

refundido para el siglo XXJ

Controversia II

En el esquema democrático actual, un sistema de frenos y contrapesos tiene por objetivo regular el ejercicio de las funciones de los poderes políticos; sin embargo, las entidades del Poder Ejecutivo parecen no tener freno.^A Formulemos una pregunta a bocajarro: ¿son las múltiples entidades del gobierno instituciones de representación mayoritaria? Las entidades del órgano ejecutivo se encuentran normativamente dentro de la esfera de control de los poderes políticos. Empero, las funciones ministeriales que desempeñan por delegación, resultan demasiado numerosas y dispersas como para posibilitar un control político enérgico y efectivo. De forma indolente, el derecho económico permite a las autoridades administrativas iniciar y luego ejecutar, como acto habitual, medidas mal proyectadas y no acordes con el criterio de Kaldor-Hicks. En general, todo el marco legal en que se mueve la actividad económica, adolece de discrecionalidad gubernamental. Parecería que se verifica la afirmación del jurista alto peruano, Juan José Ameller (1830-1900), en el sentido de *que notre système de Droit administratif est arbitraire*,^B ya que por él no se logran proporcionar y aplicar mecanismos de control

^A Ovidio medita la respuesta a *Quid custodet custodes?*

^B *Breves apuntes sobre el derecho administrativo de Bolivia* pág. 10 (1868).

Un libro de derecho del siglo XIX,

mayoritarios indispensables en la elaboración de los reglamentos y en el proceso de toma de decisiones en casos concretos, que corresponden a las atribuciones del Poder Ejecutivo.

No obstante, las innovaciones que se formulan en el ámbito del derecho público elevan los costos políticos que deben afrontar las entidades del gobierno cuando incurren en actos arbitrarios y consagran el principio de un control jurisdiccional sobre la administración de las entidades del órgano ejecutivo. Nótese, además, que si bien Dicey hizo severas críticas al gobierno administrativo —*et en particulier au Droit administratif en France*— su postura constitucional se debió más bien a la inexistencia, por aquel entonces, de un control jurisdiccional de la administración en dicho país.^A Hoy no es ese el caso. Si bien en muchos de los países de Iberoamérica no se cuenta con un código de procedimiento administrativo, cabe señalar que en los Estados Unidos de América, el *Administrative Procedure Act* (1946) establece una distinción entre la elaboración de normas legales de carácter general y el proceso de decisión de casos particulares en el ámbito

^A En *Introduction to the study of the law of the Constitution* cap. 12. Es de notar que la casación tiene su origen en la proverbial desconfianza de la Revolución Francesa hacia el control jurisdiccional. Cfr. François Geny (1861-1959), *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique* lib. 1 (1899).

refundido para el siglo XXJ

del Poder Ejecutivo. En este cuerpo legal se prescribe que, para formular las normas, las entidades deben publicar un extracto en el *Federal Register*, en el cual se especifique la acción o materia propuesta, y por ende se extienda al público una oportunidad para presentar datos escritos, opiniones o argumentos sobre el proyecto, con la posibilidad incluso de hacer una fundamentación oral. Luego de pronunciar su resolución, los funcionarios del gobierno deben explicar su decisión, y necesariamente incorporar en la norma administrativa una exposición general concisa de su fundamento y propósito. Estas disposiciones legales son aplicables igualmente a la desatención de cualquier norma propuesta por algún sector o grupo.^A Asimismo, la ley escrita autoriza a los tribunales a revisar cualquier acto o resolución de las entidades que sea «*arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law*», y los tribunales tienen el deber de examinar minuciosamente todo el expediente.^B Si la entidad en cuestión no logra presentar un expediente confiable —considerándose las racionalizaciones *post hoc* inadecuadas—, la Corte Suprema, en un caso de jurisprudencia estadounidense ampliamente difundido, sostiene que los funcionarios

^A Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States, Inc. versus State Farm Mutual Automobile Insurance Company, *United States Reports* lib. 463 pág. 29 (1983).

