Estado, AJDA 2006, específicamente p. 1875.

medios sobre los cuales el juez de fondo deberá pronunciarse y que podrán justificar la anulación del acto demandado”.

Esta contradicción se presenta en Francia porque en dicho fallo se recuerda que los procedimientos del juez de urgencia se limitan a unas hipótesis muy precisas establecidas en la ley, que le impiden hacer análisis de los compromisos internacionales. La discusión de este control se presenta únicamente cuando existe una ley que se interpone entre el acto administrativo y la norma internacional, debiendo el juez de urgencia analizar únicamente la ley. Por el contrario, si no existe ley que se interponga entre el acto y el tratado, el juez de urgencia adquiere la competencia para pronunciarse.

Sin embargo, viendo el desarrollo de la primacía de los tratados sobre las leyes y la voluntad del juez de volver su oficio mucho más eficaz, se podría pronosticar que el juez no aplicará más la jurisprudencia *Carminati* y que empezará a mirar más el orden jurídico internacional, con el fin de darle más eficacia a sus decisiones y por ello, se puede predecir que en esta coyuntura el juez de urgencia no dudará en tomar en cuenta las decisiones jurisprudenciales de sus homólogos europeos, como por ejemplo, aquellas de la Corte de Justicia de Comunidades Europeas e interpretar con base en normas y tratados internacionales.

La anterior función se ratificó en la jurisprudencia contenida en la sentencia *Factortame*²⁰ que ha servido también para complementa la Ley del 30 de junio de 2000, con un título relativo a las competencias, a la vez comunitaria y nacional, en la que se le exige al juez que suspenda toda norma interna que sea contraria al derecho comunitario. Su tarea será entonces tener en cuenta, no sólo las normas nacionales sino aquellas del derecho comunitario. Así mismo, en el fallo *Société Techna*²¹ se demuestra que el juez de urgencia está al servicio de las reglas comunitarias y que tiende a volverse interprete de las normas internacionales.

²⁰ Corte de Justicia de la Comunidad Europea –en adelante CJCE- , 19 de junio de 1990, *The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd.*

²¹ CE, fallo de urgencia 29 de octubre de 2003, *Société Techna y otras.*

En el fallo antes citado, el juez suspendió la ejecución de unas disposiciones de un acto administrativo nacional que transgredía una directiva comunitaria cuya validez estaba cuestionada ante la ley. En este caso, el juez fundamentó su decisión en el artículo L 521 1 del Código de Justicia Administrativa, pero también actuó como juez constitucional comunitario de derecho común aplicando la jurisprudencia *Zuckerfabrick* de la Corte de Justicia de Comunidades Europeas, que en 1991 cambió en teoría el orden jurídico interno autorizando al juez nacional a suspender un acto nacional que se estaba ejecutando por ser presuntamente ilegal frente a un acto comunitario.

En el punto (37) de este fallo se precisa que “*cómo el poder de las jurisdicciones nacionales de otorgar medidas provisionales corresponde a la Corte con una competencia reservada en el artículo 186 en el contexto de los recursos que proceden con base en el artículo 173 del tratado, conviene que estas jurisdicciones no acuerden estas medidas sino bajo las condiciones de urgencia previstas en la Corte*”. El objetivo principal de esta decisión era el de introducir al seno de las órdenes jurídicas nacionales, unos procedimientos de urgencia homogéneos con el fin de garantizar la uniformidad en la aplicación del derecho comunitario, debiendo el juez de urgencia asumir su rol de juez comunitario.

Luego se expide el fallo *Atlanta*²² con el cual la Corte Europea, después de haber retomado las prescripciones del tratado y del reglamento contentivo del procedimiento, se estima que las medidas provisionales no pueden ser otorgadas sino cuando el juez sea requerido por circunstancias específicamente establecidas en la urgencia y cuando las situaciones de hecho y de derecho justifiquen a primera vista su otorgamiento, para lo cual deberá tomarse en consideración el interés de la comunidad. La apreciación de la urgencia se hace observando las causales propias que justifican la anulación del acto litigioso.

Allí se infiere, que el juez de urgencia puede entonces tener en cuenta las decisiones de otras jurisdicciones –nacionales o no- con el fin de pronunciarse sobre las medidas de urgencia y mostrar su voluntad de instituir un verdadero diálogo entre jueces.

