

InDret

***Recensió a Richard Posner, *Frontiers of Legal Theory*,
Harvard University Press, Cambridge (MA), (2001)****

Fernando Gómez Pomar

**Universitat Pompeu Fabra
Facultat de Dret**

Barcelona, Abril 2002

www.indret.com

*Agraeixo els comentaris i suggeriments de Nuno Garoupa i Pablo Salvador. La responsabilitat pels errors que restin, és clar només meva.

Sumari

1. Per què val la pena llegir a Posner
2. Les tres línies de l'obra de Posner i la ubicació de *Frontiers of Legal Theory*
3. Economia, utilitarisme i regulació del discurs públic (amb una dosi d'economia política empírica)
4. Història, mite i una mica de teoria de la possessió
5. Emocions, normes socials i sistema jurídic
6. Procediment, prova i mètodes estadístics
7. Conclusió

1. Per què val la pena llegir a Posner

Recensionar un llibre del Jutge Richard Posner és una feina que implica cert risc: el d'arribar perpètuament tard. En el temps que un empra a llegir i recensionar una de les seves obres, ell n'ha escrit algunes més.

Així ha passat amb *Frontiers of Legal Theory*. En el que, fins i tot per a algú tan prolífic com ell¹, constitueix una vertadera ostentació de fecunditat acadèmica, des del juny de 2001, que es va publicar *Frontiers of Legal Theory*, fins avui, Posner ha publicat dos llibres més, *Breaking the Deadlock: The 2000 Election and the Courts* (Princeton University Press, 2001) i *Public Intellectuals. A Study of Decline* (Harvard University Press, 2001), i ha tret a la llum una segona edició de la seva clàssica introducció al Dret de la competència, *Antitrust Law* (University of Chicago Press, 2001)².

Llegir assíduament els seus llibres i potser escriure una recensió esporàdica d'alguns d'ells exigeix, doncs, sotmetre's a la disciplina d'un ritme de lectura d'un sol autor molt més accelerat que l'habitual en els mitjans jurídics acadèmics. Malgrat això, i pràcticament sense excepcions, és una disciplina que resulta, al cap davall, molt productiva.

No és aquesta la seu, ni jo la persona, més indicada per pronunciar una *laudatio* de Richard Posner. No obstant això, crec que no és fora de lloc, abans d'abordar específicament el *Frontiers of Legal Theory*, tractar d'aclarir les raons per què l'obra de Posner mereix l'atenció dels juristes espanyols, situats en un sistema jurídic allunyat (geogràficament, almenys; la distància personal, conceptual i operativa s'escurça visiblement) del nord-americà, al qual Posner per a alguns paradigmàticament representa (i molt a gust i a consciència, podríem dir).

Està clar que Richard Posner és una figura molt destacada en el món jurídic nord-americà. I aquest constitueix sense cap dubte, per a bé i per a mal, el més extens i poderós sistema jurídic del present. Posner és un dels jutges federals més respectats i influents; un dels juristes acadèmics més citats³ del món de parla anglesa; columnista habitual en diaris i revistes de gran

¹ En la seva pàgina web, el jutge Posner esmenta com a publicats més de 24 llibres (sense contar les successives reedicions, en determinats casos quasi reescrits, d'alguns d'ells) i més de 250 articles en revistes especialitzades. A més, Posner és un dels jutges més prolífics en ponències de tota la magistratura federal nordamericana. És, a més, coeditor de la *American Law and Economics Review*.

² A favor meu (o potser no, és dubtós que ser lector voraç de les obres de Posner no sigui, almenys per a alguns, un demèrit) he de dir que ja he llegit *Breaking the Deadlock: The 2000 Election and the Courts* i *Public Intellectuals*, i que ara estic llegint la 2a edició d'*Antitrust Law*.

³ Així com s'encarrega de difondre el propi Posner, molt aficionat recentment als estudis bibliomètrics d'impacte: Richard Posner and William Landes, "Citations, Age, Fame, and the Web" 29 *Journal of Legal Studies* (2000), p. 329; Richard Posner, "An Economic Analysis of the Use of Citations Analysis in the Law", 2 *American Law and Economics Review* (2000), p. 381; Richard Posner, *Public Intellectuals. A Study of Decline*, cit.

tirada en els Estats Units i una veu molt coneguda en el panorama intel·lectual general d'aquest país; una figura pública de rellevància internacional: recordi's, va ser el mitjancer designat pel Tribunal en el cas *Microsoft*, un dels casos més notables, quantitativa i qualitativament, de les últimes dècades. En definitiva, és una celebritat⁴ (almenys en el modest sentit en què això és possible en un sector amb un grau de visibilitat i atractiu per al gran públic tan reduït com és el jurídic).

A l'acadèmia jurídica, sobretot fora dels Estats Units, Posner és identificat amb l'anàlisi econòmica del Dret. Se'l considera, i no injustificadament, com el seu principal exponent i propagandista, així com, potser no tan justificadament, com un dels seus principals teòrics.

Abans de continuar, he d'advertir que ambdues cares del personatge suposen per a mi un actiu i, en abstracte, un al·licient perquè hom s'interessi per la seva obra. La cultura jurídica nord-americana (sobretot l'acadèmica, però no sols aquesta) em resulta atractiva per alguns conceptes i la seva influència més enllà de les seves fronteres em sembla, globalment considerada, positiva. Quant a l'anàlisi econòmica del Dret, per als lectors d'InDret no ha de ser un misteri la meva convicció sobre les importants aportacions que l'Economia i, més en general, les ciències socials, poden realitzar al coneixement i al funcionament dels sistemes jurídics. Però fins i tot donant per segur que ambdós trets siguin factors positius en la formació de la voluntat d'un hipotètic lector, crec que l'interès principal de les obres de Posner no rau en cap d'ells. Ni la seva condició de celebritat en el món jurídic nord-americà ni el seu paper en l'anàlisi econòmica del Dret constitueixen els principals al·licients per acostar-s'hi.

En primer lloc, Posner no és en realitat tan representatiu de la cultura jurídica nord-americana com pogués semblar en un principi. Fonamentalment perquè Posner continua sent, primer que res, un acadèmic, com testifiquen amb claredat la seva biografia, les seves inclinacions i el seu acostament al sistema jurídic. Només secundàriament és jutge, per molt productiu i distingit que hagi arribat a ser en la judicatura federal. I contra el mite que encara preval en molts juristes europeus, la cultura jurídica nord-americana és una cultura d'advocats, no de jutges⁵, i no diguem ja de professors de Dret o de funcionaris⁶. En aquest sentit, la posició de Posner en el sistema jurídic nord-americà, encara que il·lustre, no és central. A més a més, per raons que

⁴ Entre d'altres mostres, la revista electrònica *Slate* ha sol·licitat la publicació del seu diari.

⁵ Estats Units és, per exemple, uns dels països del món amb una menor *ratio* de jutges per advocat. Tota aquesta caracterització de la cultura jurídica estadounidenca, vegi's, Mary Ann Glendon, *A Nation Under Lawyers. How the Crisis in the Legal Profession is Transforming American Society*, Farrar, Straus and Giroux, Nova York, (1994); Richard Posner, *Law and Legal Theory in the UK and the US*, Oxford University Press, Oxford, (1996); Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1999), p. 194 i ss.; Robert Kagan, *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (2001).

⁶ Al contrari que Alemanya, típicament una cultura jurídica de professors i jutges, o que Espanya, tradicionalment i, en bona mesura, encara avui, una cultura jurídica de funcionaris.

es faran més evidents en abordar *Frontiers of Legal Theory*, Posner no participa d'un dels mites compartits i alimentats per la professió jurídica, als Estats Units i en altres llocs: el sistema jurídic és prioritàriament un àmbit en què es debat i es persegueix la justícia. La seva visió del Dret i dels seus mecanismes d'aplicació, encara que no pugui qualificar-se de nihilista, és massa escèptica, distant i instrumentalista per poder considerar-se representativa d'una cultura jurídica determinada i, en particular, perquè la cultura jurídica nord-americana s'hi sent reflectida. El seu credo és massa desencantat i científic i ell està massa viu perquè ni la dreta ni l'esquerra jurídiques nord-americanes el converteixin en un d'aquests herois, gegants o líders del Dret a què tan aficionats són els juristes nord-americans.

Quant a l'anàlisi econòmica del Dret, sens dubte que Richard Posner hi ha realitzat importants aportacions, en camps tan variats com el dret de família, la propietat intel·lectual, el dret constitucional, el sistema judicial o el dret de danys. Però la seva aportació més destacada ha estat fonamentalment expositiva i divulgativa: la seva millor obra d'anàlisi econòmica del Dret és el seu manual, ja clàssic, *Economic Analysis of Law*⁷. Quant a vigor i habilitat d'argumentació, i quant a l'ambició de cobrir amb aplicacions de l'anàlisi econòmica la totalitat del sistema jurídic, el llibre no té rival. Però, per regla general, Posner o les seves obres no són ni l'origen ni l'exposició canònica de la teoria econòmica sobre el contracte, la responsabilitat civil, la litigació, el crim o qualsevol altre sector del sistema jurídic. En termes relatius, la teoria econòmica del Dret deu menys a Posner que a altres analistes, en general no tan coneguts entre els juristes⁸. Encara més, és perfectament defensable considerar que Posner és massa idiosincràtic, que no és exactament representatiu, des del punt de vista teòric i metodològic, del conjunt de l'anàlisi econòmica del Dret, encara que la majoria dels comentaristes entenguin una altra cosa. I fins i tot, segons alguns, que diverses de les seves posicions teòriques són realment molt inadequades per reflectir la teoria econòmica del Dret: l'eficiència del *Common Law* i, en general, del Dret de creació judicial; la idea que el criteri normatiu del sistema jurídic ha de ser la maximització de la riquesa social; el concepte restringit d'eficiència que exclou les qüestions distributives⁹. Els seus plantejaments, en molts d'aspectes referits a la regulació de comportaments en matèria familiar, sexual, criminal o constitucional, no són compartits per la majoria d'analistes econòmics del Dret, encara que hagin provocats, per contrapartida, estimulants i productius debats amb juristes, economistes, filòsofs, teòrics de la política, psicòlegs, etc.