^B *Administrative Procedure Act* § 706.

Un libro de derecho del siglo XXV,

gubernamentales pueden ser requeridos a rendir testimonio y dar razón de sus actos ante el tribunal. «*It may be that the only way there can be effective judicial review is by examining the decisionmakers themselves*». ^A Los tribunales están obligados a demostrar al público que los elementos de juicio relevantes fueron valorados adecuadamente y que se estableció que hay una correspondencia mínimamente racional entre los hechos comprobados y la decisión adoptada. De esta forma, si una medida fue arbitraria, sus autores deben enfrentarse al hecho de que la misma tendrá repercusión política, y resulta difícil que puedan eludir el conocimiento público. Es más, el control jurisdiccional de la administración cumple la función representativa diacrónica a través del tiempo, según se ha explicado. ^B Las innovaciones que se introducen revolucionan el derecho administrativo, y priorizan, a su vez, el carácter mayoritario que tienen las entidades del gobierno.

^A *Citizens to Preserve Overton Park, Inc. versus Volpe, United States Reports lib. 401 pág. 402 (1971).*

^B Como el único conducto posible para la representación de una mayoría diacrónica, el tribunal impone la supremacía del derecho sobre las autoridades del gobierno y el capricho eufórico de la mayoría sincrónica, con el fin de poner coto a los abusos de la autoridad, al ejercicio impune del poder y al arbitrio en la función pública.

refundido para el siglo XIX

Sin embargo, cabe destacar que estas innovaciones y las bases institucionales más firmes del estado de derecho no se remontan a los siglos XVIII, XIX o XX, ni procedieron de Inglaterra, los Estados Unidos de América ni de Prusia, por mucho que Dicey y von Hayek hagan alarde de «*the distinguishing characteristic of English institutions*»^A o de «*the most distinctive contribution of 18th-century Prussia*».^B Estas innovaciones salieron de la América castellana.^C

Desde el siglo XVI se instituyeron frenos y contrapesos políticos y control jurisdiccional de la administración en los Reinos de Indias.^D Convencido por su propia experiencia, el oidor chuquisaqueño de Villaba escribe: «Siempre que la potestad legislativa penda en la mera voluntad del Rey: siempre que sus

^A *Introduction to the study of the law of the Constitution* cap. 4.

^B *The Constitution of Liberty* cap. II.

^C Cfr. Carmelo Viñas y Mey (1898-1968), El régimen jurídico y de responsabilidad en la América indiana, *Revista de las Españas* lib. 9 pág. 1 (1929); Levene, *Las indias no eran colonias* (1951).

^D Hay quienes afirman que, por muy progresistas que fueron estas leyes, dejaron de aplicarse en la realidad indiana; al respecto Marcelino Menéndez y Pelayo (1856-1912), en su prólogo a una re-impresión de la *Recopilacion de Leyes de los Reynos de las Indias* (1681) libra la sentencia: «El indio americano vive todavía donde estas leyes rigieron y desapareció donde ellas fueron desconocidas», (1943).

Un libro de derecho del siglo XVIII,

favorecidos Ministros o secretarios tengan en su tintero la facultad de derogar las más fundamentales leyes con sólo decir: El Rey quiere = El Rey manda = El Rey extraña = quando tal vez ni quiere ni manda, ni extraña. Siempre que una ley no se medite, se ventile, se consulte, y se revea antes de promulgarse, y despues de promulgada no pueda derogarse sin las mismas formalidades, y reflexiones con que se publicó, ni hay Monarquía, ni hay constitucion, ni hay gobierno fixo, sino despotismo, transtorno, variacion continua, y un cahon de Cédulas, Ordenes, Pragmaticas, Declaraciones con que lexos de encontrar regla que prescriba los limites del que manda, y las obligaciones del que obedece no sirven sino de apoyo para hacer cada qual lo que se le antoja... La extension de las facultades de los Ministros, y depresion de la autoridad de los Tribunales ha tomado un rápido vuelo en este siglo».^A Villaba tenía razón al deplorar el desmantelamiento, al final del siglo XVIII, del sistema administrativo indiano.^B Las reformas

^A *Apuntes para una reforma de españa* págs. 8-9.

