

Comentarios Monográficos

EL COMMON LAW Y EL DERECHO CONTINENTAL: TENDENCIAS EN EL DERECHO PUBLICO CONTEMPORANEO *

Humberto Briceño León

*Profesor de Derecho Administrativo en la Escuela
de Derecho de la Universidad Central de Venezuela
Magistrado de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo*

Han surgido en mí ciertas interrogantes sobre algunas virtudes y deficiencias que podrían atribuirse a los sistemas jurídicos de estos tiempos.

Lejos de mí está la pretensión de dar respuesta a tan genéricas y complicadas cuestiones. No obstante, quiero presentar algunas reflexiones y consideraciones acerca de las tendencias actuales en el llamado Sistema Jurídico del Derecho Continental (también llamado por algunos de Derecho Civil); así como también, destacar algunos aspectos concretos del desarrollo jurídico del sistema de Derecho de los Estados Unidos de América, marcado en ocasiones por la ausencia de respuestas oportunas y eficaces provenientes del sistema de Common Law a algunas necesidades normativas presentes en el complejo mundo de las relaciones jurídicas de esa nación.

Pienso que las cuestiones presentes en el mundo jurídico contemporáneo buscan, necesitan y requieren de mecanismos con los cuales no cuentan los viejos esquemas jurídicos considerados en puridad. Aquéllos requieren de fórmulas que permitan dar oportuna y eficiente respuesta a problemas planteados con una velocidad de cambio y evolución, que no ha sido siempre característica del ritmo de nuestras sociedades.

Todo ello, demanda un Estado capaz de formular y ejecutar soluciones que se adecuen a esos cambios, al ritmo necesario, dentro de un marco que logre mantener y fortalecer valores fundamentales de la convivencia humana, como la libertad.

I

Tengo la acentuada impresión de que el sistema de Derecho Continental, caracterizado por su naturaleza básicamente estatutaria, en ocasiones carece de la capacidad suficiente de adaptación, para dar oportunas respuestas a novedosísimas cuestiones y situaciones que hoy la requieren. Tal lentitud (y a veces resistencia al cambio), atribuible a los sistemas estatutarios de "Derecho Civil", significó, y para algunos aspectos es posible pensar que aún significa, el modo a través del cual se sujetaba a una sociedad a unos determinados valores que se querían o deseaban permanentes, estables, actuantes como barreras, lo que suponía leves o muy lentos niveles de cambios en la vida de la sociedad.

El Sistema de Derecho Continental, pareciera así tener una excesiva confianza en la "razón normativa", es decir, en que el contenido de las normas que expresan la conducta o comportamiento querido, es lo mejor para todos, lo deseado. Tal esquema implica una exagerada creencia en que esa razón es capaz de conducir por

* Estas reflexiones introductorias son en buena parte, producto de la pasantía en investigación académica que en Derecho Administrativo realicé durante el segundo semestre de 1990 en la Universidad de Yale en los Estados Unidos de América. Doy las gracias a la Escuela de Derecho de Yale; en especial a los profesores Barbara Safriet y Jerry Mashaw, a la organización Fulbrigh, y a la Embajada de los Estados Unidos de América en Venezuela.

caminos buenos y prósperos a las sociedades. Ese sistema presume una actitud sumisa de la sociedad frente a las normas así emitidas, es decir, espera que la sociedad se comporte como la norma quiere que se comporte —tal vez equivocadamente—; que la norma es capaz de moldear la conducta humana y en consecuencia la sociedad en su conjunto.