⁷ Ja per la 5^a edició: *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, Nova York, (1998).

⁸ Cosa que no ha d'estranyar, ja que molts d'ells no són juristes, sino economistes, i publiquen d'ordinari o, almenys, freqüentment, en revistes no jurídiques i amb un grau de formalització econòmica que dificulta en gran mesura la comunicació amb l'acadèmia jurídica, sense referir-nos ja amb els juristes pràctics i els operadors jurídics.

⁹ Al voltant d'aquestes qüestions, una perspectiva molt diferent a la posneriana des de dins de l'anàlisi econòmica del Dret, en Louis Kaplow i Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (2002).

Què és, llavors, el que fa insubstituïble la lectura de Posner? Primer, la seva excel·lència com a escriptor. No crec que cap jurista hagi escrit en anglès com Posner, almenys des del Jutge Holmes. L'estil d'assagista de Posner és alhora clar, brillant, imaginatiu i precís. La seva capacitat retòrica i dialèctica és simplement extraordinària, i les seves habilitats polèmiques, aclaparadores¹⁰.

La seva escriptura és directa i informativa, gens amiga de la foscor, la falsa densitat i els conceptes intel·ligibles. És, en la gràfica expressió en anglès, *no-nonsense* en el seu estat més pur. Res hi ha més allunyat (i gratificant, per comparació) de la indiscutible prosa burocràtica de la majoria (afortunadament, amb algunes notables excepcions) de les monografies i tractats jurídics espanyols, i de l'esotèrica i incomprensible successió d'exhuberància conceptual i desplegament de científisme impostat de moltes obres de ciències socials¹¹. En definitiva, i al contrari del que succeix amb la majoria de les obres jurídiques o de ciències socials de caràcter acadèmic, un lector culte que no sigui jurista, o especialista en els afers que Posner analitza, llegirà els seus llibres amb gust i profit.

A més a més, l'erudició, l'amplitud de mires i la vastitud d'espectre d'interessos i anàlisi que demostren les obres de Posner no tenen parió en cap jurista del present. No sembla existir un camp de la vida social amb alguna projecció jurídica rellevant que no hagi estat objecte de la seva atenció, així com de la seva permanent -i incòmoda, per a molts dels seus destinataris- aspiració de sacsejar i dissipar els prejudicis o les opinions desinformades dominants en aquest o en aquell terreny. Des del comportament sexual¹² fins a les malalties contagioses (la SIDA¹³, en especial) o el clonatge humà¹⁴, des de l'envelliment¹⁵ fins a l'*impeachment* de l'expressident

¹⁰ Vegeu, per exemple, amb quina ironia inicial i amb quina contundència és capaç de desacreditar a un oponent, en aquest cas, un conegut professor conservador d'economia de la Universitat de Chicago, John Lott, en relació a les eleccions presidencials americanes del 2000: " *The article contains no economics; it consists of a string of accusations of vote fraud and other electoral misconduct committed by Democrats. Among the accusations is that "some Chicagoans registered their cats to vote". As a Chicago cat owner I am charmed by the suggestion. But it is irresponsible to throw charges of this nature about. Such tabloid journalism is unworthy of academics*": Richard Posner, *Public Intellectuals: A Study of Decline*, cit, p. 122.

¹¹ Vegeu, com a mostra, els exemples que aporten Alan Sokal i Jean Bricmont, *Impostures Intellectuelles*, Editions Odile Jacob, Paris, (1997). Aquesta forma d'escriure té també notables excepcions en les ciències socials, però en bona mesura (economia i algú sector de la teoria política) perquè en alguns sectors de les ciències socials, per usar l'expressió de Stigler, han resolt el problema mitjançant l'assassinat: han matat a la prosa i l'han substituïda per l'àlgebra.

¹² Richard Posner, *Sex and Reason*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1992); Richard Posner i Katharine Silbaugh, *A Guide to America's Sex Laws*, University of Chicago Press, Chicago, (1996).

¹³ Richard Posner i Thomas Philipson, *Private Choices and Public Health: The AIDS Epidemic in Economic Perspective*, Harvard University Press (MA), (1993).

¹⁴ Richard Posner and Eric Posner, "The Demand for Human Cloning", *27 Hofstra Law Review* (1999), p. 579.

¹⁵ Richard Posner, *Aging and Old Age*, University of Chicago Press, Chicago, (1995).

Clinton¹⁶, des del paper públic dels intel·lectuals¹⁷ fins a l'obesitat¹⁸, les normes socials¹⁹ o la interrelació entre el Dret i la literatura²⁰. A més de, per descomptat, la teoria del Dret²¹ i tots els grans sectors del sistema jurídic, tant del Dret privat (contractes, responsabilitat civil, competència, família) com del públic (interpretació constitucional, drets fonamentals, regulació dels mercats, procés i organització judicial, delictes i penes) i algunes de les grans figures del Dret en els Estats Units (Cardozo, Holmes)²². I en tots ells ha donat prova d'envejable domini d'una fabulosa quantitat i diversitat de fonts econòmiques, jurídiques, literàries, històriques, sociològiques, filosòfiques i, de forma encara més sorprenent, biològiques i psicològiques. En especial, destaca la seva preocupació per obtenir informació de caràcter empíric sobre els diferents sectors sobre els quals dirigeix la seva mirada. Per a Posner, el primer pas de tota indagació intel·lectualment profitosa ha de ser el de comptar amb les dades de la realitat, com a referent i com a obligat element de contrastació de les proposicions teòriques. Per raons que es faran explícites més avall, aquesta actitud cal tenir-la molt en compte (i imitar) entre els juristes, acostumats (i, freqüentment, desitjosos de continuar així confortablement) a pensar que viuen en un món normatiu diferent del món real. D'altra banda, l'entitat quantitativa i qualitativa de les seves fonts d'informació no es recrea en fàcils ostentacions d'erudició enumerativa, sinó sempre, o gairebé sempre, s'empra a fi d'oferir una base fàctica per a les seves posicions, o per refutar posicions alienes insuficientment fundades o obertament hostils o oblidadisses del pertinent suport en la realitat.

En el que es refereix al Dret, que és el que ens toca més de prop, aquesta manera general com a escriptor es tradueix en una molt saludable –almenys per a mi– aproximació al fenomen jurídic.

¹⁶ Richard Posner, *An Affair of State. The Investigation, Impeachment, and Trial of President Clinton*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1999).

¹⁷ Richard Posner, *Public Intellectuals. A Study of Decline*, cit.

¹⁸ Richard Posner i Thomas Philipson, "The Long-Run Growth in Obesity as a Function of Technological Change", Working Paper, John M. Olin Program in Law and Economics, University of Chicago Law School, (1999).

¹⁹ Richard Posner i Eric Rasmusen, "Creating and Enforcing Norms, with Special Reference to Sanctions", 19 *International Review of Law and Economics* (1999), p. 369; Richard Posner i Gertrud Fremling, "Status Signaling and the Law, with Particular Application to Sexual Harassment", 147 *University of Pennsylvania Law Review* (1999), p.1069; Richard Posner i Gertrud Fremling, "Market Signaling of Personal Characteristics", Working Paper, John M. Olin Program in Law and Economics, University of Chicago Law School, (2000).

²⁰ Richard Posner, *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, 2a ed. Harvard University Press, Cambridge (MA), (1998).

²¹ Richard Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1990); Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1999).

²² Richard Posner, *Cardozo: A Study in Reputation*, University of Chicago Press, Chicago, (1990); Richard Posner, *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.* University of Chicago, Chicago, (1992).

Una aproximació que podríem qualificar d'instrumentalista i alhora "il·lustrada" als sistemes jurídics.

Per a Posner, les regles jurídiques d'un ordenament donat sens dubte responen, si bé de forma variable, als valors i les preferències –també les de caràcter moral- dominants en la societat en què regeix. No obstant això, el sistema jurídic no és principalment l'àmbit on es defineixen i es modelen aquets valors i preferències. Més modestament, és una eina que permet reforçar, al costat d'altres (socialització, sistema educatiu, religió, tecnologia) la consecució d'objectius que la majoria de la societat considera, pels motius que siguin, desitjables en un cert moment històric. Els textos legals no són textos sagrats o epístoles morals, ni les normes jurídiques són, ni tenen per què ser, l'oracle d'una justícia superior (i no per raons ontològiques, sinó estrictament epistemològiques: encara que realment existeixi aquesta justícia superior, no tenim mitjans de coneixement i convicció acceptables per a tots). En aquest sentit, la seva visió del sistema jurídic és obertament pràctica i instrumental.

Però a diferència d'altres corrents actius en el pensament jurídic nord-americà, no se'n deriva una orientació negativa del sistema jurídic, com a pur escenari i alhora resultant de la lluita de poder i del domini d'unes classes sobre altres o d'un sexe sobre l'altre. Al contrari, segons Posner, aquest instrument que és el sistema jurídic, per complir la seva funció de satisfer preferències socials, precisa ser dissenyat amb intel·ligència i manejat amb diligència, dedicació i eficàcia. Ambdues facetes –disseny i funcionament- i, en particular, la primera, poden i han de desenvolupar-se amb l'auxili dels mitjans adients de coneixement de la realitat natural i social. Aquí cau el caràcter "il·lustrat" (la societat és millorable amb ajuda de la raó) del seu pensament: el sistema jurídic és millorable mitjançant la contribució de les ciències naturals i les ciències socials. Aquest procés, tot i això, no pot dur-se a terme des de dins el propi sistema jurídic, és necessària una visió exterior. És aquest el tema organitzador de *Frontiers of Legal Theory*: el Dret (i els juristes, per tant) *qua* Dret, no pot amb les seves soles forces millorar-se a si mateix, necessita d'un suport exterior, precisament del que Posner anomena, no sense certa vaguetat, *Legal Theory*. No es tracta que la formació jurídica no sigui desitjable o necessària²³, sinó de la simple constatació del fet que construir un vaixell i patronejar-lo són activitats diferents que requereixen habilitats també distintes²⁴. Aquesta concepció essencial del sistema jurídic resulta obertament contradictòria amb la conscient i satisfeta voluntat de "navegar dins el sistema" (i sense ajuda de ningú, a més a més²⁵), que inspira a la majoria dels operadors

²³ Al contrari, Posner és un decidit partidari de la formació jurídica tradicional o "clàssica" (en el sentit de les *National Law Schools* nord-americanes, és clar): Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, cit., p.290 i ss.