^B La dinastía borbónica empezó a reinar en España porque el Hechizado no tuvo descendencia y porque dicha facción ganó la guerra de sucesión. Su implantación supuso la pérdida del buen talante de las instituciones de Indias. Las reformas borbónicas respondían a una nueva concepción del estado, por la que se buscaba recuperar el poder delegado en las reales audiencias y el Consejo de Indias, reasumiendo la dirección política y económica del Reino, todo acorde con las ideas del

262

refundido para el siglo XXJ

borbónicas desatendieron la opinión manifestada por Juan de Solórzano (1575-1655) sobre el gobierno de los hombres: «quien lo remitiese todo a los hombres, lo pondría todo de muy ordinario en manos de bestias desenfrenadas».^A

Recién se abre el camino para realizar un examen valioso, perspicaz y aleccionador, de la literatura jurídica propia, que merece del erudito iberoamericano, un examen más equilibrado sobre su alcance. Hay que hacer memoria histórica: la fecha de 1492 cerró el proceso de reconquista y consolidación de los reinos peninsulares e impulsó el encuentro con el

despotismo ilustrado: un intento de imponer esquemas de racionalidad efectivista desde un proyecto dirigido verticalmente, sin contar con el consenso y la articulación de la sociedad. Cfr. José del Campillo y Cosío (1693-1743), *Nuevo sistema de gobierno económico para la América lib.* 1 cap. 6 (1789).

^A *Política indiana lib.* 5 cap. 16 (1648). Quienes ejercían la administración sabían que, tarde o temprano, debían rendir cuenta de sus actos. El derecho público actual carece de un mecanismo de transparencia tan eficaz como fue el preceptivo juicio de residencia. El derecho indiano estableció el procedimiento para auditar la conducta de los hombres públicos. Consistía en una auditoría sobre su desempeño, que se realizaba no bien abandonaban el cargo. El examen solía ser bastante exhaustivo y la persona sometida a él no podía abandonar el lugar donde había gobernado hasta que no conduyera el proceso. Cfr. Toribio Esquivel Obregón (1861-1945), *En defensa de la cultura hispánica* (1943).

Un libro de derecho del siglo XVI

Nuevo Mundo. Esa gran fecha amplió el horizonte de la geografía mundial y marcó el principio de una transformación de mentalidad que es un hito de innovación y apertura en la ciencia jurídica.^A Todas esas cosas, que en principio parecen tener poco que ver con el derecho, son, sin embargo, cruciales para comprender lo que sucedió: el siglo XVI incluyó desarrollos en el derecho de gentes^B y extendió el abanico de garantías al ámbito administrativo. Ese siglo supuso la creación del primer estado en la historia que instauró el control jurisdiccional de la administración. Los juristas peninsulares, al rechazar activamente la idea de *puissance souveraine*, estructuraron un gobierno de frenos y contrapesos;^C los Reinos de Indias fueron levantados por juristas antes que por conquistadores.^D

^A Regina Grafe (1962-), The Spanish Empire and its Legacy: Fiscal Re-distribution and Political Conflict in Colonial and Post-Colonial Spanish America, *Journal of Global History* lib. 1 págs. 241-267 (2006).

^B Vitoria, *De indis recenter inventis; De indis, sive de iure belli Hispanorum in barbaros*.

^C Solórzano, *Política indiana* lib. 5; el sistema de frenos y contrapesos instituido en los Reinos de Indias fue —como en alguna medida es el sistema constitucional de los Estados Unidos de América— la antítesis de la tajante separación de poderes aconsejada por el barón de Montesquieu.