²² CJCE, 9 de noviembre de 1995, *Atlanta*, Rec CJCE I, p. 376 |; RTDE, 1996, p.77

De otra parte, en el fallo antes citado, -en la perspectiva de dar una plena eficacia al derecho comunitario- se impone al juez nacional de urgencia, la necesidad de imponer sucesivamente el pronunciamiento de la medida provisional y la cuestión prejudicial de validez en la hipótesis en que la Corte no vaya a ser requerida para definir esta cuestión. Lo anterior ha permitido a la Corte de Justicia Europea establecer la relación que debe existir entre los procedimientos de urgencia ante las jurisdicciones nacionales y la urgencia ante la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas o ante el Tribunal de primera instancia.

En todos los casos, las medidas provisionales no pueden ser acordadas por la jurisdicción nacional, sino bajo cuatro condiciones que deben reunirse: la primera es la existencia de una duda seria sobre la validez del acto comunitario, la segunda es la condición de urgencia, la tercera la relativa al interés de la comunidad a que los reglamentos no sean descartados sin una garantía seria, y la última condición relativa al respeto por el juez nacional por lo que ya ha sido juzgado por el juez comunitario.

Según el señor R. MEDHI *“La comunitarización de los poderes del juez depende de la satisfacción de dos condiciones acumulativas. Por una parte, es necesario que el acto diferido a su control tenga la naturaleza de auxiliar y extraordinario. De otra parte, es necesario que el desconocimiento del derecho comunitario encuentre su origen real en el comportamiento de una institución comunitaria”*²³

Por lo tanto, La jurisprudencia de la Corte de justicia de las Comunidades Europeas tiene por objetivo esencial la implementación de una solución provisional, en caso de violación del derecho comunitario. La decisión de la Corte en el caso *Foto-Frost*²⁴ muestra la voluntad de dejar el control de legalidad de los actos comunitarios bajo la competencia de la Corte de Justicia de Comunidades Europeas.

La intromisión del derecho comunitario en el orden jurídico interno tiene como finalidad promover procedimientos de urgencia al interior de las instancias jurídicas nacionales, los cuales antes eran ineficaces en las hipótesis de violación de ese derecho.

²³ R. MEDHI, *El derecho comunitario y los poderes del juez nacional de urgencia*, RTDE, 1996, p. 77.

²⁴ CJCE, 22 de octubre de 1987, *Foto Frost*, asunto 314/85.

En el contexto comunitario actual se pretende poner en ejecución una medida provisional considerada como una medida para alcanzar la decisión de fondo.

La pregunta que surge hoy es la siguiente ¿puede el juez de urgencia examinar un caso que pretenda extraer la contrariedad de una ley respecto de los compromisos internacionales, a pesar de la existencia de la jurisprudencia *Carminat*²⁵?

En efecto, afirma el profesor R. MEDHI: “*frente a dos órdenes jurídicos europeos, la Corte europea de derechos del hombre y la Corte de Justicia de las comunidades europeas, el oficio del juez administrativo consiste en aplicar las reglas salidas de la Convención europea de los derechos del hombre y de los tratados*”²⁶.

Por ello, se considera que el diálogo entre los jueces podrá en un futuro establecerse en dos niveles, uno vertical que resulta del procedimiento prejudicial del artículo 234 del Consejo de Estado; el otro horizontal, que resulta de los intercambios informales de las jurisdicciones nacionales, entre ellas.

Además, no se debe olvidar que la jurisprudencia administrativa relativa a las medidas de urgencia aplica indirectamente a los principios procedimentales extraídos de normas internacionales, especialmente al principio de la imparcialidad que proviene de la Convención Europea de los derechos del hombre. Por ello, el oficio del juez administrativo deberá consistir en aplicar directa y de manera prioritaria las reglas salidas de dos ordenamientos jurídicos europeos, que son la Convención de los derechos del hombre y los tratados de la Comunidad europea. La jurisprudencia relativa a los precedentes administrativos muestra que el oficio del juez de urgencia escapa, en parte, al análisis interpretativo de esas normas, pero en la práctica, él no duda en tenerlas en cuenta.

Los jueces de urgencia han conciliado su oficio con estas disposiciones. La práctica procedimental del juez muestra que tiene en cuenta los principios establecidos en los artículos 6 al 13 de la Convención Europea de Derechos del Hombre, fundándose no

²⁵ C.E. 30 de diciembre de 2002, *Ministerio del Ordenamiento Territorial c/ Carminat*, ya citada.