Estimo que la aparición en el mundo contemporáneo de fenómenos cuya novedad sorprende a las comunidades científicas del derecho, plantea la necesidad de respuestas y adaptaciones inmediatas en el campo de la Ley. No hace falta buscar hechos tan novedosamente notorios producto de estelares desarrollos científico-tecnológicos de nuestro tiempo para probar la anterior afirmación, solo bastaría —en el caso de Venezuela— observar las normas que amplían los lapsos procesales en consideración a las distancias entre ciudades, y observar que tales lapsos serían en ocasiones suficientes como para darle la vuelta al mundo. Por esa razón es posible afirmar que para algunas cuestiones, ese esquema normativo carece del realismo necesario como para adaptarse y ser cónsono con el desarrollo de la ciencia y la tecnología. Este sistema estatutario, cuenta por supuesto, con formas e instrumentos para los cambios de las leyes: existe la derogabilidad de la Ley, así la Ley posterior deroga la anterior, la especial a la general en los elementos de la especialidad. De esa forma, los órganos legislativos cuentan con el poder suficiente para adaptar las leyes; sin embargo, esos órganos no han mostrado la eficiencia requerida. En ocasiones por negarse explícita o implícitamente a modificar, derogar o promulgar nuevas leyes; muchas veces por incapacidad técnica; otras, debido a los sistemas de lealtades políticas o de otra índole que esos órganos legisladores generan; y en otras ocasiones simplemente por los costos políticos que podrían implicar dichas alteraciones al sistema normativo. Como ya se ha dicho, el sistema en su globalidad pareciera así tender a la inercia, o por lo menos tener poca capacidad de adaptación. No obstante, podemos mencionar cuanto a algunas materias que por virtud de situaciones sociales o políticas productoras de fuertes presiones sobre el legislador, han ocurrido casos de cambios legislativos muy poco estudiados o analizados, lo que a su vez ha obligado a subsiguientes y urgentes reformas. Ello en ocasiones ha acentuado la tendencia al no cambio, por efecto del contraste que conllevan los errores cometidos por los apresurados cambios.

Esta característica de los sistemas de naturaleza básicamente estatutarios, plantea para el Juez importantes problemas y también retos que se le presentan frente a los fallos que día a día debe dictar. El Juez, en el sistema estatutario, tiene un marco o rango de acción y decisión, en principio atado, delimitado por el contenido expreso del estatuto normativo. En este sistema estatutario se impone un tipo de conducta al sentenciador frente a disposiciones legislativas cuya aplicación pueda resultar absurda por contraste con la realidad; así, la regla estatutaria en principio le impone su aplicación.

Algunas circunstancias han llevado al Juez venezolano a plantearse una nueva actitud ante tal regla al conocer materias vinculadas al Derecho Administrativo. Para ello ha hecho uso de poderes de control constitucional que posee; en otras ocasiones ha usado facultades de interpretación de la Ley mediante las cuales ha ido elaborando o aplicando métodos interpretativos como la llamada Doctrina de la Interpretación Progresiva de la Ley. Con ello, ha comenzado a abrir puertas a la realidad como elemento a considerar en sus decisiones, aunque con una prudencia tal vez excesiva y ciertamente sin el conocimiento ni el rigor requeridos por los modernos métodos que las ciencias sociales contemporáneas han formulado para comprender y acercarse a la realidad. Aun cuando poco frecuente, es posible conseguir decisiones de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela en las que se afirma que el legislador dijo en la Ley más de lo que en verdad quiso decir, o bien que erró materialmente en el uso de los términos adecuados. Algunos ejemplos

se pueden señalar: en Venezuela es tradición, sin que norma alguna lo establezca, que cualquier ciudadano por el sólo hecho de serlo puede interponer la acción de revisión de la constitucionalidad de una Ley ante la Corte Suprema de Justicia, sin que se requiera para ello especial legitimación o interés u otra causa judicial controvertida en curso. La Ley Orgánica de 1977 de nuestra Corte Suprema de Justicia expresamente prescribió la exigencia de interés directo como requisito para poder interponer la acción de nulidad contra actos (de efectos generales) provenientes del Poder Público, actos entre los cuales por supuesto está la Ley. Sin embargo, tal disposición no se ha aplicado en nuestro sistema de control constitucional de las leyes, a pesar de su vigencia formal. La Corte Suprema de Justicia en Venezuela expresamente ha interpretado que frente a la acción objetiva de inconstitucionalidad de Ley no aplica ese dispositivo. En efecto, cuanto a esa norma contenida en el artículo 112 de su Ley Orgánica, la Corte Suprema de Justicia ha dicho: "La acción popular ha estado vigente y ha sido ejercida y admitida en épocas en que la República ha estado conducida por gobiernos dictatoriales y despóticos, resulta un contrasentido pensar que el mencionado recurso haya dejado de ser una acción popular de los venezolanos, cuando la República vive un Estado de Derecho que el propio pueblo ha contribuido a crear, sostener y defender" (Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Corte en Pleno, Sentencia de 30-06-82).

Cierto es también, que nuestra Corte Suprema de Justicia ha usado el arma de la adjudicación constitucional para enfrentar el problema planteado. En efecto, al declarar la inconstitucionalidad de una norma procesal discriminatoria de la mujer afirmó: "Razones de carácter histórico y social, entre nosotros, por las mismas razones aludidas, pudieron aconsejar al legislador venezolano el establecimiento de la mencionada disposición, pero ante la norma constitucional que de manera absoluta prohíbe la discriminaciones fundadas en la raza, el sexo, el credo y la condición social, aquellas razones del legislador ordinario, deben ceder" (Corte Suprema de Venezuela, Corte en Pleno, 3-05-1980).