^D El ejército regular —ese flagelo de la libertad— no se estableció en los Reinos de Indias sino hacia las postrimerías

264

refundido para el siglo XIX

Los tribunales de Indias ejercieron poderes que los tribunales en la Metrópoli no tenían: «se les han concedido y conceden muchas cosas que no se permiten a las de España». ^A Las audiencias fueron un «gran muro y defensa» de las libertades de los súbditos. ^B Asimismo, el rey se encontraba restringido por el derecho a un debido proceso que permeaba todo procedimiento judicial. ^C Entre los poderes que se

del siglo XVIII, dejando una nefasta secuela en el llamado «ejército libertador», que sentaría el precedente del militarismo que imperaría en la región. En esta esquina del continente, conduciría a la política de cacicazgos, la destrucción y la pauperización a lo largo los siglos XIX y XX.

^A *Política indiana lib. 5 cap. 3; De indiarum jure sive de justa indiarum occidentalium gubernatione lib. 4 cap. 3* (1645).

^B Matienzo, *El gobierno del piru lib. 1 cap. 4* (1573). «Nuestro principal yntento y voluntad siempre ha sido y es el de conservacion y agmento de los yndios y que sean ynstruidos y enseñados en las cosas de nuestra santa fee catholica y bien tratados como personas libres y vasallos nuestros» en *Leyes y ordenenizas nuevamente hechas para la gobernacion de las Indias y buen tratamiento y conservacion de los yndios promulgadas en Barcelona* (1542).

^C *Nueva Recopilacion de las leyes de España Título Decimotercio lib. 4 l. 7* (1567). En los Reinos de Indias un importante antecedente del juicio de amparo surgió como un instrumento para proteger a la persona frente a la autoridad y los actos de gobierno. Andrés Lira González (1941-), *El amparo colonial y el juicio de amparo mexicano: antecedentes novohispanos del juicio de amparo* (1971).

Un libro de derecho del siglo XVII,

concedieron a los tribunales de Indias estaba el control jurisdiccional de la administración.^A En el *Tratado de las apelaciones del gobierno del Peru* (1633), el jurista chuquisaqueño Gaspar de Escalona Agüero (1589-1659) escribe acerca del poder inédito asumido por los tribunales en los Reinos de Indias.^B Los súbditos^C que sufrían un agravio a causa de las determinaciones administrativas podían demandar a los virreyes y gobernadores ante un tribunal: «de todas las cosas que

^A Vemos a un historiador del derecho como Tau Anzoátegui declarando, en *Casuismo y sistema: indagación histórica sobre el espíritu del derecho indiano* (1992), que el derecho indiano no configura un cuerpo de derecho público, lo que denota cierta falta de solidez en la apreciación: quien lee la *Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias* (1680) de León Pinelo, con un mínimo de comprensión lectora, inmediatamente repara en que no es nada más y nada menos que eso: todo un cuerpo de normas de derecho público. Dicha posición doctrinaria está envuelta en la incomprensión que surge de la importancia que acostumbra concederse al derecho privado romano en la historiografía jurídica.

^B A pesar de que hace el intento de encontrar precedentes, no menciona a la Sacra Rota Romana, en *Tratado de las apelaciones del gobierno del Peru* glosa prim. 3.

^C Que incluían a los <indios>, quienes estaban facultados por caso de corte de interponer un recurso de queja directamente ante la real audiencia. Véase la actitud pública de defensa de sus derechos que adoptó el obispo de Chiapas, *De unico vocationes modo omnium gentium ad veram religionem*; logró arrancar en 1537 a Pablo III (1468-1549) la bula *Sublimis Deus*.

refundido para el siglo XXJ

los Virreyes y Gobernadores proveyeren a título de gobierno... si alguna parte se sintiere agraviada, puede apelar y recurrir a las audiencias». ^A Para que un acto del gobierno fuese justiciable, era requisito que existiera una parte agraviada: «en haviendo parte que lo reduzca a justicia contenciosa y de ello se sintiera y mostrare agraviada». ^B Asimismo, la apelación debía ser presentada luego de que una determinación administrativa final fuese tomada por un virrey o gobernador: «habiendose de apelar de los autos por la parte que alegare ser en su perjuicio, se interponga la apelación ante el señor Virrey [o gobernador], y antes de presentarse en grado de apelacion en la Real Audiencia, se haya de proveer a la interpuesta en el Gobierno por ser conforme a derecho». ^C

