

Robert Cooter y Thomas Ulen, *DERECHO Y ECONOMÍA*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002, segunda reimpresión, 686 pp.

Robert Cooter, Ugo Mattei, Pier Giuseppe Monateri, Roberto Pardolesi, Thomas Ulen, *IL MERCATO DELLE REGOLE, ANALISI ECONÓMICA DEL DIRITTO CIVILE*, Bologna, Il Mulino, 2001, 488 pp.

por José Vicente Troya Jaramillo*

Derecho y Economía es la traducción española del clásico *Law and Economics*, D.R. (c) 1997, Addison-Wesley Educational Publishers Inc. Contiene un estudio desde la economía hacia el derecho efectuado por los economistas Cooter de Berkeley, California, y Ulen de Campaign, Illinois. Se explica el mismo dentro sistema jurídico del *common law*. Sin embargo se trata de una obra de gran alcance y trascendencia por cuyo mérito se han efectuado varias ediciones e inclusive se la ha traducido al chino, al japonés, al ruso y al español.

Cooter & Ulen en la introducción, capítulo I, parten del hecho que hasta los años sesenta *el derecho confinaba el uso de la economía a las áreas de las leyes antimonopólicas, las industrias reguladas, los impuestos y la determinación de los daños monetarios* (p. 11). Posteriormente el análisis económico del derecho se expandió a otras áreas tales como la propiedad, los contratos, los ilícitos culposos el derecho penal, el derecho procesal penal y el derecho constitucional. Sostienen que la economía ha cambiado la naturaleza de los estudios legales, el entendimiento de las normas y de las instituciones legales, e inclusive la práctica del derecho. Aluden a los economistas Ronald Coase y Gary Becker quienes recibieron en 1991 y 1992 el Premio Nobel de Economía precisamente por sus trabajos, que ayudaron a fundar *el análisis económico del derecho*.

Al contestar en qué consiste tal formulación se pronuncian del siguiente modo: *Generalizando, podemos decir que la economía ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante los cambios de las leyes. Esta teoría rebasa a la intuición así como la ciencia rebasa el sentido común. Además de una teoría científica del comportamiento, la economía ofrece un criterio normativo útil para la evaluación del derecho y de las políticas públicas* (p. 14).

* Director del Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

El capítulo II contiene una revisión instrumental de la microeconomía. Dentro de esta dimensión de la economía es que se incuba *el análisis económico del derecho*. El capítulo III contiene una introducción al derecho y al proceso legal y señala las diferencias entre el sistema legal estadounidense y los sistemas legales del resto del mundo. Los restantes capítulos conciernen a los diferentes ámbitos dentro de los cuales se aplica dicho análisis. Así la propiedad, los contratos, los ilícitos culposos, el proceso legal, el delito y el castigo.

Es en extremo interesante el hecho de que los autores en el Prefacio anuncian que sobre la materia se publicará una edición europea en la que se hará especial referencia al derecho continental europeo o *civil law* con el valioso concurso de los profesores italianos Mattei, Monateri y Pardolesi. Efectivamente, estos tres profesores de consuno con Cooter y Ulen han dado a luz la obra arriba consignada *Il mercato delle regole* que pasamos a comentar y que guarda solución de continuidad con *Derecho y Economía*.

En *Il mercato delle regole* los autores comienzan por reconocer que el análisis económico del derecho tiene aplicación preferente en el campo del derecho privado patrimonial aunque no se puede ignorar otros sectores como el derecho público y el derecho penal. Anuncian que existe en preparación un volumen sobre el análisis económico del derecho público. Ciertamente causa gran expectativa la aparición de tal volumen habida cuenta que a ese ámbito se aplica en forma preferente la visión macroeconómica.

Advierten los autores que no se pretende trasplantar *el análisis económico del derecho* al *civil law*, ni menos aceptar tal enfoque sin reparo alguno al derecho privado italiano. De todas maneras aceptan la posibilidad de acudir a ese modelo bajo ciertos respetos.