²⁴ *Frontiers of legal Theory*, cit., p.15.

²⁵ Per exemple, un modest intent d'incloure (o, almenys, de no excloure d'arrel) experts procedents d'altres sectors del coneixement (sobretot de les ciències socials) com a vocals de la Comissió General de Codificació fou rebutjat al 1997 pel Ministeri de Justícia, més que per indesitjable, per radicalment incompreensible.

jurídics a Espanya i, la qual cosa és encara més preocupant i cridaner, també a les Facultats de Dret. Per això, i encara que només fos com a desafiament intel·lectual a la posició establerta entre nosaltres, de forma que davant aquest revulsiu poguessin afinar-se les raons que fonamenten les nostres conviccions dominants sobre el sistema jurídic, ja valdria la pena d'acostar-se a la visió del sistema jurídic i al programa d'investigació i de treball que amaren els llibres de Richard Posner.

2. Les tres línies de l'obra de Posner i la ubicació de *Frontiers of Legal Theory*

En el conjunt de l'obra de Posner, dins els trets generals que he indicat en l'apartat anterior, és discernible amb certa claredat una divisió interna. D'un costat hi ha al que podríem denominar la porció més estretament acadèmica de la seva producció, orientada fonamentalment a l'estudi d'algun sector (o de tots, com és el cas de *The Economic Analysis of Law*) o problema del sistema jurídic mitjançant els instruments analítics propis del *Law & Economics*. En aquest primer grup es poden enquadrar la major part dels manuals, *casebooks* i tractats escrits per Posner²⁶, així com la majoria de les seves contribucions en revistes jurídiques i econòmiques²⁷.

Un altre grup d'obres és el que se centra en el comentari i anàlisi d'afers o temes d'actualitat política i social en els Estats Units, i que contenen o es relacionen amb qüestions jurídiques d'un tipus o un altre. Sens dubte, els dos exemples més nítids d'aquest tipus són els llibres que Posner ha dedicat als problemes legals de l'expresident Clinton i a la disputada elecció presidencial nord-americana del 2000. Però no són els únics: els seus llibres sobre la regulació dels comportaments sexuals, l'epidèmia de la SIDA, la vellesa i l'envelliment, i el paper públic dels intel·lectuals són encuadrables majoritàriament en aquest segon grup²⁸.

El tercer grup, en el que es pot incloure *Frontiers of Legal Theory*, estaria compost per aquells treballs que es podrien considerar, en sentit ampli, com de teoria jurídica. Encara que ja es va ocupar Posner d'aquest tipus de qüestions en els últims setanta i primers vuitanta²⁹, no hi ha

²⁶ Molt més freqüents en els setanta i vuitanta que en la seva producció anterior: Richard Posner, *Economic Analysis of Law* (la 1a edició és de 1973); Richard Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, Chicago, (1976); Richard Posner i Anthony Kronman, *The Economics of Contract Law*, Little Brown, Boston, (1978); Richard Posner i Frank Easterbrook, *Antitrust: Cases, Economics Notes and Other Materials*, West, St. Paul (MN), (1980); Richard Posner i Kenneth Scott, *Economics of Corporation Law and Securities Regulation*, Little Brown, Boston, (1981); Richard Posner, *Tort Law: Cases and Economic Analysis*, Little Brown, Boston, (1982); Richard Posner i William Landes, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1987).

²⁷ Avui recollides en la seva major part en Francesco Parisi (editor), *The Economic Structure of the Law: The Collected Economic Essays of Richard Posner*, 3 volums, Edward Elgar, Cheltenham, (2000, 2001).

²⁸ Igual que en els articles de revista dedicats a aquests o temes similars.

²⁹ Richard Posner, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1981), així com diferents treballs d'aquesta època al voltant de l'utilitarisme i l'anàlisi econòmica del Dret, el valor dels

dubte que és a partir de la publicació de *The Problems of Jurisprudence* (1990) quan adquireix continuïtat i forma definida aquest programa de reinterpretació del fenomen jurídic en clau instrumentalista i pragmàtica. I aquest programa no ha fet sinó desenvolupar-se i expandir-se més tard en *Overcoming Law* (1995), *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1999), *Frontiers of Legal Theory* (2001), i l'anunciat i encara no publicat *Law, Pragmatism and Democracy* (2002).

El que caracteritza globalment, dins aquest sector d'obres de Posner, a *Frontiers of Legal Theory* és l'èmfasi en la necessària perspectiva externa al sistema jurídic, la inevitabilitat de comptar amb un conjunt de coneixements que permetin corregir o complementar la perspectiva interna, l'específica dels juristes. Aquí, els capítols del llibre s'organitzen precisament entorn d'alguns d'entre aquets coneixements auxiliars: economia, història, psicologia, epistemologia. L'elecció és, en bona mesura, arbitrària i d'oportunitat i, en algun cas també, quelcom forçada. La raó consisteix en què una bona part del contingut del llibre correspon (i així ho confessa l'autor) a la reelaboració d'articles previs de Posner, alguns dels quals manifesten clarament el seu caràcter d'encàrrec o de circumstàncies i, per tant, el seu només relatiu o artificial encaixament en l'esquema general de l'obra³⁰. Aquesta construcció del llibre per agregació, reescrivint i organitzant treballs anteriors en un esquema amb un objectiu comú no és, ni de bon tros, nou en la forma de fer de Posner. Vàries de les seves obres prèvies responen a aquest patró (*Economics of Justice*, *The Economic Structure of Tort Law*, *Aging and Old Age*, *Overcoming Law*, *The Problematics of Moral and Legal Theory*). Si bé l'agregació i la coherència interna entre certs capítols pot ressentir-se en cert grau, és cert que Posner ha demostrat una extraordinària habilitat per encastar materials diversos i, en ocasions, palpablement heterogenis, en un fil conductor amb sentit, dins una línia d'indagació substancialment unitària. Aquest talent es desplega igualment en *Frontiers of Legal Theory*. Encara que la distinta procedència de les porcions sigui de vegades perceptible, en conjunt l'arquitectura unitària i la connexió amb el propòsit i la preocupació general de Posner per la construcció d'una teoria interdisciplinària³¹ del Dret resulten versemblants. La qüestió és, per descomptat, en quina mesura aquesta intenció global es troba ben servida pel tractament de les quatre grans àrees temàtiques (corresponents als quatre coneixements auxiliars del Dret que Posner ha triat en aquesta ocasió).

conceptes d'eficiència i riquesa, etc. El principal objectiu dels treballs de Posner d'aquest grup i aquesta època no és, malgrat tot, oferir una visió pragmàtica i desmitificadora del sistema jurídic, sino la traducció de les nocions econòmiques d'eficiència en criteris normatius pel Dret, i en particular la seva discutida i discutible proposta d'elevat la maximització de la riquesa social al rang de criteri normatiu per antonomàsia de les normes jurídiques.

³⁰ Per exemple, els capítols 1 (The Law and Economics Movement: from Bentham to Becker), 6 (Savigny, Holmes, and the Law and Economics of Possession), 10 (Testimony) y 13 (Counting, Especially Citations).

³¹ En el sentit fort de l'expressió, això és, amb una dimensió externa, no jurídica, dominant.

3. Economia, utilitarisme i regulació del discurs públic (amb una dosi d'economia política empírica)

De manera poc sorprenent, és l'economia la perspectiva externa que obre *Frontiers of Legal Theory*. Ho fa, no obstant això, de forma quelcom curiosa, ja que juxtaposa tres elements ben distints i d'eficàcia també diversa en pro dels objectius declarats de Posner. El capítol 1 reuneix una succinta introducció a l'anàlisi econòmica del Dret com a moviment intel·lectual junt amb un intent de traçar la influència de Bentham (no tant de l'utilitarisme en sentit general com de l'obra de Bentham específicament). El capítol 2 és un valuós intent de posar en termes econòmics els trets generals de la jurisprudència constitucional nord-americana sobre limitacions a la llibertat d'expressió i regulació estatal del discurs públic. El capítol 3 torna a refondre elements dispars, perquè congrega una ràpida revisió dels criteris normatius (en el sentit econòmic del terme, és a dir, de criteris del que ha de ser la norma de bondat o desig social), insistint, encara que de forma més feble que en el passat, en la idea de maximització del benefici social, junt amb una versió més reduïda (i sense la completa anàlisi estadística de regressió, encara que se'n presenta una part) d'un treball previ³² que contempla la influència relativa que el nivell de riquesa i el nivell de desigualtat en aquesta tenen sobre el grau d'estabilitat política de les distintes societats, a la qual cosa s'afegeixen a l'últim algunes reflexions metodològiques sobre l'anàlisi cost-benefici.

Per al lector un xic versat en el caràcter i supòsits de partida de l'anàlisi econòmica del Dret, la major part del capítol 1 té un interès relatiu, perquè no fa sinó reiterar, encara que amb l'habitual brillantor expositiva de Posner, alguns dels trets distintius del *Law and Economics* com a moviment intel·lectual: individualisme i racionalisme metodològics, supòsits i models simples, conseqüencialisme, resultats contradictoris amb els de part de les aproximacions jurídiques tradicionals –i ofereix algunes il·lustracions, extretes de sectors jurídics dispars: maternitat subrogada, plans de pensions d'empresa, declaració de nivells de protecció historicoartística en les edificacions-.