Es sorprendente cómo los tribunales de Indias consideraban en ajustada medida justiciables asuntos concernientes a la cuestión política. ^D Para que una cuestión política excluyera la justiciabilidad, se necesitaba que el asunto no lograra admitir una

^A Solórzano, *Política indiana lib. 5 cap. 3; Recopilacion de Leyes de los Reynos de las Indias lib. 2 l. 15, 35.*

^B Solórzano, *Política indiana lib. 5 cap. 13.*

^C Escalona, *Tratado de las apelaciones del govierno glosa seg. 18.*

^D Para un análisis comparativo de la doctrina moderna de una cuestión política, véase Carrasco, *Estudios constitucionales lib. 4 págs. 112-140.*

Un libro de derecho del siglo XVII

controversia judicial: «caso de mera y absoluta governacion, sin que en el haya punto que concierna a justicia contenciosa».^A Escalona explica que la parte agraviada alteraba la naturaleza de la cuestión política, convirtiéndola en justiciable: «haviendo parte agraviada, el negocio que ya fue de Gobierno, alterado con la circunstancia agravante de la queja, muda de especie y pasa a caso de justicia y de hecho contencioso».^B Quedó establecido en líneas generales que tres tipos de cuestiones políticas dejaban de admitirse como una controversia judicial: aquellas que tocaban las amplias políticas definidas por el gobierno: «privativamente del gobierno... por mirar a la universal direccion y enmienda del gobierno politico y economico»; aquellas relacionadas con los privilegios, la concesión de los cuales era exclusivamente delegada a la discreción de los virreyes y gobernadores: «dependen de la mera gracia y merced de Governador [o virrey] y regulada por su arbitrio y elleccion» y, finalmente, aquellas involucradas en la administración cotidiana del gobierno, las cuales tenían menor probabilidad de perjudicar a personas privadas: «de la puesta en marcha y permanente ejecucion en que no puede haber derecho de parte ni perjuicio considerable».^C Los tribunales tenían prohibido

^A Solórzano, *Política indiana lib. 5 cap. 3*.

^B Escalona, *Tratado de las apelaciones del govierno glosa prim. 5*.

^C *Tratado de las apelaciones del govierno glosa ter. 31*.

refundido para el siglo XIX

también revisar las «materias de guerra»,^A cuando la seguridad de los reinos era comprometida y el virrey o gobernador actuaba en un comando militar: «estar inhibidas las Audiencias expresamente y no poder conocer por via de apelacion en los casos en que el señor Virrey [o gobernador] proceda como Capitan general». ^B Sin embargo, la disposición era limitada a la efectiva confrontación militar: «estar con las armas en las manos esperando enemigos... hasta que cece el arma». ^C Eran amplios los poderes concedidos a los tribunales de los Reinos de Indias para ejercer un control jurisdiccional sobre la administración. Al ejercer el control jurisdiccional, estos tribunales podían afirmar, revocar y modificar las determinaciones de los virreyes y gobernadores: «alli son oidos judicialmente los interesados, y se confirman, revocan y moderan los autos y decretos de los Virreyes y Governadores». ^D Los tribunales decretaban si los virreyes o gobernadores habían vulnerado la ley o excedido de los poderes a ellos delegados: «ordenanzas hechas en fraude de las leyes y contra las cédulas y pragmáticas de su Majestad» ^E y juzgaban si

^A Solórzano, *Política indiana lib. 5 cap. 3*.

^B Escalona, *Tratado de las apelaciones del gobierno glosa prim. 15*.

^C Real Cédula del 2 de diciembre de 1608.

^D Solórzano, *Política indiana lib. 5 cap. 3*.

^E Escalona, *Tratado de las apelaciones del gobierno glosa ter. 36*.