²⁶ B. LE BAUT-FERRARESE, *El oficio del juez administrativo de urgencia frente a la regla europea*. DALLOZ, 2008

directamente en esas normas, sino en las normas nacionales y la jurisprudencia interna que son idénticas.

En conclusión, la reforma del 2000, confía efectivamente al juez administrativo de urgencia los medios que le permiten ejercer plenamente su oficio. Con el fin de reforzar su competencia, se flexibilizan los principios generales de lo contencioso administrativo. Es así como el requirente se sitúa hoy en un contexto jurídico particular del cual espera una medida rápida, que preserve su situación con carácter provisional, por cuanto tiene claro que sólo una decisión de fondo será la que ponga fin al proceso, pero que la medida podrá salvaguardar su situación actual. Los vacíos de la ley permitieron al juez de urgencia convertirse en el director del procedimiento y tener en cuenta normas y jurisprudencia internacional y de la comunidad europea.

Es así como el juez de urgencia ha sabido conciliar la problemática de control de convencionalidad propio de las medidas de urgencia administrativa, con su oficio, respetando el principio de imparcialidad que rige el conjunto de los ordenamientos jurídicos democráticos. Se puede afirmar que el juez de urgencia ha encontrado el justo equilibrio entre el ejercicio de su misión, que consiste en juzgar provisionalmente, y sus condiciones de intervención. La misión de este juez, seguirá siendo la de ordenar, -si las condiciones están reunidas-, la aplicación de una medida provisional y en ningún caso prejuzgar lo principal, todo ello dentro de unos plazos adecuados y expeditos.

II. El trámite o gestión de las órdenes del juez de urgencia y sus consecuencias.

A. Los vacíos de la ley en el trámite de las órdenes y la actuación del juez.

Hasta antes de la ley del 30 de junio de 2000 el control de las órdenes de urgencia se efectuaba según el esquema procedimental clásico que respondía, en un primer momento, al pleno control de forma y en un segundo momento, a un control de casación.

La reforma sobre los procedimientos de urgencia ante los tribunales administrativos cambió el trámite en el contencioso. Ahora, el oficio del juez de urgencia

permite a este operador acordar, de manera expedita, medidas más eficaces que permitan un mejor tratamiento de los litigios.

El control de estas órdenes de urgencia fue rediseñado en función al oficio mismo de este juez. A partir de la reforma, las órdenes de medidas cautelares gozan de un doble control: de una parte, a partir de la intervención del juez de urgencia por la vía de la apelación para un segundo examen y de otra parte, a través de la intervención del Consejo de Estado, actuando como juez de casación, o como un juez de urgencia si se le requiere para ello en el asunto. Debe reconocerse, de todos modos, que los efectos de la apelación, así como aquellos de la casación, se muestran al final idénticos, teniendo en cuenta que el juez de apelación hace alusión frecuentemente el asunto y la regla, en tanto que juez de urgencia.

Este doble control está íntimamente ligado al oficio del juez de urgencia, porque toma en cuenta las especificidades del rol del juez de la evidencia o de fondo. Además, si cumple plenamente su función este juez de control deberá desarrollar las funciones complementarias, tales como aquella del juez pedagogo, las cuales serán retomadas por el juez que se encarga del control del acto administrativo que será quien expida un fallo sobre el fondo del asunto.

Así el Consejo de Estado quien juzga la casación, no ha dudado en usar la posibilidad de evocar el asunto, al actuar como juez de urgencia, con el fin de moldear el edificio jurisdiccional relativo a los procedimientos de urgencia, estableciendo los límites de un control adaptado al oficio del juez de urgencia.²⁷

Se recuerda que hasta antes de la reforma del 30 de junio de 2000, los medios con que el juez administrativo de urgencia disponía eran muy limitados y su rol era disputado con su homólogo, el juez ordinario. En los primeros meses de aplicación de esta reforma, el estudio de la jurisprudencia muestra una real evolución en el oficio de este juez administrativo de urgencia. Es así como, se constataba que además de haberse convertido en el verdadero director del trámite en el proceso, éste sabe responder a las

²⁷ CE, 30 de diciembre de 2002, *Sociedad Cottage Wood*, no 249860, Rec. P.856 y 867; BJDU, 2003, p. 122, ya citada en la nota de pié de página 16..

exigencias de celeridad y eficacia de la ciudadanía, por cuanto toma decisiones eficaces en muy corto tiempo.