Reiteran que el *common law*, sistema fundado en las decisiones de los jueces, se adapta de mejor manera al EAL (*economic analysis of law*) que el sistema de origen legislativo. En el primero de esos sistemas el juez, personaje altamente representativo ejerce una función relevante inclusive frente a textos legislativos sujetos a interpretación; en el segundo el juez es funcionario, normalmente de carrera, que ordinariamente cumple funciones hermenéuticas de rutina. En el *common law* el juez, ante la ausencia de un conjunto preestablecido de fuentes, ejercita autoridad para decir el derecho y arbitrar soluciones eficientes; en el *civil law* el juez no selecciona las fuentes, éstas se encuentran previstas en un orden de prioridades. Esta última es la principal razón por la cual el EAL es más propicio a un sistema que a otro.

La interpretación en el *civil law* se la mira incompleta en tanto se conciba como una práctica meramente discursiva y no confronte la realidad institucional, vale de-

cir, en tanto no correlacione las puras expresiones con su contenido. En este sentido le son apropiadas la integración de los elementos que aportan las otras ciencias sociales, particularmente la economía. No existe bajo este supuesto una diferencia irreconciliable con lo que ocurre en el *common law*. Los autores sustentan paladinamente que el EAL es un instrumento que servirá para superar el formalismo hermenéutico del *civil law* (p. 19). Dan razón del interés que ha suscitado la corriente fundada en el EAL en diferentes latitudes e inclusive en América Latina que cuenta al propósito con una asociación.

Il mercato delle regole tiene su propia estructura y significación. Luego de la Introducción contiene un capítulo sobre microeconomía y los subsecuentes sobre la teoría económica de la propiedad y su regulación jurídica; sobre la teoría económica de los contratos y su regulación jurídica; sobre la teoría económica de la responsabilidad civil y su regulación jurídica. Existe cierto paralelismo con *Derecho y Economía*, mas, según queda advertido no es una traducción o una simple adaptación al *civil law*.

Sobre la adopción del EAL, en países como el nuestro que forman parte del *civil law*, caben algunas reflexiones y conclusiones:

- No se puede rechazar de plano una propuesta de tanta significación e importancia en aras de sustentar a ultranza posiciones *juridicistas* que no son otra cosa que distorsiones de las concepciones verdaderamente jurídicas. El análisis económico del derecho permite no solo el raciocinio sobre el texto escrito de las normas sino particularmente el escrutinio de los hechos.
- No cabe aceptar sin beneficio de inventario las nuevas corrientes en mengua de la justicia y de la equidad. La eficiencia ha de compaginarse con ellas.
- Los campos propicios al EAL son los concernientes a temas patrimoniales y en general a aquéllos que suelen sujetarse a los medios alternativos de solución de conflictos, singularmente a mediación o a arbitraje. No cabe sin un análisis y meditación profundos aplicarlo indiscriminadamente a todo tipo de materias.
- La propuesta es de la economía al derecho; los juristas deberíamos trabajar en una que vaya del derecho a la economía no con la finalidad de disputar sino de llegar al encuentro y a la conciliación, pues, ambos saberes son sociales y humanistas.
- El EAL es perfectible singularmente cuando en él se introduzca el factor social. Entonces equidad y eficiencia podrán convivir en forma armoniosa. Al efecto, en guarda de la equidad, tiene enorme importancia la sociología jurídica.

Diego Valadés, *PROBLEMAS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE DERECHO*, Buenos Aires, Astrea, 2004, segunda edición, 157 pp.

por Patricio Bueno
Martínez*

Plantea el autor, en el capítulo primero de la obra, la tesis general de si la no aplicación de la norma —excluyendo del tema las de orden constitucional— significaría o no, en determinadas circunstancias, una forma o manera de preservar el Estado de Derecho, entendiéndolo, a su vez, que la aplicación de la norma tampoco es una garantía, ni constituye una certidumbre en cuanto a los actos de la autoridad, la que por esa misma aplicación puede violar los principios de tolerancia, y el espacio de libertad que los individuos y la sociedad requie-

ren para su desenvolvimiento.