Debemos destacar el camino que la Corte Suprema de Justicia de Venezuela ha comenzado a transitar admitiendo la necesidad del uso de nuevos métodos de interpretación y creación de derecho, aun cuando de manera tal vez sólo embrionaria. Así, al respecto ha afirmado nuestro Máximo Tribunal: "De buscarse sólo esa idea del redactor, el derecho fácilmente se estancaría; en efecto, como también lo señalan reputados autores, al dinamismo de la vida, el incesante fluir de la realidad no podría tener cabal representación dentro de una interpretación concebida en tan estrechos moldes, la cual repercutirá en detrimento de la misma Ley y de la seguridad y confianza jurídica" (Corte Suprema de Justicia de Venezuela, Corte en Pleno, Sentencia del 11-10-1984).

En el contexto planteado, surge también la pregunta en los sistemas estatutarios sobre la solución que debemos dar a aquellas situaciones que para su regulación no exista Ley o norma específica en cuanto al problema. Ciertamente es, que los principios jurídicos relativos a la vigencia temporal de las leyes, y la jerarquía de las fuentes del Derecho, ofrecen respuesta a la cuestión. Sin embargo, la actividad práctica que plantea situaciones reales podrían conducir, por la señalada ausencia de desarrollo legislativo, a afectar a los ciudadanos. Como ejemplo podría señalarse el caso que se planteó ante nuestra Corte Suprema de Justicia y que sentenció el 24 de enero de 1985. Así, ante la ausencia de desarrollo legislativo de un derecho, la Corte ordenó al Congreso de la República restituir a su trabajo a una funcionaria embarazada, quien había sido destituida por ese órgano. Dicha decisión la fundamentó la Corte, considerando que le correspondía a la solicitante el derecho a la protección de la maternidad. En esa decisión la Corte observó la inexistencia en norma de rango legal (infraconstitucional) relativa a las formas de protección

a la maternidad para las funcionarias al servicio del Estado. Debemos señalar, que en las normas que regulan las relaciones laborales ordinarias sí existía y existe prescrita la estabilidad en el trabajo para la trabajadora embarazada, excepción hecha en caso de incumplimiento grave a sus obligaciones en el trabajo. En base a aquellas consideraciones la Corte ordenó la reincorporación de la funcionaria embarazada a su trabajo en el Congreso, por tener "derecho constitucional" a esa protección, y en vista de la inexistencia de motivos graves que justificaran el despido.

Por lo tanto podemos observar que en Venezuela, aun cuando nuestro sistema jurídico es de Derecho Continental, se están generando fórmulas que permitirán el acercamiento del bloque jurídico en su conjunto a la realidad. Elementos cuya evolución debemos promover y profundizar, para dinamizar nuestras ya obsoletas estructuras jurídicas.

II

Tengo la impresión de que el sistema Common Law tampoco ha dado respuesta a la velocidad necesaria a algunos requerimientos que el desarrollo de algunos eventos contemporáneos le ha presentado.

El Common Law como sistema, está basado fundamentalmente —aunque no exclusivamente— en el "precedente judicial", es decir, en leyes no escritas derivadas de principios relativos a la Justicia y al "Common Sense", determinados por necesidades sociales. Ello, indudablemente permite —en principio— una importante capacidad de adaptación a las nuevas condiciones que la sociedad requiere; así este sistema confía más en la realidad social como motor para la construcción de la norma o para su cambio o renovación. La práctica social que va recogiendo e institucionalizando la organización judicial constituye el camino o fórmula para hacer la norma con la participación en ese proceso de las instituciones para ello previstas —Judicial Power—. Este proceso implica en el orden teórico que la norma es lo que la sociedad quiere que ella sea, que la normalidad, regularidad, o estándar social es elevada a norma, así lo normal tiende a convertirse en norma. Este supuesto implica el no admitir la existencia de un orden normativo distinto al orden social, por el contrario supone a la realidad como productora del orden normativo.