La concreción del poder de instrucción, la posibilidad de estatuir *ultra petita* y aún la posibilidad de estatuir mediante medidas definitivas –en casos muy particulares- le han permitido una mutación en su oficio, -si se retoma la expresión del profesor DENOIX DE SAINT MARC²⁸-, “*habiendo pasado de un juez indiferente, a un juez plenamente consciente de la situación del requirente, y de la necesidad de implementar medidas efectivas, aunque fuesen provisionales*”.

Es así como el juez administrativo de urgencia no puede ser indiferente a la situación de los ciudadanos frente a las autoridades administrativas, y no puede tampoco desconocer la naturaleza misma de la acción de los poderes públicos, ni la dificultad para mantener el buen nombre del Estado en el cumplimiento de sus tareas materiales. Tampoco puede ser indiferente al carácter delicado de ciertas apreciaciones jurídicas, ni pasar por alto la necesidad de prerrogativas del poder público, y en particular, no puede olvidar el carácter ejecutorio de los actos administrativos.

El oficio del juez administrativo de urgencia debe pasar entonces, por tener en cuenta de manera global, la situación tanto de los requirentes como de las autoridades administrativas, con el fin de pronunciarse sobre unas medidas que permitan respetar los derechos de ambas partes, pero que sean realmente eficaces, por lo que sus funciones deben ser ampliadas y las medidas deben ser cada vez más obligantes y eficaces.

Así, utilizando inteligente y prudentemente los nuevos medios y poderes extraídos de nuevos procedimientos de urgencia, el juez podrá intervenir de manera rápida, simple y eficaz en el tratamiento de los asuntos en los cuáles una situación jurídica atente con la realización de los derechos del requirente y además busque preservar los derechos del mismo, aunque sea de manera provisional.

El aporte del oficio del juez administrativo de urgencia en Francia puede verse a la vez desde el punto de vista del justiciable –gracias a las condiciones de instrucción flexibilizadas y a la diversidad de procedimientos puestos a su disposición- y de aquel del

²⁸ R DENOIX DE SAINT MARC, *La indiferencia del juez administrativo*, RA, 1998, No 301, P. 78.

juez sui generis, por cuanto ha sabido volverse un verdadero juez gestor de medidas de urgencia.

El ejercicio del juez de urgencia conoce a partir de ahora un verdadero avance. La jurisprudencia relativa a las medidas de urgencia responde a una “*cultura de urgencia*”, en un entorno globalizado, en la cual el juez toma conciencia que su oficio no es exclusivamente, dar una solución a un litigio, sino dar una solución concreta y eficaz a los problemas que le son sometidos a su consideración, otorgando una “*guía del buen uso*” de las órdenes de urgencia por la vía de “*la buena redacción de sus decisiones*”.

En efecto, se observa cómo cuando el juez da satisfacción al requirente sobre el fondo de la medida de urgencia que versa por ejemplo, sobre una libertad fundamental, él dispone de un amplio poder de instrucción que da toda la fuerza a su decisión, preserva de la mejor manera las libertades fundamentales cuestionadas y muestra a la administración el camino a seguir.

Cuando se pronuncia a título de urgencia-suspensión provisional, el juez puede guiar la administración para que ella aproveche su orden y no vuelva a cometer el error, o, por el contrario, cuando se rechaza la medida, el juez no duda en ilustrar al requirente hacia la mejor forma de presentar un recurso jurisdiccional de fondo o de urgencia, lo que se conoce como saldos pedagógicos de la jurisprudencia de urgencia.

Es así como a través de la práctica de medidas de urgencia, el juez ha desarrollado una función adicional a aquella de juzgar. Teniendo presente que un juez de urgencia no puede poner fin al litigio que le es sometido, ello no implica, que éste no pueda beneficiar a las partes en la instancia de la audiencia de oralidad, para que dialoguen y lleguen a acuerdos sobre la Litis, lo que les permitiría una conciliación en sede judicial. Para hacerlo, el juez de urgencia resume el caso e invita a las partes a participar del proceso de elaboración de la decisión de urgencia, con el fin de buscar una solución apropiada para ellos. Es así como, la oralidad en los debates ha modificado las relaciones entre las partes y el juez, por lo que se afirma que la reforma ha servido además para aproximar físicamente el justiciable al juez²⁹.

²⁹ J. GOURDOU y A. BOURREL, *Las medidas de urgencia ante el juez administrativo*, coloquio. La justicia en lo cotidiano. L'Harmattan, 2003, específicamente página 105.