En tal sentido, el planteamiento se circunscribe a los actos de autoridad administrativa y no a los de los tribunales y los congresos. Parte su estudio de la premisa de que en todo Estado constitucional hay márgenes o probabilidades razonables para la desviación transitoria, parcial y explicable del funcionamiento institucional con relación al marco jurídico vigente.

Realiza un concreto estudio y análisis de lo que es el Estado de derecho, explicando “la sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que esta Norma Suprema establezca, con el propósito de garantizar el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder”, así como la observancia de los derechos individuales, sociales, culturales y políticos.

En la explicación de lo que consiste el Estado de Derecho, el autor recurre a la doctrina de tratadistas y juristas como Roberth von Mohl, Böckenforde, Carl Th. Welker, Ch. Freiherr, Albert V. Dicey. Se refiere al Estado de Derecho como el camino opuesto al totalitarismo en que vivieron algunos estados europeos a inicios del siglo XX, surgiendo el término *constitucionalismo* con base en la supremacía de la Constitución y la separación de funciones en el ejercicio de poder, término utilizado por primera vez en 1832 por el poeta inglés Robert Southey.

Valadés, profundizando aún más la concepción de Estado de derecho y como un avance dentro del constitucionalismo, analiza lo que es y significan los conceptos de Estado social de derecho, Estado social y democrático de derecho y con la apro-

* Abogado en libre ejercicio, ex presidente del Tribunal Andino de Justicia.

bación de la Constitución venezolana de 1999 “Estado democrático y social de derecho y de justicia”. Anota, a modo de ejemplo, que en las constituciones de Colombia, Ecuador (art. 1) y Paraguay aparece el concepto de Estado social de derecho, y en las de Alemania, España, Turquía y Venezuela al principio social se acompaña el término democrático.

En el punto V, del Capítulo I, trata del “Estado de derecho y constitucionalismo”, que como consecuencia de las características del primero se puede definir el sistema constitucional, en el que se advierten cuatro tendencias: la liberal, la social, la democrática y la cultural.

Dentro del epígrafe VI “Límites de la Ley”, con racional lógica se remite a principios del derecho romano como el formulado por Ulpiano *dura lex sed lex* y a otros en que el rigor de la ley en su contexto y contenido eran de aplicación que no admitían excepción; formula, también, los cambios que se van produciendo en los sistemas políticos contemporáneos que admiten la posibilidad de los límites para la aplicación de la ley, límites que admiten cierta libertad de valoración atribuida a los representantes para que en ciertos casos puedan tolerar conductas transgresoras de la legalidad.

En cuanto al principio de tolerancia, ejemplifica con los hechos de manifestaciones tumultuarias que, constituyendo una trasgresión al orden constituido, la autoridad las permite, evitando que con la aplicación estricta de la ley pueda causarse un daño mayor que con la simple tolerancia o la admisibilidad del hecho. Esta tolerancia calificada por el autor, como una gran virtud de los sistemas democráticos, aunque también su punto más vulnerable, es nota esencial de los regímenes democráticos, y señala que, “las dictaduras se derrumban cuando el exceso de la intolerancia no deja otra salida que la violencia, en tanto que las democracias se quiebran cuando la tolerancia se transforma en indefensión”.

Punto medular es el planteamiento de que si la autoridad gubernamental puede hacer excepciones en la aplicación de normas específicas, con el argumento de no causar daños superiores a los que resultarían de esa aplicación, sin que esta omisión no signifique alteración del estado de derecho o perjudique intereses superiores a terceros.

Para llegar a su conclusión final sobre la tesis de la no aplicación de la norma, argumenta en las figuras políticas y jurídicas de la representación y legitimidad, una relación directa entre los mismos; pues en un Estado donde existe un adecuado sistema de representatividad, la legitimidad del poder y de los sistemas políticos están estrechamente vinculados.

Finaliza el Capítulo I aceptando la tesis que señala que la no aplicación de la norma no afecta al Estado de Derecho, siempre que se produzcan determinadas cir-

cunstances, como que la autoridad que omite la aplicación lo hace para evitar un daño mayor que el que ocasionaría con su aplicación; la no aplicación no puede obedecer a la negligencia o lenidad del funcionario; la autoridad debe contar con legitimidad de origen.