Quant a l'origen benthamià del moviment, la conclusió és més aviat descoratjadora (per als benthamians). L'utilitarisme filosòfic de Bentham no ha tingut influència directa en l'anàlisi econòmica del Dret (ni tampoc, més genèricament, en el que Posner denomina economia del *non-market behavior*, de la que el *Law and Economics* és la manifestació més destacada), ni tampoc indirecta a través de l'economia del benestar (amb clars orígens utilitaristes) o del realisme jurídic nord-americà (Holmes, entre altres, sobre el qual Bentham sí que va tenir influència directa). Ni tan sols el seu tractament dels delictes i de les penes, fortament emparentat amb la visió global del Dret penal prevalent en l'anàlisi econòmica del Dret, sembla

³² Richard Posner, "Equality, Wealth, and Political Stability", 13 *Journal of Law, Economics and Organization* (1997), p. 344.

haver-hi exercit cap influència: quan Becker escriu el treball inaugural d'aquesta aproximació econòmica al delictes³³, desconeixia les aportacions de Bentham respecte d'això.

Tot això és interessant, però la veritat és que en aquesta ocasió Posner no ha indagat en algunes de les qüestions que a mi em resulten més misterioses pel que fa a la relació entre Bentham i el modern anàlisi econòmic del Dret i, adhuc, quant a la relació entre Bentham i el propi Posner. Tots dos són grans desmitificadors del sistema jurídic, tots dos comparteixen la major part dels punts de partida en la seva aproximació al Dret (racionalisme, individualisme, afany per construir una perspectiva científica externa al sistema jurídic) i, no obstant això, les diferències en els seus resultats són més que patents. Posner és el gran defensor de l'eficiència del *Common Law*³⁴, mentre que l'enemistat de Bentham i el seu cercle cap al dret anglès és llegendària³⁵. Posner és considerat³⁶ per molts, en especial a Europa, com a representant de la dreta jurídica nord-americana, mentre que Bentham representava el més extrem radicalisme jurídic del seu temps³⁷.

El capítol 3 conté una primera part emparentada amb el capítol 1: un recordatori dels criteris normatius de l'anàlisi econòmica del Dret, à la Posner, això és, en la seva versió de la maximització de la riquesa social, però amb menys insistència i menys convicció que en el passat³⁸, i donant entrada a possibles crítiques d'arrel distributiva (p. 99-101), de forma que l'atractiu d'aquest criteri és, si no hi ha un altre remei, de base pragmàtica i no conceptual ni, encara menys, moral, com va entendre en alguna llunyana època el propi Posner: "*Provided that wealth is a genuine social value, though not necessarily the only or even the principal such value, that it is one that judges are in a good position to promote, and that issues of economic inequality are more efficiently or legitimately addressed by other organs of government, there is no compelling normative objection to using it to guide the common law.*"³⁹ La transició a l'anàlisi empírica de la influència

³³ Gary Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", 76 *Journal of Political Economy* (1968) p. 169 [hi ha traducció espanyola a Ramón Febrero i Pedro Schwartz (editors), *La esencia de Becker*, Ariel, Barcelona, (1997)].

³⁴ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 271 i següents.

³⁵ Vegeu les interessants observacions de Mill en les seves memòries, John Stuart Mill, *Autobiografía*, trad. esp., Espasa Calpe, Buenos Aires, (1939), p.31.

³⁶ Injustament, segons el meu criteri, almenys en el que fa referència a qüestions de regulació de la conducta personal.

³⁷ John Stuart Mill, *Autobiografía*, cit., p 33.

³⁸ No debades el criteri ha estat criticat, i amb motiu, des de dins de la pròpia anàlisi econòmica del Dret: : Louis Kaplow i Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, cit., p. 35 i següents.

³⁹ De forma implícita sembla recollir l'argument elaborat per Kaplow i Shavell: les qüestions distributives sí afecten a l'eficiència, però el sistema impositiu i la despesa pública estan en millor situació que el sistema jurídic (entès com les regles generals del Dret privat i públic) per afrontar-les, de forma que és millor dissenyar

del nivell de riquesa i d'igualtat en l'estabilitat política dels països resulta, doncs, relativament suau.

L'estudi estadístic de Posner mostra com, enfront de l'opinió comuna, sobretot europea, que entén que la igualtat en la distribució de la renda és un element insubstituïble per aconseguir alts nivells d'estabilitat política i social, l'evidència empírica de les distintes àrees geogràfiques del planeta no permet apreciar una correlació estadística significativa entre igualtat econòmica i tranquil·litat política. En canvi, la correlació existeix, i és aclaparadorament positiva, si s'empra com a variable independent el nivell de renda d'una societat (mesura pel PIB *per capita*). En altres paraules, segons Posner la reducció de la desigualtat no contribueix a millorar significativament l'estabilitat d'una societat, però l'augment del seu nivell de riquesa (de fet, també la taxa de creixement econòmic en els 5 anys anteriors redueix la inestabilitat, ja que no sols els nivells globals de riquesa presenten la correlació positiva) sí que produeix tal efecte.

El problema que em suscita l'anàlisi és de mètode i no de fons. Estic disposat a acceptar les implicacions del model empíric de Posner i fins i tot algunes de les seves explicacions sobre el curs de la relació de causalitat em semblen encertades: que no és tant la desigualtat *per se* la que pot provocar la inestabilitat, sinó la reacció emocional o moral davant la mateixa, o que una agressiva política d'igualtat d'oportunitats pot ser un substitutiu eficaç de la redistribució de renda. No així el seu principal argument causal: les societats riques poden permetre's un aparell d'aplicació del Dret prou eficaç, no arbitrari i no excessivament repressor, de forma que la tranquil·litat política està assegurada. Crec que ni el millor sistema de *law enforcement* pot dissuadir el descontentament majoritari davant una molt desigual distribució dels recursos i, a més a més, l'argument no podria explicar les diferències d'estabilitat política esdevingudes entre països en el passat, quan els mecanismes d'aplicació del Dret eren, sense excepció, ineficaços, arbitraris i brutals.

Però insisteixo, els meus dubtes són fonamentalment de possibilitat de coneixement. La construcció de les variables dependents en les regressions de Posner és molt qüestionable⁴⁰. Com podem assignar valors mínimament fiables a variables com el risc expropiatori, el nivell de corrupció en el govern, l'Estat de Dret (*rule of Law*), la llibertat, o fins i tot als cops d'estat, morts polítiques i canvis il·legals de poder? Aquestes són les variables que tracta d'explicar Posner amb les seves regressions. Com salta a la vista, el component valoratiu de la majoria d'elles, el (molt escàs) grau de confiança que podem assignar als valors que els atribuïm, i la

i aplicar les normes jurídiques prescindint dels aspectes de la redistribució: Louis Kaplow i Steven Shavell, "Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income", 23 *Journal of Legal Studies* (1994), p. 667; Louis Kaplow and Steven Shavell, "Should Legal rules favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income", 29 *Journal of Legal Studies* (2000), p. 821.

⁴⁰ Això no és exclusiu de Posner. Està de moda entre els economistes polítics i macroeconomistes la realització de treballs de caire empíric sobre variables valoratives, del tipus que usa Posner. De fet, la millora recent en la satisfacció del tractament estadístic d'aquestes variables han permès importants avenços en sectors com el màrketing, l'anàlisi de mercats o els sondejos electorals o polítics.

inconscient tendència a mesurar tals variables amb òptiques lligades inextricablement a nivells de riquesa de les societats respectives fa molt arriscat extreure conclusions en el mode en què Posner ho fa. Per descomptat, sempre és millor tenir alguna evidència empírica, per imperfecta que sigui, que no tenir-ne cap i conformar-se amb la història, la intuïció o, pitjor, amb el prejudici. Però això no implica que sigui adient fonamentar l'anàlisi i, encara menys, la presa de decisions polítiques o jurídiques, sobre una base empírica embolicada en aquest nivell d'incertesa.

El capítol central d'aquesta secció és, per a mi, el més interessant del trio. Continuant una inspiració de Mill, Posner entén que l'aproximació econòmica a la llibertat d'expressió no és incompatible amb el que és habitual entre els juristes, basada en la consideració d'aquesta com a dret fonamental, necessària expressió de la dignitat i llibertat personal i ideològica, i fonament del pluralisme polític. Amb l'avantatge de l'aproximació econòmica de què *“The instrumental (pragmatic, economic) approach, however, skirts contentious moral and ideological issues and enables freedom of speech to be analyzed fruitfully by reference to whatever goal one wishes to specify –fruitfully because it is so much easier to reason about means to given ends than about the ends themselves.”* (p. 63). Posner ens ofereix una condició d'eficiència que definiria el nivell de llibertat d'expressió (o, per l'altra cara, el nivell de regulació pública del discurs constitucionalment admissible):

$$> pH^{41+O} - A,$$

sent B els beneficis (per al conjunt de la societat), H el dany (per a la societat) derivat de l'expressió o discurs, O l'impacte d'ofensa (pensi's en la pornografia, la blasfèmia o els insults racistes o xenòfobs) que el discurs provoca en altres, i A el cost per al sistema jurídic de regular (limitar, censurar, prohibir) un cert discurs. Si es compleix la desigualtat anterior, el discurs hauria d'estar emparat per la llibertat d'expressió i lliure de control, censura o prohibició pel Dret.

Passa després Posner a considerar més en detall les variables de la seva equació. Quant als beneficis entén, amb bon criteri, que no cal delegar la qüestió en els Tribunals perquè formulin judicis cas per cas, sinó que és possible i desitjable que es realitzin categoritzacions de caràcter general: el discurs científic i el polític⁴² mereixen més protecció que l'econòmic i comercial, per exemple.

