

Título: Discurso de recepción

Autor: Cassagne, Juan Carlos

Publicado en: Acad.Nac. de Derecho 2007 (setiembre), 35

Cita: TR LALEY AR/DOC/3917/2007

En cumplimiento del ritual establecido para estas ocasiones se me ha encomendado la grata tarea de presentar al ilustre catedrático español Tomás Ramón Fernández, a quien recibimos hoy como nuevo Miembro Correspondiente de esta Corporación.

Tarea grata, por cierto, para mí, habida cuenta la firme y profunda amistad que nos une, acrecentada por una común vocación por el derecho administrativo, la cátedra y el ejercicio profesional, campos en los que debemos asumir la defensa de los principios del Estado de Derecho y luchar por los valores que encarna la justicia, en sus distintas dimensiones.

Tomás Ramón Fernández es, sin lugar a dudas, una figura eminente del derecho administrativo español y comparado, cuya labor jurídica destaca por una serie de razones que me ha parecido justo puntualizar en esta circunstancia, antes que acudir a la fría lectura de su currículum, por lo demás al alcance de todos.

Junto a su maestro, Eduardo García de Enterría, fue co-autor del "Curso de Derecho Administrativo", obra que marcó el punto de inflexión de las tendencias que, a partir de la fundación de la Revista de Administración Pública, irrumpieron en el derecho administrativo español con extraordinario rigor científico, poniéndolo entre las derechos más avanzados de Europa.

Tanto dicha Revista como el curso ejercieron una influencia extraordinaria en el desarrollo del derecho público de la segunda mitad del siglo pasado, contribuyendo a la formación de una de las escuelas de mayor prestigio y calidad intelectual de derecho administrativo europeo, cuyos miembros y discípulos ocupan actualmente la mayor parte de las cátedras universitarias españolas en las que se enseña la disciplina.

Como es sabido, la Escuela española apoyó su construcción dogmática sobre el principio de legalidad de la actividad administrativa y la interdicción de la arbitrariedad de los actos de los poderes públicos y, consecuentemente, en la defensa de los derechos fundamentales, particularmente de las libertades de los ciudadanos, a través de la afirmación de su tutela efectiva ante la justicia, recogida, finalmente, en un precepto expreso de la Constitución Española de 1978.

A su vez, cabe poner de relieve la manera resuelta en que la Escuela enfrentó los problemas que planteaba la adaptación a la nueva realidad, tras la sanción de la Constitución, al acudir a las técnicas del federalismo y de la justicia constitucional, hasta esa época inexistentes en España.

En tal escenario, Tomás Ramón Fernández dio a luz una serie de obras que alumbraron el camino a tomar por la jurisprudencia y la doctrina. Basta mencionar, entre sus libros más sobresalientes, aparte del Curso, los titulados "Arbitrariedad y Discrecionalidad", "La autonomía universitaria", "Entre el Derecho y la Política". "Escritos dispersos de un jurista independiente", "De la arbitrariedad del legislador", "Estudios de Derecho Ambiental y Urbanístico" y "Panorama de Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria" (publicado en Buenos Aires en 2002 por La Ley) sin olvidar aquel libro suyo sobre la "La nulidad de los actos administrativos", aparecido en 1979, cuyo nivel de excelencia doctrinaria presagiaba la alta calidad científica que iba a tener su extensa y nutrida producción ulterior.

Su "Manual de Derecho Urbanístico", que lleva 20 ediciones, constituye una obra que resulta imprescindible conocer por quienes necesitan, por una razón u otra, abordar la compleja problemática que encierra la disciplina. La influencia que tuvo y tiene esta obra sobre la jurisprudencia ha sido realmente notable así como fue su labor en la elaboración de la ley 6 de 1998, sobre "Régimen del Suelo y Valoraciones".

Catedrático en la Universidad Complutense de Madrid desde hace 25 años y Profesor invitado en diversas Universidades extranjeras, entre las que cuentan la de París X, (en la que viene enseñando desde 1993), ha impartido cursos como Profesor invitado en las Universidades Nacionales de Buenos Aires y La Plata y es Director del Programa Magister en Derecho Comunitario de la Universidad Complutense desde su creación en 1990.

Una personalidad tan destacada no podía permanecer ajena al reconocimiento de la comunidad académica vinculada al mundo del derecho. En el año 1984 fue distinguido con el Premio Adolfo Posada del Centro de Estudios Constitucionales, otorgado al mejor libro de Derecho Constitucional. A su vez, hace tres años fue elegido por sus pares Miembro de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Madrid. La lectura del discurso que pronunció en tal oportunidad muestra al jurista avezado y profundo que aborda con singular maestría los problemas del derecho en función de sus principios y de la realidad en la que le toca vivir.