Dentro del Capítulo II aborda la temática del régimen constitucional de la tolerancia, que las fundamenta en las expresiones asimétrica y simétrica. Narra los episodios de intolerancia como los producidos en la época de la Inquisición.

Analiza a partir del párrafo II las expresiones constitucionales iberoamericanas relacionadas con la tolerancia en materia religiosa, étnica y política, refiriéndose a varias constituciones, como la de Ecuador, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Panamá, etc. que en materia religiosa, si bien no conserva la religión del Estado, invoca la inspiración divina en su preámbulo.

Todos estos elementos brevemente enunciados en esta recensión hacen de este libro una interesante guía para comprender las dimensiones de algunos problemas constitucionales del Estado de Derecho.

Instituto Interamericano de Derechos Humanos / Centro para la Justicia y el Derecho Internacional, *LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES: FORTALECIENDO SU PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN INTERNACIONAL*, San José, IIDH, 2004, 203 pp.

por Judith Salgado*

Los movimientos feministas y de mujeres han remecido, cuestionado y enriquecido con sus críticas la concepción de derechos humanos. Justamente, han puesto en el centro del debate el androcentrismo dominante, la exclusión del ámbito privado de la esfera de protección de los derechos humanos, la íntima relación entre violencia y discriminación, la invisibilización de las mujeres, la desvalorización de lo femenino, las diversas formas de opresión contra las mujeres en la familia, el trabajo, la educación, la sexualidad y reproducción. Han

evidenciado la tensión entre igualdad y diversidad y sus implicaciones en el respeto y protección de los derechos humanos. Han enfatizado en la interrelación entre género, clase, etnia, orientación sexual, edad, etc. En suma, han situado la discusión de los derechos humanos en las relaciones de poder asimétricas vigentes en diversos ámbitos.

Estos aportes han sido recogidos en gran medida en el Derecho internacional de los Derechos Humanos, particularmente en las últimas décadas. En mi criterio esto marca un punto de inflexión en la concepción de la responsabilidad internacional del Estado en materia de derechos humanos.

Esta publicación del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) y el Centro para la Justicia y el Derecho Internacional (Cejil) comparte la experiencia de un proceso pedagógico para formar abogadas en América Latina que impulsen la protección de los derechos humanos de las mujeres en el ámbito internacional con particular énfasis en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El primer aporte es, sin duda, el compartir un análisis crítico, que expone los logros, limitaciones y proyecciones de un proceso educativo, análisis que nos invita a aprender a todos quienes trabajamos en el campo de la educación en derechos humanos.

La publicación nos muestra los enormes avances en materia de normativa y mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos de las mujeres,

* Coordinadora académica del Curso de Especialización Superior en Derechos Humanos, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador; coordinadora nacional del Programa Andino de Derechos Humanos.

pero también nos confronta con la necesidad de activar y dar vida a estas herramientas.

Resulta sumamente destacable en mi opinión la relación entre litigio internacional e incidencia política. Tal como señalan las autoras, “El litigio de casos emblemáticos ha demostrado ser una herramienta sumamente útil en la defensa de los derechos humanos. Permite reivindicar los derechos de un colectivo –en esta ocasión el de las mujeres que sufren violaciones de sus derechos humanos– haciendo un uso estratégico de un caso individual”.

Es ilustrativo, en este sentido, el análisis del caso María Memérita Mestanza Chávez contra Perú, que llegó a un acuerdo de solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el que el Estado peruano reconoció su responsabilidad internacional por violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. En efecto, María Mestanza fue sometida a una intervención quirúrgica de esterilización sin su consentimiento y murió como resultado de la misma. Es importante resaltar que dentro de las medidas de reparación se incluyó la adopción de políticas públicas en materia de salud sexual y reproductiva acorde con el respeto de los derechos humanos y la no discriminación. Este caso muestra claramente el nexo entre lo individual y lo colectivo en la protección de los derechos humanos.