Así mismo, la reforma de los procedimientos de urgencia ha tenido repercusiones no solamente en los intereses de los administrados, sino también en la transformación del oficio del juez.

El profesor O. DUGRIP considera que “*el juez administrativo vive ahora con su tiempo*”³⁰. No solamente el oficio del juez administrativo de urgencia permite regular y evitar las amenazas contra las libertades fundamentales, sino que éste no duda en usar su oficio para descubrir nuevas formas de violación de estas libertades y hacerlas visibles ante la sociedad. Además, estos jueces se encuentran presentes en el terreno de la vida administrativa, indicando a la autoridad estatal censurada, los medios para remediar las ilegalidades constatadas durante una instrucción, la cual es de por sí, más rápida.

En tratándose de la dualidad funcional del juez de urgencia, que podría llegar a intervenir para las medidas cautelares y luego como juez de fondo, se debe constatar que esta posibilidad no es en sí misma contraria a la Convención Europea de los Derechos del Hombre, ni al artículo 6º que trata sobre las garantías de los procesos, y especialmente sobre la exigencia de la imparcialidad de los órganos jurisdiccionales. En efecto, se considera que el oficio del juez de urgencia no es un obstáculo para ese cúmulo funcional. Al contrario, se ha demostrado que en la práctica, este juez ha sabido plenamente sacar partido de su oficio con el fin de intervenir en una sucesión de medidas de urgencia, o en las hipótesis de urgencia y de juzgamiento de fondo, sin que ello sea un atentado contra el principio de la imparcialidad.

El oficio del juez administrativo de urgencia se beneficia hoy de dos elementos mayores de los procedimientos de urgencia: de una parte, este juez ha sabido sacar partido de la jurisprudencia existente antes de la reforma, en materia de medidas cautelares administrativas, con el fin de beneficiar los nuevos procedimientos con una sólida experiencia jurisdiccional; y de otra parte, él ha sabido utilizar los “vacíos” de la reforma para reforzar su oficio, haciéndolo evolucionar y creando una función de “juez

³⁰ O. DUGRIP, Las medidas de urgencia administrativa: resumen y encrucijada de la reforma, los procedimientos de urgencia: la economía general de la reforma, RFDA, 2002. Específicamente P. 249.

director del proceso de urgencia” que se ha vuelto propia para cada tipo de medida o recurso.

El estudio de estas nuevas funciones del juez de urgencia conduce a una doble constatación:

1.- Se trata de un oficio fundado sobre procedimientos jurisprudenciales puestos en ejecución sobre antiguos procedimientos de urgencia, que marcan una continuidad jurisprudencial al interior de los procedimientos. Sin embargo, esta continuidad concierne esencialmente los aspectos procedimentales de estos recursos y no a las medidas que se puedan tomar, que son realmente innovadoras.

2.- El juez de urgencia ha sabido volverse gerente del proceso con el fin de supervisar sus órdenes, utilizando para ello los vacíos legislativos. Este juez ha sabido además mutar su oficio desembarazándose de sus limitantes de provisionalidad de las medidas.

En el campo de la protección de derechos fundamentales por parte del juez administrativo, se recuerda que antes de la reforma, no le era permitido ir más allá, a pesar de la existencia de procedimientos de urgencia. Hoy en día, el oficio de este juez le permite respetar, cualquiera que sea la situación, el imperativo de la celeridad, propio de los procedimientos de urgencia: por ejemplo órdenes dadas en cuarenta y ocho (48) horas para la medida provisional de libertad, o plazos muy cortos para las demás medidas que versan sobre libertades fundamentales.

Así, el oficio del juez de referencia no es más, aquel de pronunciarse sobre las medidas de urgencia, en los mejores plazos, sino que el ejercicio de su oficio debe permitirle pronunciar las medidas que se consideren más eficaces posibles, con el fin de prevenir, impedir, un contencioso de fondo o poner fin a una ilegalidad. Cada procedimiento de urgencia se hace sobre los diferentes campos previstos en la ley, lo que hace difícil una descripción única de lo que debe hacer el juez, así como una comparación de sus diferentes órdenes.

Sin embargo, se puede resaltar que el oficio del juez administrativo de urgencia se beneficia de un tronco común. En efecto, será siempre el de preservar una situación jurídica existente, de una posible violación, pero esto no es todo. Este juez ha venido demostrando su capacidad para convertirse y entrar en la nueva *cultura de la urgencia* con un éxito que ha sido reconocido unánimemente.