⁴¹ Posner divideix $pH(1+d)^n$ per sotmetre a descompte els danys en funció del nombre d'unitats de temps (N) que passin entre el discurs i el dany. No és necessari per als objectius d'aquesta recensió introduir aquest element addicional de complicació.

⁴² Fins i tot el primer per sobre del segon com, segons Posner, mostra l'experiència de la decadència espanyola, italiana i portuguesa en l'edat moderna, atribuïble més a la censura científica que a la pròpiament política, religiosa o ideològica. El tracte privilegiat al discurs polític (i al científic) es fonamenta en el seu caràcter de bé públic en el sentit econòmic del terme: vegeu Daniel Farber i Philip Frickey, *Law and Public Choice: A Critical*

La determinació típicament judicial, d'acord amb Posner, sí que és possible, almenys amb més facilitat, per a la part dreta de la desigualtat. El caràcter ofensiu o no es manifesta immediatament, un cop que el discurs és percebut, i Posner correctament argumenta (contra el seu admirat Mill) que aquest tipus d'impacte ha de ser tingut en compte a l'hora de prohibir o no el discurs. No obstant això, el que no té en compte és que en alguns casos el que hem d'incloure en el càlcul cost-benefici no és l'impacte negatiu de l'ofensa, sinó, cas de ser menor (la qual cosa pot molt bé ser el cas en moltes situacions, i explica per què la regulació del discurs públic suposa una limitació geogràfica, temporal o de tipus de destinataris per reduir alhora l'impacte ofensiu del discurs i també el cost d'evitar l'exposició a aquest), el cost d'evitar l'exposició al discurs potencialment ofensiu. Quant al dany, Posner entén que, al contrari que el caràcter ofensiu, no és cert sinó probabilístic: la pornografia pot (o no) causar un augment dels delictes contra la llibertat sexual, o les manifestacions racistes poden (o no) causar un increment de les agressions xenòfobes. És en aquest context en què s'ha d'entendre la famosa doctrina constitucional nord-americana sobre el *clear and present danger*⁴³ com a circumstància legitimadora de la limitació de la llibertat d'expressió. No obstant això, és possible ser més escèptic quant a la capacitat d'un Tribunal de Justícia sobre la major o menor entitat del dany possiblement resultant d'un cert discurs⁴⁴.

4. Història, mite i una mica de teoria de la possessió

“Law is the more historically oriented –more bluntly the most backward-looking, the most past-dependent- of the professions. It venerates tradition, precedent, pedigree, ritual, custom, ancient practices, ancient texts, archaic terminology, maturity, wisdom, seniority, gerontocracy, and interpretation conceived as a method of recovering history”. (p. 145). L'eloqüent encara que quelcom exagerada descripció de Posner no resulta tampoc gaire desencaminada com a retrat del món jurídic a aquest costat de l'Atlàntic. Com pot Posner conciliar això amb el seu, a aquestes altures prou conegut, programa instrumentalista, pragmàtic i economicista d'acostament al fenomen jurídic?

Introduction, University of Chicago Press, Chicago, (1991); Robert Cooter, *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, Princeton (NJ), (2000), p. 309 i ss.

⁴³ *Schenk v. US*, 249 U. S. 47 (1919), amb ponència del Jutge Holmes.

⁴⁴ Penseu, per exemple, en la possibilitat que té un Tribunal de trobar (o no) base real a una idea recentment apuntada per a prohibir i sancionar les expressions racistes (*hate speech* en l'expressió americana): quan es prohibeixen aquests tipus d'expressions, augmenta la varianza en l'estimació que poden fer en el nombre de racistes (complaents amb el crim) aquells racistes que podrien estar inclinats a agredir o atentar contra la vida dels membres de l'altra raça: Dhammika Dharmapala i Richard McAdams, “Words that Kill: A Economic Perspective on Hate Speech and Hate Crimes”, Illinois Law and Economics Working Paper Series Núm. 00-34, (2001). La meua impressió és que la teoria és, no només poc versemblant, sinó sobretot, incontrastable empíricament davant d'un Tribunal de Justícia que hagi de decidir si sanciona o no unes manifestacions de caire racista o xenòfob.

Doncs amb notable intel·ligència, en el que constitueix un dels millors assajos de Posner, desplegant al límit les seves conegudes virtuts: brillantor d'exposició, agudeses, erudició, dissecció intel·ligent dels prejudicis aliens. Posner parteix de la triple investidura de Nietzsche al conreu científic de la Història: enxiuiment dels mites i els herois del passat, glorificació del progrés i del present, i paralització de les energies dels vius per contrast amb les èpoques passades. I intenta adaptar-la a l'explicació de les actituds dels juristes davant la història.

D'un costat, Posner reconeix que el passat exerceix un paper no menyspreable en el funcionament del sistema jurídic. Sobretot en els aspectes institucionals del Dret, molt més que en els de contingut de les regles, el que va passar ahir (o molt abans) influeix decisivament sobre el present. El Dret és un sistema social que mostra en grau extrem la *path-dependence*: les alternatives que adoptem en el passat influeixen en l'elecció d'opcions que correspon a avui, perquè la història acumulada ha generat uns enormes costos de canvi (*switching costs*). Però aquest reconeixement no implica que el canvi sigui impossible, o que la tasca central del Dret sigui la de perpetuar una situació heretada, o la de tractar d'esbrinar la veritat històrica sobre una certa institució o regla. La informació historicojurídica no és rellevant per ella mateixa, com a veritat històrica que hem d'acatar. Ha de ser un instrument per organitzar el present i contribuir a resoldre els nostres problemes jurídics d'avui.

Posner pensa que la major part de l'ús de la història per part dels juristes és fonamentalment retòrica: “*the legal profession's use of history is a disguise that allows the profession to innovate without breaching judicial etiquette...*” (p. 154). I és bo que sigui així. Allò catastròfic és quan el passat, el que decideix anteriorment, o allò que s'ha interpretat per algun jurista mort fa molt de temps, es converteixen en objectes venerables per si mateixos. En particular, és nefast l'autoengany en què poden incórrer alguns en pensar que la història pot –i ha d'ofrir-nos- la solució als nostres dilemes jurídics actuals. Hi ha moltes i bones raons per prestar atenció al que es va decidir o es va pensar (sobretot primer que res) en el passat, però són raons d'ordre pràctic, utilitari, no metafísiques ni epistemològiques. Així, hem d'atendre al passat per motius de *path-dependence* sobre la nostra conducta actual; per falta d'informació sobre el present que necessiti ser complementada amb la del passat; per respecte, si escau, al principi d'igualtat en l'aplicació de la llei; per mantenir la confiança legítimament desvetllada; per economia d'esforç dels juristes: “*use history as a resource, but do not venerate the past or believe that it ought to have a special power over the present*” (p. 165). En la genial desqualificació del Dret històric per Holmes: “*It is revolting to have no better reason for a rule of law than that it was laid down in the time of Henry IV*”⁴⁵. Posner no pot estar més d'acord.

Després d'haver-se enfrontat a la dreta jurídica historicista (Bork i altres originalistes), en el capítol 5 dirigeix la seva crítica a l'esquerra historicista en la teoria constitucional (Ackerman) i

⁴⁵ Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law”, a Richard Posner, *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, cit., p. 170.

en la teoria cultural històrica del Dret (Kahn). Però en el capítol 6 s'enfronta a un enemic intel·lectual molt més formidable: Savigny.

Coneguda l'animadversió de Posner per l'historicisme, no és estrany que enfront del projecte savignia d'una ciència del Dret basada en l'estudi històric i en el respecte i veneració de les fonts romanes, així com en el paper central del jurista acadèmic pur, Posner, seguint la crítica que ja en el XIX va dirigir contra Savigny el seu admirat Holmes, aixequi el seu propi model de "teoria del Dret" fundada en el conseqüencialisme i en una teoria racionalista (econòmica) del comportament humà. Les seves armes s'encreuen en un *locus* clàssic de la teoria dels drets reals: la possessió. Decidir quin dels dos projectes contraposats surt vencedor, en el sentit d'oferir una entesa de la funció de les regles jurídiques sobre la possessió, és quelcom que deixo al criteri del lector.

5. Emocions, normes socials i sistema jurídic

El capítol 7 es dedica al paper de les emocions en el Dret. Per descomptat, no pretén ni de bons realitzar un estudi exhaustiu, ni referir casos cridaners d'incidència o conseqüències emocionals del sistema jurídic. Després d'una breu però suggestiva introducció als aspectes cognitius i motivacionals de les emocions, es concentra en la rellevància d'aquestes per a certs aspectes del Dret penal. Al costat d'altres temes d'interès local nord-americà (*Victim Impact Statements* en casos de pena de mort, per exemple) s'ocupa de dues qüestions amb molt predicament en la teoria penal en els Estats Units.

La primera és la dels crims racistes (o d'odi, en general, *hate crimes*). Posner argumenta contra la tendència dominant al seu país de permetre un augment de les penes contra qui agredeix o mata a un membre d'una minoria racial o religiosa, atacant en especial la justificació oferta per a això per la *Supreme Court*: els *hate crimes* poden provocar delictes en represàlia, provoquen dany emocional a les víctimes i generen alarma social. Posner entén que darrere aquestes afirmacions no hi ha més que la utilització del Dret penal com a expressió d'una plataforma política, la qual cosa no resulta gaire recomanable com a política criminal: la perillositat de la conducta és, en el seu criteri, el factor que ha de governar la magnitud de les penes, i la perillositat no està correlacionada necessàriament amb la presència de motivacions racistes o semblants en la intencionalitat de l'autor del delicte.