Un libro de derecho del siglo XVII,

existía una relación racional entre una determinación administrativa fija y las circunstancias del caso —lo que implica limitación a la arbitrariedad— y si el virrey o gobernador procuraba el bien común: «debe regularse por justicia y razón y en orden a la conveniencia de la causa pública».^A A pesar de que los jueces no se encontraban restringidos por una regla obligatoria de *stare decisis*, al dictar su fallos se veían circunscriptos a la jurisprudencia establecida por la doctrina y las audiencias: «no juzguen jamás por solo su ingenio y capricho, apartándose de la escrita y bien cimentada y practicada jurisprudencia».^B

Desde el punto de vista del derecho público contemporáneo, la administración que se implantó en los Reinos de Indias constituye un hito descolante en la historia del control jurisdiccional. Aunque la

^APríncipe de Esquilache contra Luis Ximenez Gallego, minero y dueño de ingenios de moler metales en Potosí, Real Cédula del 15 de septiembre de 1612.

^B Solórzano, *Política indiana lib. 5 cap. 8*; véase Juan Francisco Montemayor y Córdoba de Cuenca (1620-1685), *Excubationes semicentum ex decisionibus Regias Chancellerie Sancti Dominici insule, vulgo dictæ Española, totius Novi Orbis primatis compaginatas editio* (1667). Gayo (110-180) puntualiza que el derecho romano reconocía al razonamiento de los juristas como fuente de derecho vigente, «*Quorum omnium si in unum sententiæ concurrunt, id, quod ita sentiunt, legis vicem optinet; si uero dissentiunt, iudici licet quam uelit sententiam sequi*». *Institutionum commentarii quattuor lib. 1* (1820).

refundido para el siglo XXJ

monarquía castellana se concebía como una forma de representación política distante,^A las reales audiencias aportaron un elemento democrático diacrónico a la administración de la corona.^B

La tesis que sostiene este libro es que la democracia y el estado de derecho deben ser defendidos con idéntica intensidad. La experiencia prueba que la democracia sincrónica puede socavar las libertades individuales e incluso avalar gobiernos despóticos. Éste es un planteamiento que la democracia no podría resolver por sí misma, salvo que esté subordinada al control jurisdiccional, que comporta la única manera de evitar su desnaturalización. Si rastreamos el origen del control jurisdiccional lo encontraremos en el derecho indiano, ese maravilloso episodio de nuestra historia,

^A Cfr. Covarrubias y Leyva, *Practicarum quaestionum liber unus cap. I* (1556). El pueblo no era capaz de librarse del rey a no ser que éste degenera en tirano, «*non potest rex illa potestate privari, quia verum illius dominum acquisivit, nisi fortasie in tyrannidem declinet, ob quam possit regnum iustum bellum contra illum agere*», según el padre Suárez, *Tractatus de Legibus et Legislatore Deo lib. 7 tit. II*. En nuestro sistema representativo, el sufragio por vía de la elección y reelección aproxima más a representados y representantes.

^B En ese sentido, cabe recordar que algunas de las naciones de América meridional se fundaron sobre la jurisdicción territorial de audiencias indianas: Bolivia, sobre la Real Audiencia de Charcas, y Ecuador, sobre la Real Audiencia de Quito.

Un libro de derecho del siglo XVIII,

cuando las actuaciones de gobierno estuvieron sujetas a una tutela judicial. Y así, donde la defensa de la democracia como valor absoluto sigue justificando crecientes incursiones del estado contra las libertades ciudadanas, en aras de los valores democráticos, se nos presenta el desafío de fortalecer la estructura del imperio de la ley: he ahí la mayor lección del derecho público de los últimos doscientos años.