El texto es sumamente rico en referencias a jurisprudencia, resoluciones e informes de diversos mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos que aportan a la defensa de los derechos de las mujeres y que dotan de información actualizada, precisa y pertinente a docentes, estudiantes e investigadores.

El análisis de varios casos presentados ante la Comisión Interamericana que denuncian la arbitrariedad y los prejuicios de género en la administración de justicia frente a casos de violencia sexual; la violencia contra la mujer en el ámbito familiar; la discriminación por orientación sexual; las esterilizaciones forzadas, entre otros, demuestran la influencia de varias de las contribuciones feministas en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Extraño en esta publicación, sin embargo, un mayor desarrollo conceptual de las relaciones de poder, sus asimetrías y las consecuencias en el ejercicio de derechos humanos, así como un enfoque interdisciplinario en el análisis de casos.

Indudablemente esta publicación resulta de lectura obligatoria para juristas, investigadores y docentes interesados en la protección internacional de los derechos humanos.

Carlo Guarnieri y Patrizia Pederzoli, *LOS JUECES Y LA POLÍTICA. PODER JUDICIAL Y DEMOCRACIA*, trad. Miguel Ángel Ruis de Azua, Madrid, Taurus, 1999, 209 pp.

por Germán Guerra Terán*

El texto analiza a profundidad, de manera bastante sistemática, el concepto, las implicaciones y los principales elementos de lo que los autores han denominado la *democracia judicial*, es decir, una necesaria democracia contemporánea en la que el juez se configura, al momento de interpretar la ley, en un verdadero actor político, pues no simplemente debe limitarse a ser simplemente la voz de la norma, sino que debe tener la capacidad de aplicarla a un caso y un contexto concreto, pero por sobre todo debe resguardar a los ciudadanos de posibles abusos de

poder. Sin embargo, esto solo puede operar si el juez goza de independencia, que para los autores significa: "(...) un conjunto de garantías destinadas a asegurar imparcialidad, respecto a las partes en causa y respecto a las otras instituciones políticas, y a proteger las libertades de los ciudadanos". Lamentablemente, la realidad ecuatoriana demuestra que la inmersión de la política en lo jurídico ha desmantelado las instituciones encargadas del control y defensa de los derechos ciudadanos.

Aparte de la idea central del texto, que como ya indiqué es posicionar como actor político al juez, los autores hacen un análisis histórico para determinar las razones por las que los magistrados, en los países donde rige el civil law, tienen mayores atribuciones políticas y sin que aquello atente contra la institucionalidad democrática, sino todo lo contrario. Así, en Estados Unidos de Norteamérica, desde la década de los cincuenta, la ciencia política empieza a analizar los comportamientos más que las normas destinadas a disciplinar, y los investigadores se percatan de que el juez es un potencial actor político. Por otro lado, la adopción del Welfare State hace necesaria la intervención del juez en espacios que anteriormente estaban controlados por el sector privado. Friedman señala: "(...) no existen hoy sectores potencialmente inmunes a la intervención pública y, por tanto, tampoco existen áreas que puedan sustraerse a la eventual decisión del juez. (...) allí donde hay una ley allí también hay un juez que puede verse obligado a interpretarla y aplicarla".

Los autores sostienen que la ley ya no sirve tan solo para disciplinar, sino que una de sus funciones principales debe ser cambiar la conducta de los ciudadanos convirtiéndose en una guía para el desarrollo social y económico. Por esta razón,

* Asesor parlamentario del diputado Andrés Páez Benalcázar.

los legisladores deben sancionar leyes más amplias y generales, para de esta manera delegar al juez la facultad de interpretarlas, pues un administrador de justicia debe tener la capacidad de asimilar las cada vez más vertiginosas variaciones sociales, culturales, políticas y económicas y adecuar la ley a esas nuevas condiciones, y aquello solo se puede lograr delegando poder de decisión al juez.