De todo ello, se obtiene como resultado un progreso esencial del Estado de derecho y una credibilidad acrecentada de la justicia administrativa, la cual debe afrontar las nuevas limitantes para el poder ejecutivo. Es así como este juez se ha convertido y ha entrado en la *cultura de la urgencia*, pero también que ha logrado ir más lejos, por ejemplo, ha sabido ampliar el campo de competencia implementando un nuevo recurso directo contra los contratos, cuya medida de suspensión provisional se ha vuelto un procedimiento accesorio.

Pero, el ejercicio de este oficio en Francia deberá aún llegar a ciertas precisiones. En consecuencia, deberá fijarse especialmente por parte de la jurisprudencia una línea sobre el carácter definitivo de las medidas ordenadas con el mecanismo de urgencia, tomando en cuenta específicamente, el procedimiento dado en el contexto de la medida de urgencia precontractual.

Así mismo, se constata la necesidad de limitar el ejercicio del oficio del juez administrativo de urgencia, para los diferentes casos contractuales. Por ejemplo, en el caso, del Sindicato mixto intercomunal SMIRGEOMES, el Consejo de Estado logró precisar que una irregularidad en la etapa precontractual no debe traer necesariamente la anulación de todo el procedimiento por el juez de fondo, sino sólo cuando éste haya dejado al candidato por fuera del proceso de selección³¹. Así mismo, la jurisprudencia deberá seguir precisando qué ocurre con las medidas cautelares tomadas durante la ejecución del contrato.

A manera de conclusión, aunque la reforma del 30 de junio de 2000 permitió implementar un verdadero oficio del juez administrativo de urgencia en Francia, aún subsiste la necesidad de completar esta función permitiéndole a este juez encontrar un justo equilibrio al interior de la triple forma de acceder a la medida, entre los intereses de

³¹ CE, Sección 3ª, 3 octubre 2008, SMIGEOMES, No 305420 Publicada en www.dalloz.fr.

los justiciables, aquellos de la entidad pública y aquel del propio oficio del juez de urgencia: equilibrio que no debe tardar mucho en desarrollarse, a través de la jurisprudencia nacional e internacional.

B. Lecciones aprendidas en Francia que podrían ser aplicables en Colombia.

El profesor R. CHAPUS decía hace veinte años: “*El signo exterior de una buena justicia, es la excelencia en sus procedimientos de urgencia*”³².

En Colombia surgen entre otras, los siguientes temas que han sido polémicos en Francia y podrían ser objeto de unificación jurisprudencial por parte del Consejo de Estado, de acuerdo a su propio racionamiento jurídico colectivo, a su conciencia y conforme al principio de equidad:

- La posibilidad para los jueces de llenar los vacíos en el procedimiento respecto a la supervisión y el seguimiento para el cumplimiento de las medidas cautelares.
- Los límites a la competencia para estatuir *ultra petita y/o de oficio* medidas cautelares cuando la vulneración del derecho fundamental así lo amerite.
- El carácter permanente de las medidas en relación con violaciones flagrantes de derechos y libertades fundamentales.
- Respecto de los procedimientos precontractuales, la posibilidad del juez de ordenar la suspensión definitiva del mismo, cuando se constate violación de los principios de transparencia y libre competencia. Y cuando el contrato se encuentre en ejecución el alcance de la medida para suspenderlo de manera provisional o definitiva.

Sería arriesgado procurar en este espacio alguna solución a estos temas. En materia de medidas cautelares será el Consejo de Estado quien unifique la jurisprudencia. La actividad creadora de esta institución será traducida, por la afirmación de los principios constitucionales, tales como el respeto de los derechos fundamentales, en especial, el

³² R. CHAPUS, Informe de síntesis, en *Actos del coloquio de treintavo aniversario de los tribunales administrativos*, ed., du CNRS, 1986, p. 338

derecho al debido proceso, la no retroactividad de los actos administrativos, la continuidad del servicio público, lo que le permitirá fijar reglas frente al silencio de los textos, con decisiones que respondan a las aspiraciones de la sociedad y al equilibrio del sistema jurídico.

Probablemente el Consejo de Estado le permitirá al juez asumir un papel más activo como director de los procedimientos de supervisión de las medidas cautelares, abandonando el típico sistema dispositivo, avanzando hacia la búsqueda de la verdad material y le exigirá además un cambio de actitud ante los posibles incumplimientos sistemáticos por parte de los demás poderes del Estado.