Se trata de un admirable estudio que, como destilación de los anteriores que efectuó acerca de los otros

poderes del Estado, condensa la doctrina que elabora en torno de la arbitrariedad judicial, enfocada en un profundo análisis sobre la discrecionalidad o arbitrio propiamente dichos, que lo lleva finalmente a sostener tres conclusiones fundamentales:

- a) el poder discrecional depende exclusivamente de la estructura de las normas que lo otorgan y no de la calidad del órgano o autoridad que lo ejercen;
- b) la extensión del poder discrecional depende de la densidad de regulación de la norma habilitante;
- c) el poder discrecional implica un supuesto de remisión o delegación que la norma efectúa a favor de una autoridad determinada.

Con este trabajo doctrinario Tomás Ramón Fernández nos enseña que el verdadero arte del jurista dogmático consiste en explicar lo que realmente sucede y en descubrir o bien despejar los caminos que deben orientar las decisiones discrecionales, ya emanen éstas de la Administración, de los jueces o del legislador, supuestos todos sujetos a la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos -consagrado en el art. 9.3 de la Constitución Española, el cual, como destaca, constituye un precepto único en el derecho comparado.

En tal sentido, ha volcado su pensamiento en palabras que mantienen actualidad en nuestros días. Así, al proponer la reconstrucción de la teoría de la ley, apuntó: "No es casual, ni mucho menos, el acceso a la Constitución de 1978 de una expresa y categórica prohibición general de la arbitrariedad de los poderes públicos. Responde ésta, sin duda, a una crisis indisimulable de los mecanismos propios de todo sistema democrático, a cuya perversión el Estado de partidos ha contribuido decisivamente al acentuar la lógica implacable de la aritmética electoral con la que los representantes se aúpan sin pudor sobre los representados, que devienen prisioneros de una oferta electoral estrecha —y muy difícil de ampliar además por condicionamientos económicos y mediáticos— y adicionalmente rigidificada en muchos casos por sistemas electorales que más que la remoción y el cambio de los gobernantes propician su perpetuación, sea cual sea el balance de su acción de gobierno".

Del realismo de su doctrina es un buen ejemplo aquella conferencia que pronunció en la Universidad Austral de Buenos Aires, en el año 2001, que tituló "El derecho administrativo al comienzo de su tercera centuria". Allí, Tomás Ramón Fernández describió los problemas que debía afrontar la Administración en una etapa de transición como en la que seguiremos viviendo hasta que se consoliden las nuevas tendencias acerca del papel del Estado y de los particulares.

Como siempre, los cambios y transformaciones de las políticas económicas generan nuevos problemas y desafíos. Y, si bien ha corrido desde entonces mucha agua bajo el puente, una buena parte de las cuestiones que allí se plantean continúan sin resolverse y han aparecido también otras que reclaman diferentes soluciones.

En ese escenario, como nos advierte, el derecho administrativo, viene soportando el embate de otras disciplinas que le disputan la primacía en su propio ámbito, tal como ocurre con la tendencia a privatizar las relaciones públicas entre el Estado y los particulares. Esta tendencia, que habría sido considerada antes como una herejía, hoy se pretende justificar bajo el manto protector de una mal entendida globalización, que en realidad contiene la deformación de los auténticos principios liberales que reposan sobre una ecuación basada en el equilibrio entre poder y libertad.

Así, afirma que "la Administración tiene, ciertamente, a su disposición, de modo excepcional, las formas jurídicas del Derecho Privado, pero no las posibilidades y las libertades inherentes a la autonomía de la voluntad de los particulares, ya que, cualquiera que sea la forma jurídica por ella elegida para instrumentar u organizar su actuación, ésta habrá de respetar siempre los principios que con carácter general y sin distinciones de ninguna clase establece para toda la actuación administrativa el texto de la Constitución. Una cosa es la decisión de actuar, que está regida en todo caso por dichos principios, y otra distinta la instrumentación de esa decisión, que podrá circular por los cauces del Derecho Privado, pero respetando siempre los derechos fundamentales de los terceros afectados, que la Administración nunca puede desconocer por el cómodo expediente de sustituir su uniforme de tal por el traje de paisano".