No obstant això, el ben cert és que des del punt de vista econòmic⁴⁶ hi ha raons sòlides per optar per la solució contrària a la patrocinada per Posner: el benefici marginal de sancionar els delictes motivats per odi racial és plausiblement més alt que en un delicte semblant sense aquesta motivació (perquè els beneficis psicològics per al seu autor derivats de la comissió del delicte col·loquen els seus autors en el part alta de la distribució de delinqüents, és a dir, entre

⁴⁶ Vegeu Dhammika Dharmapala i Nuno Garoupa, "Penalty Enhancement for Hate Crimes: An Economic Analysis", Working Paper, Georgetown University Law Center (2001).

els més inclinats a cometre el delictes); si es tenen en compte els costos de defensa i prevenció dels membres de les minories amenaçades, una elevació de la sanció resulta igualment aconsellable. Per descomptat, a més a més, si la motivació racista es considera *per se* perversa i indigna d'entrar en el càlcul del benestar social, el model econòmic estàndard de delictes i penes⁴⁷ aconsella pujar la pena respecte de la que s'imposaria a aquells altres delictes en què la motivació (econòmica, passional, etc.) no resulta com a tal exclosa de la funció de benestar social.

La segona és la de les penes vergonyants (o humiliants, com amb major precisió encara que menor expressivitat prefereix denominar-les Posner): aquesta classe de penes és igualment eficaç però menys costosa socialment en la seva imposició que les privatives de llibertat, per tal com s'aprofiten d'un mecanisme que presenta caràcters de “bé públic” com són les sancions socials de reprovació, ostracisme i semblants.

Posner, amb bon criteri, esbossa algunes raons enfront de l'adopció o proliferació d'aquesta classe de penes: eliminació de la prevenció especial, futilitat de les sancions socials en els casos (molts en la realitat) en els que el criminal és ja un pària per a la societat, refermament de llaços en subsectors de criminalitat dins la societat, privació del valor expressiu de les penes de presó o de multa com a senyal que fins i tot els criminals són tractats com a persones, això és, com a fins, i no com mitjans. No desenvolupa, tot i això, explícitament aquí (sí ho apunta, en canvi, en el capítol 9 sobre normes socials), el que potser sigui l'argument de més gran pes : l'extrema indeterminació en la magnitud de la sanció que impliquen aquestes modalitats de càstig. Els factors de què depèn la magnitud de la reacció social en què consisteix el principal element punitiu d'una pena infamant són molt difícilment previsibles i controlables pel sistema jurídic (molt més, almenys, que les penes de multa o de presó), la qual cosa augmenta la variabilitat de la magnitud de la sanció i fa molt més difícil que el sistema jurídic pugui fixar el nivell òptim de prevenció (que combina probabilitat i magnitud de la sanció)⁴⁸.

El capítol 8 suposa un repàs (en el doble sentit de la paraula) a un dels últims *trends* en la teoria jurídica en els Estats Units: el *Behavioral Law and Economics*. L'anàlisi econòmica del Dret, com la teoria microeconòmica que li serveix de substrat, pressuposen el comportament racional dels individus que operen o estan subjectes al sistema jurídic. Ara bé, aquest pressupòsit general de racionalitat no assumeix, ni de bon tros, que el *Law & Economics* entengui que tots els subjectes, de fet, actuïn racionalment en totes les circumstàncies. És evident que, en bon nombre de casos, els individus s'aparten d'aquest patró de racionalitat, sobretot en presència d'incertesa sobre les

⁴⁷ Vegeu A. Mitchell Polinsky i Steven Shavell, “The Economic Theory of Public Enforcement of Law”, 38 *Journal of Economic Literature* (2000), p. 45.

⁴⁸ Aquesta qüestió és considerada àmpliament per Eric Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (2000), p. 92 i següents.

condicions existents i sobre els resultats de les diferents opcions de conducta. La seva memòria pot resultar escassa, el mateix que les seves habilitats cognitives a l'hora de processar informació. Poden equivocar-se en operar amb probabilitats, veure's influenciats pel *statu quo* o per la forma en què es formula una pregunta o es presenta un afer. Poden, a més a més, tenir la voluntat anul·lada o debilitada per restriccions externes o internes. Igualment, tenen percepcions i opinions en termes de justícia sobre les diferents conductes o resultats possibles, la qual cosa sens dubte exerceix un paper motivacional gens menyspreable. Tots aquests són problemes reals que obliguen a acceptar amb més gran cautela els resultats de l'anàlisi sustentada en el pressupost de l'acció racional, però no a abandonar-lo i, amb això, a tirar per terra l'intent d'explicar de manera coherent i consistent la incidència sobre el comportament dels subjectes de factors externs, entre els que destaca el sistema jurídic.

Aquestes i altres limitacions de la racionalitat individual han estat subratllades per psicòlegs i economistes crítics amb el predomini de la *rational choice theory*⁴⁹. Més recentment, aquestes inquietuds han tingut ressò en l'anàlisi del sistema jurídic a través de l'esmentat *Behavioral Law and Economics*, que indaga en les conseqüències per a l'entesa de les normes jurídiques de tres fenòmens (o classes de fenòmens, més aviat): racionalitat limitada, voluntat limitada i egoisme limitat. La millor introducció a aquestes qüestions és el treball de Christine Jolls, Cass Sunstein i Richard Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics"⁵⁰, que és el que Posner examina i critica en *Frontiers of Legal Theory*. En essència, l'argument de Posner és doble: d'una banda, l'enemic creat pel *Behavioral Law & Economics* és un enemic fictici, creat *ad hoc* per arremetre contra ell: "the model of hyperrational, emotionless, unsocial, supremely egoistic, omniscient, utterly selfish, nonstrategic man (or woman) operating in conditions of costless information acquisition and processing" (p. 256) no és ja des de fa anys el model de comportament racional que pressuposen l'anàlisi econòmica del Dret ni la teoria econòmica.

Però a més a més, el *Behavioral Law & Economics* es rendeix massa aviat, i sense lluita, davant una evidència basada en experiments (no, per tant, en magnituds mesurables i contrastables) que amb freqüència, ni per la seva dimensió ni per les seves condicions, generen implicacions empíriques estadísticament significatives. A més a més, conductes perfectament conciliables amb el més exigent racionalisme, com l'altruisme recíproc, la solidaritat grupal i la senyalització de tendències o trets socialment valuosos poden explicar molts dels fenòmens observats experimentalment, sense haver de recórrer a les limitacions de la racionalitat, de la voluntat o de la satisfacció de les pròpies preferències. En definitiva, hi ha raons per ser prudents quant als pressupòsits de racionalitat, i refinar les anàlisis que s'hi basen a fi

⁴⁹ Per exemple, vegeu, Richard H. Thaler, *Quasi-Rational Economics*, Princeton University Press, Princeton (NJ), (1993).

⁵⁰ Christine Jolls, Cass R. Sunstein i Richard H. Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics", a Cass R. Sunstein (editor), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, Cambridge, (2000), p. 13.

d'aconseguir una aproximació més afinada a la realitat del comportament humà, però no hi ha, ni de lluny, raons sòlides i acreditades per abandonar-lo. Encara menys quan l'alternativa, el *Behavioral Law & Economics* és massa insegura, mal-leable i poc generalitzable com per constituir una teoria del comportament dels agents i els destinataris del sistema jurídic que tingui un nivell de potència predictiva mínimament comparable a la de l'anàlisi econòmica del Dret.

L'últim capítol de la secció psicològica és el dedicat a les normes socials. Per a ningú que segueixi amb un mínim d'assiduitat la literatura jurídica nord-americana li resultarà sorprenent la inclusió d'un capítol d'aquesta mena, a la vista de la proliferació de l'interès acadèmic en els darrers 5 anys⁵¹ sobre les normes socials i la seva interacció amb les jurídiques.

Posner comença realitzant una taxonomia dels diferents mecanismes de sanció de les normes socials: automàtics (qui camina pel costat contrari al de tots els altres pateix constantment molèsties i topaments), interns (sentiment de culpa i vergonya), externs (bilaterals i multilaterals o socials). L'anàlisi se centra en aquests últims i, en particular, en el problema de subprovisió de sancions multilaterals, atès que la sanció al transgressor d'una norma social és costosa per al ciutadà que sanciona, mentre que tots els membres de la societat es beneficien, sense assumir el cost, de *l'enforcement* que aconsegueix. En definitiva, la sanció de les normes socials és un bé públic en sentit econòmic, la qual cosa *prima facie* ens fa esperar un problema d'infraproducció. Quin paper tenen les normes jurídiques en relació amb les normes socials i la seva sanció?

Per descomptat, les sancions jurídiques imposades i aplicades per les autoritats públiques suposen en molts casos un reforç molt poderós i insubstituïble de les sancions socials. En especial en el cas de les conductes socialment més destructives és difícil pensar que poguessin aconseguir-se nivells mínimament acceptables de prevenció sense la intervenció repressora estatal. Altres vegades, en canvi, la intervenció del sistema jurídic contradiu o debilita la imposició de sancions socials (el duel és el cas històric universalment més conegut). Però el més suggestiu és que el sistema jurídic facilita de formes més subtils la imposició de sancions socials, fonamentalment de dues maneres. Primer, fent menys costosa la imposició individual de la sanció: una persona que dubta d'imposar una sanció social a qui considera transgressor d'una norma de la comunitat es veurà més inclinada a fer-ho si la conducta transgressora està, a més a més, legalment prohibida, perquè podrà defensar-se amb ajuda estatal de la possible represàlia del sancionat i, a més a més, la possible recompensa pública en termes d'augment d'estimació serà possiblement més gran. Segon i, probablement amb efecte més important, perquè les normes jurídiques permeten la coordinació implícita dels potencials sancionants: l'individu pot inferir de l'existència de la prohibició legal que la majoria de la població

⁵¹ Encara que el punt de partida de tot és, sens dubte, el clàssic de Robert Ellickson, *Order Without Law. How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1991).

condemna aquesta conducta que ell percep com a contrària al codi de conducta de la seva comunitat, alhora que permet l'existència de jocs de coordinació en la sanció iniciats per les pròpies autoritats públiques. En altres paraules, les regles jurídiques poden servir de *focal points* que permeten una millor coordinació, i per tant una eficàcia més gran, en la imposició descentralitzada de sancions socials⁵².