El texto también trata sobre un hecho jurídico contemporáneo muy ligado a la alteridad y al respeto al *otro*. La lógica tradicional configura la decisión judicial como vinculante para las partes, sin embargo esa concepción ha ido cambiando, pues han aparecido y están consolidándose nuevos derechos que protegen a colectivos indeterminables, y por ende, se rompe con la lógica individualista, al menos en la esfera jurídica, ya que las decisiones que un juez tome en el mencionado tipo de litigios, no solo afectan a las partes involucradas, sino a toda una colectividad difusa, como por ejemplo sucede con el Derecho del medio ambiente, de los pueblos indígenas o de los consumidores.

Otro punto defendido por los autores y que definitivamente revoluciona la tradicional concepción del administrador de justicia es la siguiente afirmación: “El juez, pues, no puede más que ser, incluso a su pesar, un legislador y un administrador, obligado cada vez a enfrentarse con problemas completamente nuevos y guiado en sus responsabilidades de decisión por normas programáticas o por textos un poco escuetos”. Esto no quiere decir que el juez tiene carta libre para interferir en todos los ámbitos sociales, puesto que está sujeto a límites de tipo procesal de los cuales no puede desligarse. Por ejemplo, debe respetar los principio dispositivo, de legalidad, contradicción y de motivación de las sentencias. Si bien el juez puede tomar decisiones políticas al momento de interpretar la ley, su accionar está limitado a la voluntad de un sujeto externo, con la sola excepción de los delitos de lesa humanidad.

Para Guarnieri y Pederzoli la crisis de la clase política es la causa principal para que el papel de los jueces sea cada vez más necesario en los sistemas democráticos. En mi criterio este aporte es el que ofrece mayor similitud con la realidad jurídico-política latinoamericana. Sin lugar a dudas, tanto el *liberalismo constitucional*, cuyo fundamentado es la libertad, como el Estado social, basado en la igualdad, demandan de los tribunales de justicia el cumplimiento de las garantías reconocidas por la ley y la Constitución, garantías que pasan desde derechos civiles y políticos, por derechos económicos, sociales y culturales, hasta derechos difusos, sin embargo el mero enunciado de tales derechos fundamentales no evita que sean violados sistemáticamente por el propio Estado y sus *legítimos* representantes. Así, el Poder Judicial se vuelve un instrumento válido de participación política, pues territorialmente está difundido a nivel nacional, no se necesita cuota de poder para acceder a los tribunales y los jueces tienen la prohibición expresa de denegar justicia.

Un punto central de la obra es el desarrollo del concepto denominado la *judicialización de la política*. Para los autores: “Una democracia con un Poder Judicial fuerte es sencillamente una democracia más fuerte, en la que los derechos de los ciudadanos están mejor tutelados”. El hecho fáctico es que esta concepción está siendo adoptada por varios países europeos que tradicionalmente tienen sus raíces jurídicas en el *Derecho continental*. España, Italia, Francia y en cierta medida Portugal, están siendo testigos del paso de un juez que se limitaba a aplicar la ley a un juez que se constituye como actor político, pues ahora los magistrados están actuando de manera positiva, es decir, garantizando los derechos ciudadanos, y por ende, limitando el poder político.

En especial recomiendo esta obra a todos aquellos aspirantes a conformar la Corte Suprema de Justicia o a ocupar las vocalías del Tribunal Constitucional, pues Guarnieri y Pederzoli se atreven a romper con el mito de que la Función Judicial debe estar alejada de la política; más bien sostienen todo lo contrario, y demandan de jueces que asuman un rol político protagónico suficiente para limitar al poder en caso de ser legítimo y necesario, para lo que utilizaran la Constitución y la interpretación de la ley como instrumentos idóneos para trasponer los formalismos jurídicos y pasar a ser de meros repetidores de la ley a testigos de memoria duradera para entender los procesos históricos, agudos observadores de la sociedad, y, sobre todo, defensores de la ética en el derecho, pues ambos saberes habitan en la órbita de la virtud, es decir, tiene la misma finalidad: vigilar que la conducta del hombre no devenga en el exterminio de la humanidad.