Para concluir, las líneas jurisprudenciales que logre establecer el Consejo de Estado en materia de medidas cautelares serán el vivo reflejo de cómo el espectro de control judicial se ha venido expandiendo. El contenido de sus fallos evidenciará la forma cómo se está encauzando una nueva forma de administración de justicia destinada a dotar de contenido social aquellos derechos que han sido históricamente rezagados por el sistema político.

Más allá de las dificultades que puedan llegar a presentarse en esta tarea, la sociedad colombiana recibe hoy con beneplácito el papel que los Consejeros de Estado están asumiendo, no solo con el fin de materializar sus derechos fundamentales, sino de brindar soluciones rápidas, efectivas y colectivas, que permitan contribuir de manera eficaz a la transformación de la realidad.

Bibliografía

- CHAPUS, R., (1986), Informe de síntesis, en *Actos del coloquio de treintavo aniversario de los tribunales administrativos*, ed., du CNRS.
- CHAPUS, R., (2008), *Derecho contencioso administrativo*, Montchrestien, 13ava edición.
- DARCY, G., (2007), Mirada elíptica sobre el oficio del juez, en *Confluencias, Conferencias en honor a Jacqueline Morand-Deville*, Montchrestien.
- DENOIX DE SAINT MARC, R., (1998) *La indiferencia del juez administrativo*, RA, No 301.
- DUGRIP, O., (2002) *Las medidas de urgencia administrativa: resumen y encrucijada de la reforma, los procedimientos de urgencia: la economía general de la reforma*, RFDA.
- FRISON-ROCHE, A.M., (1997), Los oficios del juez, en *escritos en homenaje a Jean Foyer*, PUF.
- GIRARDOT, T-X, (2004) *El retorno de la ley cuadro ante el juez de urgencia, la jurisprudencia Carminati*. AJDA 2006.
- GOURDOU, J. y BOURREL, A., (2003), *Las medidas de urgencia ante el juez administrativo*, coloquio. La justicia en lo cotidiano. L'Harmattan.

- MEDHI, R., (1996), *El derecho comunitario y los poderes del juez nacional de urgencia*, RTDE.
- MONTESQUIE, C. L. (2009), *El espíritu de las leyes*. Dalloz, 45ª edición.
- LE BAUT-FERRARESE, B., (2007), *El oficio del juez administrativo de urgencia frente a la regla europea*. Dalloz.
- PIASECKI, J., (2008), *El oficio del juez administrativo de urgencia: Entre mutaciones y continuidad jurisprudencial*. Tesis Doctoral de Derecho Público, sustentada el 13 de diciembre de 2008, Universidad del Sur de Toulon-Var, HAL Id consultado en www.telarchives-ouvertes.fr
- RIALS, S., (1989), *El Oficio del Juez, Derechos*.

Consejo de Estado Francés

- Sentencia del 30 diciembre de 2002, *Ministerio del ordenamiento territorial c/ Carminati*.
- Sentencia del 11 de mayo de 2004, *Asociación AC*.
- Sentencia del 30 de diciembre de 2002, *Sociedad Cottage Wood, no 249860, Rec. P.856 y 867*; BJDU, 2003, p.
- Sentencia del 29 de octubre de 2003, medidas de urgencia, *Sociedad Techna y otras*.
- Sentencia del 3 de octubre de 2008, Sección 3ª, SMIGEOMES, No 305420 Publicada en www.dalloz.fr.
- Autos de ponente sobre procedencia de medidas cautelares ordinarias y de urgencia.

Tribunal Administrativo de Niza:

- Fallo de urgencia, 25 de febrero de 2004, *Pelletier y otros*, No 0400836.

Corte de Justicia de la Comunidad Europea –CJCE-

- Sentencia del 19 de junio de 1990, *The Queen c/ Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltda*.
- Sentencia del 9 de noviembre de 1995, *Atlanta*, Rec CJCE I, p. 376|; RTDE, 1996.
- Sentencia del 22 de octubre de 1987, *Foto Frost*, asunto 314/85.

Leyes:

- Ley No 2000-597 del 30 de junio de 2000 relativa a las medidas de urgencia ante las jurisdicciones administrativas.

Página web:

- www.infraestructura.org.co/jurídica/.../ponencia_SegudoDebate.doc. Congreso de Colombia.