En algunos campos de la disciplina jurídica, el Sistema Common Law tampoco ha dado respuesta a la velocidad requerida a algunas exigencias que el desarrollo de algunos eventos contemporáneos le ha planteado. Podríamos reseñar lo que a nuestro entender constituye un interesante ejemplo. En efecto, una serie de disparidades en las sentencias impuestas por diferentes jueces frente a similares situaciones delictivas fue común en Estados Unidos, lo que ocasionó algunas incertidumbres y heterogeneidades en cuanto al tiempo que el culpable debía estar en prisión. Ello por supuesto planteó la necesidad y requerimiento de sentencias similares para acusados bajo condiciones similares. La solución a este problema no se produjo como producto de las reglas de Common Law. Por el contrario, se utilizó el sistema estatutario para dar respuesta a este problema a través de la promulgación de una especie de "guías" que fueron promulgadas por la "Comisión Sentenciadora de los Estados Unidos de América". Esa comisión tuvo la tarea de desarrollar un sistema de rangos de condenas aplicables a cada categoría de delitos envueltos en cada categoría de acusados. La constitucionalidad de estos poderes otorgados por el Congreso a esa comisión fue declarada. (John M. Mistretta —USA— Jhon Mistretta Nos. 87-7028, 87-19021, decidida en junio 18-1989).

Otra interesante cuestión en el sentido anotado, es observar que la reglamentación de buena parte de las funciones de las "agencias gubernamentales" proviene

de actos normativos dictados por ellas mismas. Así estos organismos han ejercido poderes normativos a través de una especie de "delegación" que tienen, así se ha interpretado a partir de lo que se ha dado a llamar la "Doctrina de la Delegación de Autoridad". Tal fenómeno nos habla sobre el nivel de dinamismo del sistema Common Law, el cual no pudo ni puede generar al ritmo requerido los estándares que exige el funcionamiento de esas agencias. En efecto, señala el profesor Calabreci "The reason for staturification are too profound to be reversid, for courts are not capable of writing speedily enough most of the rule that a modern society apparetly needs" (Guido Calabreci. *A Common Law For the Age of Statutes*. p. 161 Harvard University Press. 1982).

Una similar necesidad es mencionada por el profesor Mashaw: "But again, the crucial implementing datail of these general statutes have been left almost exclusively to cours, *to agencias themselves* or to centralized executive acts likes OMB" (Mashaw Jerry, 1990 Mimo Supplement to Mashaw & Merrill Administrative Law School, Feb. 1990).

En el campo de Derecho Público en general y en el relativo al Derecho Administrativo en particular, la cuestión sobre la necesidad de generar normas y sus respectivas adecuaciones al ritmo que las sociedades marcan es particularmente importante. En efecto, para el derecho administrativo ha sido una variable significativa el proceso de intervención del Estado en las modernas sociedades. Este fenómeno ha ocurrido en los Estados en general así como en los Estados Unidos de América. Así por ejemplo, el "New Deal" impuso importantísimos requerimientos normativos, en particular al derecho administrativo, al extremo que fue visto como un medio dirigido a limitar el poder: "The study of administrative law can be riewed as an analysis of the limites placed on the powers.". (Ernest Gelharn y Barry B. Boyer, p. 8 in a nut shell, West Publishing Co. 2nd ed, 1981).

Ciertamente, en cuanto a algunas cuestiones y circunstancias la velocidad de las ejecuciones del Estado contemporáneo planteó retos y exigencias que no podían esperar por estándares o reglas que produjescn los mecanismos del Common Law, para ello fue necesario, aun en ese país del Norte, el uso de sistema de estatutos. Igualmente en Europa el desarrollo del proceso de intervencionista del Estado de Derecho, en concreto del Estado Social de Derecho "Welfere State", planteó un especial ritmo al sistema normativo de esas naciones, lo cual probablemente al comienzo de ese veloz proceso, no haya producido importantes traumas a las naciones acostumbradas a los estatutos. No obstante, sí ha habido posteriormente problemas con las necesidades de cambios y readaptaciones a las ahora nuevas circunstancias para las que cierta doctrina liberal ha propuesto el retiro o desmontaje del Estado. Como ejemplo de esas novedosas necesidades de readaptación, pueden mencionarse las dificultades que planteó el rígido sistema de relaciones laborales que creó el sistema normativo intervencionista en algunas naciones de Europa, como también ha ccurrido en algunos países de América Latina.