Todavía más: si el proceso de la integración económica de la región supone la multiplicación de los centros de poder, ante la existencia de una duda o de un conflicto de competencias resulta urgente la puesta en marcha del control jurisdiccional de los tribunales. La propia esencia del federalismo debe descansar en esta base institucional, que fue incorporada hace siglos en el sistema administrativo que los juristas castellanos e indianos crearon, estableciéndose en América un verdadero sistema de frenos y contrapesos y no el simple predominio de un virrey, o de una gobernador supeditado a los designios de la Metrópoli, como ocurrió indefectiblemente en el colonialismo inglés. Conviene recordar que, en lo que toca al estado de derecho, somos los herederos de una tradición de gran sustento doctrinal: no es debido al azar que la doctrina constitucional, federal y administrativa de los Estados Unidos de América, haya encontrado un precedente, si no sus bases institucionales más firmes —gracias a la

refundido para el siglo XIX

obra de Solórzano^A— en el gobierno austracista de Indias, con un rey, pero reinos y administraciones diferenciados, sujetos al control jurisdiccional.^B

Para ironía de la historia, fue precisamente la notoria debilidad del estado de derecho en la colonia de Virginia, que le daba un poder desmedido al gobernador, la que allanó el camino para la concreción política de la proto-constitución de aquella *commonwealth* en 1776, pues no en vano buscó fortalecer al parlamento y a las audiencias, en buena medida como una reacción contra esta situación, para reparar aquella flagrante vulneración del imperio de la ley.^C

^A Se encontraba la edición latina de la obra de Solórzano en el país del norte, en las bibliotecas que existieron durante la época colonial.

^B Conviene recordar que el símbolo del dólar «\$», se remonta a las «piezas de ocho reales», acuñadas en la Casa de la Moneda de Potosí, cuyo distintivo procede de la «p» impresa sobre la «s», que circularon durante siglos en gran parte del mundo entre los mercaderes ávidos de esa moneda respetada por su estabilidad.

^C Cfr. William Hamilton Bryson (1945-), *Judicial Independence in Virginia*, *University of Richmond Law Review* lib. 38 págs. 705-720 (2004). La más elemental comparación mostraría las carencias del poco sofisticado derecho público colonial inglés. Cfr. el estudio de Dicey sobre el Colonial Laws Validity Act of 1865, *Introduction to the study of the law of the Constitution* cap. II. Joseph Henry Smith (1913-), *Appeals to the Privy Council from the American Plantations* (1950).

Un libro de derecho del siglo XVII

Igualmente se puede apuntalar el desarrollo tímido y descompasado del derecho público inglés, pese a que los tribunales ingleses en el siglo XIX hubieren atraído la admiración del mundo entero, o que el magistrado Edward Coke (1552-1634) hubiere pretendido someter al parlamento de la Inglaterra del siglo XVII a un control jurisdiccional, pretensión que estaba condenada al fracaso porque se enfrentaba a la intolerancia del régimen.^A Cabe traer a la memoria la emblemática imagen de la Torre de Londres: allí, el lord canciller inglés, santo Tomás Moro (1478-1535) —protector especial y abogado ante Dios—, fue decapitado en 1535 por orden del fundador de la iglesia anglicana.^B Quienes habían buscado quitarse de encima

^A *The Reports of Sir Edward Coke Kt. In English: Compleat in Thirteen Parts* (1727). Dr. Bonham's Case, *English Reports lib.* 77 pág. 638 (1610); caso que a veces, erróneamente, se cree precedente para otra famosa sentencia, *Marbury v. Madison*, *United States Reports lib.* 5 pág. 137 (1803), por la cual en los Estados Unidos de América quedó claro que, cuando se opone y contrapone una ley a la constitución política, ésta última es la que ha de primar o, por el contrario, queda la constitución política maltrecha.