El capítol es tanca amb un esbós, molt embrionari però suggestiu, sobre economia de les religions. Algun dels temes apuntats: influència de la religiositat en el nivell de renda; la competència entre l'Estat i les religions en la creació i inculcació de normes de conducta; mètodes religiosos i mètodes racionals de persuasió; la competència entre religió i ciència.

6. Procediment, prova i mètodes estadístics

Els nord-americans anomenen *Law of Evidence* al sector del Dret processal que s'ocupa de reglamentar el flux d'informació als decisors jurídics, en particular als Tribunals de Justícia. Una de les qüestions més cridaneres en la comparació amb el sistema jurídic dels Estats Units és precisament la falta de transcendència que aquest sector presenta en els sistemes jurídics europeus continentals, per contrast amb el seu caràcter central en l'organització del procés nord-americana⁵³.

En els capítols 11 i 12 Posner tracta d'oferir una aproximació econòmica a aquesta qüestió, analitzant fins i tot, a la llum de les seves implicacions, les diferències europees-nordamericanes. De manera poc sorprenent, Posner entén que les regles sobre prova constitueixen un problema anàleg al de la recerca en economia, i que l'objectiu d'aquestes hauria de ser el d'oferir incentius a les parts i, si escau, al jutge en un procés (civil, penal, o d'una altra classe, si existeix) perquè la inversió marginal en l'adquisició d'informació nova referent a l'objecte del procés s'iguali amb el benefici marginal derivat d'aquesta informació fàctica addicional. Òbviament, aquest benefici ha de ser benefici per a la societat en termes de guany de precisió i adequació a la realitat dels fets⁵⁴, i no merament privat en termes d'increment de la probabilitat de sortir victoriosos del plet.

⁵² Vegeu, Richard McAdams, "A Focal Point Theory of Expressive Law", 86 *Virginia Law Review* (2000), p. 1649. Més en general al voltant dels mecanismes de coordinació, Joseph Farrell, "Cheap Talk and Coordination", a Peter Newman (editor), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, T. I, MacMillan, Londres, (1998), p. 224.

⁵³ Vegeu, per exemple, Emily Sherwin i Kevin Clermont, "A Comparative View of Standards of Proof", University of San Diego School of Law Public Law and Legal Theory Working Paper 32 (2001).

⁵⁴ Que augmentar l'exactitud en el coneixement dels fets als que s'apliquen les normes jurídiques generi un benefici per a la societat és una cosa inqüestionable en termes econòmics (i probablement també morals). Penseu simplement en el fet que si les sancions jurídiques s'imposessin amb total menyspreu a la realitat dels fets, és a dir, de forma aleatòria la sanció esperada per la violació de les regles jurídiques seria zero: tant seria respectar com no respectar les normes, perquè la sanció esperada seria la mateixa, perquè la probabilitat de la sanció seria independent de la conducta.

El principal instrument analític per traduir aquesta condició d'optimització del benestar social mitjançant les regles sobre prova és la regla de Bayes, que estableix les condicions per a l'estimació de la probabilitat posterior (actualitzada, millorada) d'un cert fet o esdeveniment, donada una nova evidència o informació relativa a aquest, en funció de la probabilitat prèvia de l'esdeveniment i del valor probatori de l'esmentada evidència o informació addicional:

$$\text{Prob (H/I)} = \frac{\text{Prob (I/H)} \times \text{Prob (H)}}{\text{Prob (I)}}$$

On H és l'esdeveniment, I l'evidència, H/I és l'esdeveniment donada l'evidència i I/H és l'evidència donat l'esdeveniment ⁵⁵.

Per descomptat, assignar valors precisos a les respectives probabilitats no és cosa fàcil ni tan sols amb el millor i més costós suport pericial imaginable, i convertir els nostres jutges (o als nordamericans, no hi ha diferència en aquest aspecte) en experts en inferència estadística és, no només gairebé impossible, sinó també indesitjable amb alta probabilitat. Però la utilització pels Tribunals d'aquest tipus d'enfocament en relació amb les regles sobre prova presenta avantatges indubtables. A més de permetre dissipar els prejudicis, epistemològicament insostenibles, sobre la possibilitat de coneixement de la veritat pels Tribunals, pot millorar significativament la comprensió de la seva incidència sobre el comportament processal de les parts i l'aprofitament per part del jutge de les aportacions d'evidència fàctica al procés. “*The significance of the Bayes’ theorem for the law of evidence is mainly as a reminder that estimating probability is a useful and rational way of dealing with uncertainty, that one should update one’s estimates as new information flows in, and that the impact of new information on one’s ultimate conclusion depends on one’s priors, that is, on the probability that one estimated before beginning to consider evidence.*” (p. 377).

Posner passa després a comparar dos tipus ideals purs d'organització del procés, pel que fa a recerca i aportació d'informació, el contradictori i l'inquisitorial. Encara que adverteix que la versió del segon que s'analitza en *Frontiers of Legal Theory* no és sinó una exageració o caricatura del sistema processal dels països europeus continentals, encara es queda curt, en especial si es pensa en el procés civil. Els Drets europeus prefiguren en la pràctica un sistema *adversarial*, no gaire diferent del nord-americà, però amb dos importants diferències: entre

⁵⁵ Posner, p. 343, empra una altra versió de la regla de Bayes, exactament equivalent a la que apareix en el text, però formulada en termes de *likelihood ratio*. La diferència és irrellevant a efectes de la funció que el raonament bayesià ha de complir en el Dret processal.

nosaltres no hi ha jurat en afers civils i tampoc no hi ha *discovery* en el sentit fort de l'expressió (malgrat, per exemple, normes com l'art. 328 LEC). Comprensiblement, Posner considera, enfront de recents crítiques en el seu propi país, que el model contradictori pur genera incentius més adequats per aconseguir els nivells òptims (recordeu, els definits per la igualtat entre cost marginal i benefici marginal) d'aportació de prova al procés que l'inquisitorial pur. La raó fonamental consisteix en el fet que l'*adversarial system* és essencialment un esquema de competència entre les dues parts, que els incentius a presentar prova són més alts quant és més gran l'interès que es ventila en el procés i com més ajustat és el predomini d'una sobre una altra en les qüestions de fet (aspectes ambdós que fan eficient invertir més en prova), mentre que l'*inquisitorial system* és un sistema de monopoli judicial en la recerca de la veritat dels fets.

En realitat, és molt poc probable que cap dels dos sistemes sigui realment eficient. El contradictori, perquè hi ha una clara discrepància entre el benefici social i el benefici privat de presentar noves informacions al procés: el benefici social és el guany d'exactitud en l'aplicació de la Llei, el privat és simplement el guany en el plet. L'inquisitorial, perquè és molt dubtós que l'esquema d'incentius dels jutges els indueixi a realitzar la seva indagació de la veritat dels fets fins al punt en què el cost marginal⁵⁶ de les proves addicionals s'iguali amb el benefici marginal. El que sí que és plenament compartible de l'argument de Posner és la implicació que l'anàlisi té per al diferent paper que el *Law of evidence* té en l'un i l'altre sistema. En el contradictori pur, aquesta divergència entre incentiu privat i incentiu social pot mitigar-se mitjançant regles, fetes efectives pel jutge, que limitin o exclouin l'aportació de certes proves per les parts i els seus advocats. En canvi, això no és possible en el sistema inquisitorial pur, perquè el Jutge no pot limitar-se a si mateix, i és poc probable que la revisió en el judici oral o en via de recurs pugui aconseguir la mateixa eficàcia.

Posner analitza tot seguit la teoria de la càrrega de la prova. És indubtable que les decisions dels jutges i tribunals requereixen l'apreciació i valoració de circumstàncies o successos que no estan a la seva disposició, sinó a la de les parts en el procés o a la de tercers.

Quan amb referència a aquestes circumstàncies es parla de càrrega de la prova, s'està fent esment a dos aspectes separables en el pla teòric: per poder adoptar una decisió fonamentada, el jutge o tribunal ha d'adquirir un cert grau de convicció sobre l'esdeveniment d'aquella circumstància, però per a això és necessari que alguna de les parts li proporcioni els elements probatoris que li permetin aconseguir-ho. Les regles sobre càrrega de la prova comprenen, doncs, d'una banda, la determinació del llinyar de certesa que li cal al jutge per satisfer la pretensió i, d'una altra, la determinació de quina de les parts ha de subministrar les proves per aconseguir l'esmentat llinyar, sota pena de rebre una decisió adversa sobre el fons de l'afer si no ho fa.

⁵⁶ Que no soporta el propi jutge, a més a més, sinó les parts, tercers o el contribuent.

En l'àmbit jurídic nord-americà, tots dos aspectes són analitzats independentment dins la genèrica *burden of proof*: es parla així de *burden of persuasion*, *level of confidence* o *standard of proof* per referir-se al primer, enfront de *burden of production* o *burden of proof* en sentit estricte.

A Espanya i, en general, a Europa, no es realitza amb nitidesa –o no es realitza en absolut– la distinció entre les dues vessants de la càrrega de la prova. Potser això es degui al fet que implícitament es considera que només hi ha un nivell de confiança o convicció jurídicament admissible en el jutge sobre la producció d'un cert esdeveniment⁵⁷. Aquest nivell seria el de la plena certesa, això és, el corresponent a una probabilitat de succés del 100%. No tinc cap dubte que aquest supòsit implícit no reflecteix la realitat del funcionament dels sistemes jurídics i, més encara, no és en absolut desitjable com a objectiu. Penseu en el nivell de prevenció civil, administrativa o penal que comportaria una exigència d'aquest rigor en el convenciment del jutge, tribunal o autoritat sancionadora.