De otra parte, el embate del Derecho laboral sobre la función pública y los servicios públicos o esenciales ha tenido en nuestro país igual o mayor intensidad que en otros. Aunque la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema tiende a limitar parcialmente la regulación de la función pública por las convenciones colectivas, lo cierto es que existe una acentuada laboralización en campos antes reservados exclusivamente a la regulación estatal propia del derecho administrativo.

Este fenómeno requiere, como apunta Tomás Ramón Fernández (en palabras que suenan igual en Argentina) "la reconstrucción de un sistema coherente y la elaboración de un Estatuto básico para la función pública española, que entretanto ha perdido calidad, impulso y presencia en el seno de la Administración, en cuyas

aguas flota empujada por el vaivén cambiante de la política y de la multitud de consejeros y asesores que, a modo de comisarios, ésta sitúa en el interior de la organización".

Para concluir con esta selección de sus ideas he optado por elegir aquella que quizás no haya sido en Argentina una concepción suficientemente difundida. Me refiero a la necesidad que tiene la Administración actual de acudir a técnicas de signo negocial, "viejo asunto en el que es preciso profundizar", como anota con acierto, para después señalar:

"Pudiéndolo todo, la Administración por sí sola puede muy poco si no consigue la colaboración de los -perdón por la fea, pero aquí expresiva, palabra- administrados. La decisión ejecutoria, que un día lo llenó todo, no es ya bastante, si no va acompañada de la negociación y del convenio y de las adhesiones voluntarias que aquélla y éstos son capaces de suscitar.

Los riesgos —para la legalidad y la igualdad— que una Administración concertada conlleva son bien conocidos y no pueden en absoluto ser desdeñados, mucho más cuando se tienen tan próximos los episodios de corrupción que han embarrado estos últimos años el escenario político y administrativo, pero la conciencia de su existencia no puede hacer olvidar que con cobertura legal o sin ella la Administración y los ciudadanos negocian día a día. Es falso sencillamente el panorama que presentan los Cursos y Manuales de Derecho Administrativo que escribimos los profesores, según los cuales la Administración es una pontentior persona, situada en una posición de superioridad desde la cual manda y se impone. Puede hacerlo legalmente, sin duda, pero si no hiciere otra cosa no le saldrían las cuentas, porque pronto se quedaría sola y sola, seguida a distancia con temor, no podría conseguir los objetivos deseables, ni acercarse a ellos tan siquiera.

Y agrega, con referencia a los convenios urbanísticos, que "Hoy es ya general y hay que celebrarlo, porque, siendo, como es, la negociación inevitable, es mejor que se haga a la luz del día y a la vista de todos, dentro de unos límites previamente definidos con carácter general".

El rasgo común que exhiben todas sus obras reside en su indiscutible calidad jurídica pero también en su lenguaje. En este sentido, cumplen con aquello que dijo Jean Guilton al señalar que lo que se necesita hoy día no es tanto volver a la antigua elocuencia sino "... solamente guardar su sustancia bajo formas nuevas, adaptadas a este espíritu moderno más rápido y ágil, más neto, más sincero y audaz, que se dirige en forma directa a lo esencial"⁽¹⁾.

Además de jurista eximio, Tomás Ramón Fernández, ejerce la profesión de abogado en forma activa en el Ilustre Colegio de Madrid y de otras ciudades de España habiendo personalmente recogido siempre opiniones elogiosas que acreditan su prestigio, independencia y capacidad en los distintos niveles y medios en que le ha tocado actuar en defensa de sus clientes.

En las reuniones anuales que realiza la Escuela pude también comprobar el gran respeto intelectual que le profesan sus pares y discípulos, respeto que sólo tiene sustento cuando, como en el caso, no es fruto de la obsecuencia ni del culto personal que se impone sino el producto de algo profundo y verdadero, que fluye en forma natural y espontánea.

Por todo ello, nuestra Academia se complace hoy en recibirlo como Miembro Correspondiente en este acto que simboliza el reconocimiento a sus excepcionales méritos científicos así como la gratitud por la generosidad proverbial con que prodigó sus enseñanzas entre nosotros.

Señor Catedrático y amigo Tomás Ramón Fernández: en nombre de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, le doy la más cordial bienvenida a la Corporación y lo invito a hacer uso de la palabra para pronunciar su conferencia.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723)

(A) Discurso de recepción del Académico Correspondiente doctor Tomás Ramón Fernández en la sesión pública del 18 de setiembre de 2007.

(1) GUITTON, JEAN, "El trabajo intelectual", trad. Del francés, ed. Criterio, Buenos Aires 1968.