III

Las naciones democráticas de América Latina, tienen tal vez debido a sus relativamente recientes experiencias dictatoriales, una excesiva tendencia a imponer fórmulas normativas de control sobre sus Estados. Sin embargo, paradójicamente esas mismas naciones en los últimos años creyeron ver en el Estado, un motor fundamental y apropiado para buscar su bienestar. Así en el modelo de Estado intervencionista latinoamericano se observa un impresionante cúmulo de funciones impuestas al sector público; y al mismo tiempo la presencia de un complicadísimo sistema de control de origen normativo, que de aplicarse estrictamente podría hasta paralizarlo, o si no, tales controles podrían aparecer como simples formas normativas sin

conexión con la realidad. Ello en sí mismo contenía una paradoja, pero también una profecía: el parcial fracaso de Estado. Se manifestó por una parte optimismo frente al Estado y a la vez un altísimo nivel de desconfianza en ese Estado, tal vez los liberales extremistas de esos tiempos piensen que había razón para desconfiar; ahora pareciera que asistimos a una nueva paradoja: la confianza extrema en la sociedad privada para que haga lo que se había confiado al Estado; se confió en Estado porque no tenía al menos entonces capacidad el sector privado para hacer lo que asumía y se entregaba a ese Estado. Nos preguntamos si ahora tiene esa capacidad, ojalá así sea; frente a ello más bien pareciera en nuestra opinión querer nuestro sistema constitucional una presencia selectiva del Estado en aquellas áreas en las que entiende debe aparecer para asegurar la real existencia de algunos derechos. Corresponde en parte a los juristas dar respuesta a estos problemas. Tales procesos, paradojas o contradicciones, en verdad han creado una serie de problemas específicos y complicados en el campo jurídico. Por ejemplo, el problema que significa la desnaturalización de algunas formas de personería jurídica que corresponden al Derecho Privado. A algunas de estas personas (gubernamentales) de derecho privado, por la sola presencia patrimonial del Estado, se les ha impuesto una serie de restricciones, controles y requerimientos, que muchas veces no plantean dudas relativas a si han dejado de ser personas jurídicas de Derecho Privado para convertirse en "nuevas formas" como personas jurídicas.

IV

En el particular campo de Derecho Administrativo, en naciones basadas en el sistema Common Law, se observa la presencia de soluciones provenientes de la aplicación de reglas no estandarizadas, es decir, debemos reconocer que muchos de los problemas particulares que han aparecido en los sistemas de estatutos, los vemos en los sistemas de Common Law. En ellos se han producido algunas muy interesantes soluciones, que podrían utilizarse con las adaptaciones requeridas en los sistemas de Derecho Continental. Nociones como "Predictive and Discretionary determinations", "Highly discretionary", "Postsuspension..." "Irrefutable presumptions", en general la relativa al "Due Process" en los procedimientos administrativos informales, el de "limitations of the use the privilege against self-incrimination", el método costo-beneficios como fórmula de interpretación de situaciones jurídicas, son sólo algunas de las importantes nociones que los Estados Unidos ha contribuido a generar.

Creo por tanto, que los sistemas jurídicos contemporáneos están sufriendo importantes procesos de transformación. Se oyen incluso en estos tiempos planteamientos dirigidos a desaplicar Constituciones, a la ruptura del principio de supremacía de la Constitución. Ha aparecido una suerte de control judicial, de una especie de Derecho Supra-Constitucional que se ha abierto como alternativa para limitar normas nacionales, incluso constitucionales, por la vía del Derecho supra-nacional. Sirva por el momento hacer mención de una sentencia del Tribunal de Frankfurt en el marco de la Comunidad Económica Europea: se trataba de aclarar si dos reglamentos comunitarios eran válidos por ser posiblemente contrarios a derechos garantizados por la Constitución alemana. El Tribunal de Justicia dijo en materia de autonomía del derecho comunitario que el recurso a reglas o nociones jurídicas de derecho nacional, en el marco de un control de legalidad de actos adoptados por las instituciones comunitarias, vulneraría la unidad y eficacia del derecho comunitario. Declaró así que no había lugar a la posibilidad de invocar derechos fundamentales formulados por la Constitución de un Estado miembro o principios de una estructura constitucional, para determinar la validez de un acto comunitario o su efecto sobre el territorio de aquel Estado (T.J.C.E. Sentencia Nº 11-70 diciembre 17, 1970, p. 1125).

Pienso que los sistemas jurídicos contemporáneos caminan hacia su encuentro, unos aportan a los otros. Ya no podemos hablar del sistema Common Law puro; como ya no podemos hablar de un sistema Civil Law puro. El Derecho Administrativo venezolano ha mostrado en su desarrollo un interesante proceso de acercamiento a los que podrían ser algunos rasgos de un sistema judicialista. Creo que en definitiva la conexión y capacidad de intercambio intelectual es fuente para el avance y mejoramiento de los sistemas jurídicos contemporáneos.