^B Con relación al derecho público inglés, abunda en argumentos contra el absolutismo político de los Estuardo el alegato de Suárez, *De Defensio Fidei* (1613). Es una ironía de la historia que la cancillería inglesa, subordinada al monarca, tuviera mayor independencia que las reales audiencias, subordinadas al parlamento. Se creó un sistema separado de tribunales, dando origen a la separación de *equity* y *common law* en el 274

refundido para el siglo XXJ

el peso muerto de un sistema de absolutismo monárquico, lo reemplazaron durante la llamada Revolución Gloriosa, de 1688, por otro de absolutismo parlamentario.^A

Hoy en día, los países más grandes e influyentes del continente americano, los Estados Unidos de América, Canadá, México, Brasil y Argentina, han adoptado sistemas federales. Y a medida que los mercados internacionales se integran cada vez más, la mera intuición parece indicarnos que los grupos económicos acordarán fortalecer la institucionalidad regional con la creación de nuevos órganos jurisdiccionales supranacionales, en refuerzo y complementación de los juzgados nacionales, para dirimir las competencias de una serie de órganos político-administrativos, y coordinar adecuadamente los esfuerzos integracionistas de los pueblos iberoamericanos.

ordenamiento jurídico inglés. En los Reinos de Indias en donde la jurisdicción era única, en cambio, el cargo que desempeñaba el oidor de la real audiencia revestía mayor trascendencia que el encargado del sello real, el teniente de gran canciller.

^A Ni podría atribuirse el haber inventado el control jurisdiccional a la Holanda del siglo XVI, a la postre de su rebelión contra el ocupante peninsular, al haber heredado una suerte de desconfianza ante el poder central. Cfr. Cornelius van Bynkershoek (1673-1743), *Quæstionum iuris publici lib. 1, cap. 14* (1737); *The Federalist num. 20*.

Un libro de derecho del siglo XVIII

La historiografía ha pasado por alto la contribución seminal de los juristas de la segunda escolástica y sus desarrollos barrocos al derecho público, en parte, por el peso e influencia de la obra del dérito Francisco Martínez Marina (1754-1833),^A quien —imbuido de las ideas ilustradas— se empeñó en encontrar las nuevas doctrinas de representación política sincrónica de la Revolución Francesa en los viejos y carcomidos pergaminos de las cortes de la península ibérica, sepultados bajo el polvo por la férrea intransigencia política de la corona, y el centralismo a que eran tan proclives los monarcas borbónicos. De tal modo, y ante la ausencia de un esquema explicativo teórico que no ha sido formulado probablemente hasta el día de hoy, los historiadores del derecho no comprendieron el valor representativo diacrónico y la eficacia política de las instituciones de Indias, que se asentaban en las reales audiencias.

Ahora, sin embargo, no es sólo el estado de derecho el que debemos consolidar definitivamente los iberoamericanos. A lo largo de casi todo el siglo XX hemos intentado construir la economía desde afuera, desde el derecho público, con la intervención del

^A *Ensayo histórico-crítico sobre la antigua legislación y principales cuerpos legales de los reynos de Leon y Castilla—especialmente sobre el código de Alfonso el Sabio conocido con el nombre de las Siete Partidas (1808); Teoría de las cortes o grandes juntas nacionales de los reynos de Leon y Castilla (1813).*

refundido para el siglo XXJ

estado. Y parecería que, únicamente, el derecho público fuese un elemento imprescindible para que funcione la economía. No es así. Toda la pujanza económica proviene del dinamismo del sector privado, el cual no es capaz de funcionar en un vacío jurídico. Ese espacio vacío ya no debe llenarlo el derecho público; es hora de que descubramos los iberoamericanos que es el derecho privado, que permite que los pequeños —y, a veces, acertados— misceláneos esfuerzos diversificados y descentralizados de toda una población, vayan sumándose progresivamente, lo cual promueve el crecimiento sostenido de la economía así como una expansión de la productividad y promete reconducir a nuestra región por la senda de la prosperidad.^A



^A Cooter y Hans-Bernd Schäfer (1943-) demuestran, ampliamente, en El problema de la doble confianza, *The Latin American and Caribbean Journal of Legal Studies* lib. I (2006), que el gobierno es incapaz de generar crecimiento económico, porque actúa siempre con información pública. Es el acceso de los emprendedores a la información privada lo que les permite innovar constantemente, que hace evolucionar a la sociedad en una entidad viable y eficiente.