Es defineix entre nosaltres habitualment càrrega de la prova com la regla de decisió o de judici que permet al jutge resoldre la controvèrsia en favor de qui hi no està sotmès, en el cas que la prova aportada no sigui concloent. Seria essencialment una regla que possibilitaria evitar el *non liquet* quan es produeix un empat entre els litigants quant a la convicció de la veritat o falsedat del succés suscitada en el jutge. Aquesta noció, no obstant això, presenta una dificultat: en termes estadístics, empat vol dir que la convicció del jutgador respecte a la producció de l'esdeveniment en qüestió, després del procés i l'eventual prova presentada, és exactament del 50%. Si la distribució de la probabilitat de l'esdeveniment és contínua, la probabilitat efectiva que coincideixi exactament amb el 50% és, en la pràctica, inexistent, i això encara que la convicció del jutgador prèvia al procés fóra precisament d'un 50% (en termes més tècnics, que la probabilitat posterior en sentit bayesià sigui just de 0,5 és pràcticament impossible, encara que la probabilitat prèvia fos de 0,5).

A més a més, la concepció de la càrrega de la prova dominant en la doctrina espanyola situa el centre d'atenció en el subjecte equivocat –el jutge o tribunal–, en comptes d'orientar-la cap

⁵⁷ Vegeu les fornides referències franceses i alemanyes que recullen Emily Sherwin i Kevin Clermont, "A Comparative View of Standards of Proof", cit., en el sentit que el jutge ha d'estar convençut sense cap dubte de la producció de l'esdeveniment. En aquest sentit és també interessant observar com els estàndards de nivell de convicció en l'àmbit civil i en el penal tendeixen a confondre's o identificar-se a Europa, mentre que la separació entre el *beyond reasonable doubt* penal i la *preponderance of the evidence* civil és molt nítida als Estats Units. És veritat, malgrat tot, que a Espanya la jurisprudència constitucional [STC 13.12.193 (RTC 1993\367)] i la del Tribunal Suprem [SSTS 20.2.1989 (RAJ 1989\1215); 27.11.1995 (RAJ 1995\9803); 28.3.2000 (RAJ 2000\2500)] han assenyalat que la presumpció constitucional d'innocència no és aplicable als afers civils. Posner justifica d'alguna manera la menor diferència europea entre els nivells de persuasió civil i penal de la següent forma: "The burden of proving guilt beyond a reasonable doubt is a partial offset (like the provision of counsel to indigent defendants) to the inequality of the parties' resources for the gathering and presenting evidence. In an inquisitorial system, where the search is conducted by a presumably disinterested judge, the need for a heavier burden of proof in a criminal than in a civil system is attenuated" (p. 367). L'inconvenient és que l'argument de Posner explicaria que el llindar de confiança en matèria penal es reduís per aproximar-se al civil, però el que passa, almenys en apariència, en la majoria dels països europeus és just el contrari: és el llindar en matèria civil el que augmenta per aproximar-se al de la matèria penal.

aquells el comportament dels quals –el probatori, però també l'extraprocessal- és veritablement rellevant: les parts en el litigi. El decisiu de la càrrega de la prova és que es tracta d'un instrument estratègic a les mans del legislador i dels jutges i tribunals que permet induir els comportaments processals i extraprocessals desitjats. En relació amb la càrrega de la prova la preocupació del sistema jurídic no és acadèmica, ni d'epistemologia de la funció judicial, sinó pragmàtica, com ho és en la resta de les matèries. El seu objectiu és el de regular comportaments en el món real. Per aclarir tots aquests malentesos prevalents entre nosaltres la lectura de *Frontiers of Legal Theory* és especialment recomanable en aquesta matèria.

El capítol 12 es dedica fonamentalment a analitzar l'eficiència de diferents regles que limiten la presentació d'informació i utilització de proves en el procés *penal*. Algunes són típicament americanes (*limiting instructions against inadmissible evidence*, evidència del caràcter d'una persona, evidència sobre comportament posterior als fets). D'altres tenen un abast més general (per exemple, totes elles estan recollides o, almenys, troben fonament en l'art. 24.2 CE): confidencialitat advocat-client, privilegi de no declaració contra el cònjuge i altres familiars, el dret a no declarar contra un mateix, el dret a no confessar-se culpable, la inadmissibilitat de proves obtingudes il·legalment. La interpretació econòmica de Posner és més compartible en uns casos (el dret a no confessar: de no existir, augmentaria el nivell general de mentida en els acusats- els culpables menteixen més que els innocents-, amb la qual cosa es redueix el nivell de credibilitat de les declaracions dels acusats, inclosos els no culpables) que en d'altres (el dret del cònjuge a no declarar: de no existir, augmentaria dins el matrimoni la desconfiança, la falta de companyerisme i, en definitiva, la inestabilitat matrimonial), però en tot cas resulten una alternativa molt suggestiva enfront de les habituals interpretacions de to moralista o simplement comparatista dels drets constitucionals en el procés penal.

7. Conclusió

L'èxit de Posner en el seu intent de construir i fer funcionar una teoria del Dret fonamentalment externa al fenomen jurídic, tal com es manifesta en *Frontiers of Legal Theory*, és, almenys en el meu criteri, variable, per les raons que he tractat d'embastar en les pàgines precedents. Però que la temptativa no sigui satisfactòria en el 100% dels casos no desacredita el projecte ni el programa d'investigació que hi ha al darrere. L'acostament en clau pragmàtica, conseqüencialista, i amb suport en els mètodes i resultats de les ciències naturals i socials, que és l'aproximació que Posner representa, és la millor alternativa acadèmica que existeix avui per comprendre i millorar els sistemes jurídics. En tot cas, és una visió que fins i tot els més crítics amb els seus pressupòsits de partida haurien de conèixer a fons. *Frontiers of Legal Theory* ofereix una excel·lent oportunitat per a això. I *Law, Pragmatism and Democracy*, que no tardarà a arribar coneixent el ritme de producció de Posner, tornarà a donar-nos ocasió per seguir la seva evolució.

Bibliografia

Gary BECKER, "Crime and Punishment: An Economic Approach", 76 *Journal of Political Economy*, 1968, p. 169 (hi ha traducció castellana en Ramón Febrero i Pedro Schwartz (editors), *La esencia de Becker*, Ariel, Barcelona, 1997).

Robert COOTER. *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, Princeton, NJ, 2000.

Dhammika DHARMAPALA i Nuno GAROUPA, "Penalty Enhancement for Hate Crimes: An Economic Analysis", *Working Paper*, Georgetown University Law Center, 2001.

Dhammika DHARMAPALA i Richard MCADAMS. "Words that Kill: An Economic Perspective on Hate Speech and Hate Crimes", *Illinois Law and Economics Working Paper Series*, núm. 00-34, 2001.

Robert ELICKSON, *Order Without Law. How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1991.

Daniel FARBER i Philip FRICKEY, *Law and Public Choice: A Critical Introduction*, University of Chicago Press, Chicago, 1991.

Joseph FARRELL, "Cheap Talk and Coordination", a Peter NEWMAN (editor), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, T. I, MacMillan, Londres, 1998, p. 224.

Mary ANN GLENDON. *A Nation Under Lawyers. How the Crisis in the Legal Profession is Transforming American Society*, Farrar, Straus and Giroux, Nueva York, 1994.

Oliver WENDELL HOLMES, "The Path of the Law", a Richard POSNER (editor), *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, University of Chicago Press, Chicago, 1992, p. 170.

Christine JOLLS, Cass R. SUNSTEIN i Richard H. THALER, "A Behavioral Approach to Law and Economics", en Cass R. Sunstein (editor), *Behavioral Law and Economics*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

Robert KAGAN. *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2001.

Louis KAPLOW i Steven SHAVELL, "Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income", 23 *Journal of Legal Studies*, 1994, p. 667.

- "Should Legal rules favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income", 29 *Journal of Legal Studies* (2000) , p. 821.

- *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2002.

Richard McADAMS, "A Focal Point Theory of Expressive Law", 86 *Virginia Law Review* (2000), p. 1649.

John STUART MILL. *Autobiography*, 1873 (traducció castellana, Espasa Calpe, Buenos Aires, 1939, p. 205).

A. Mitchell POLINSKY i Steven SHAVELL, "The Economic Theory of Public Enforcement of Law", 38 *Journal of Economic Literature*, 2000, p. 45.

Eric POSNER, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 2000.

Richard POSNER. *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, Chicago, 1976.

- *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 1981.

- *Tort Law: Cases and Economic Analysis*, Little Brown, Boston, 1982.

- *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1990.

- *Cardozo: A Study in Reputation*, University of Chicago Press, Chicago, 1990.

- *Sex and Reason*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1992.

- *The Essential Holmes: Selections from the Letters, Speeches, Judicial Opinions, and Other Writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, University of Chicago Press, Chicago, 1992.

- *Aging and Old Age*, University of Chicago Press, Chicago, 1995.

- *Overcoming Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1995.

- *Law and Legal Theory in the UK and the US*, Oxford University Press, Oxford, 1996.

- "Equality, Wealth, and Political Stability", 13 *Journal of Law, Economics and Organization*, 1997, p. 344.

- *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, Nueva York, 1998.
- *Law and Literature: A Misunderstood Relation*, 2ª ed. Harvard University Press, Cambridge (MA), 1998.
- *The Problematics of Moral and Legal Theory*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1999.
- *An Affair of State. The Investigation, Impeachment, and Trial of President Clinton*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1999.
- “An Economic Analysis of the Use of Citations Analysis in the Law”, 2 *American Law and Economics Review*, 2000, p. 381.
- *The Economic Structure of the Law: The Collected Economic Essays of Richard Posner*, Edward Edgar, Chetenham, 2000, 2001.
- *Frontiers of Legal Theory*, Harvard University Press, 2001.
- *Breaking the Deadlock: The 2000 Election and the Courts*, Princeton University Press, 2001.
- *Public Intellectuals: A study of Decline: A Critical Analysis*, Harvard University Press, 2001.
- *Antitrust Law* (segona edició d' *Antitrust Law: An Economic Perspective*), University of Chicago Press, 2001.

Richard POSNER i Frank EASTERBROOK. *Antitrust: Cases, Economics Notes and Other Materials*, West St.Paul, 1980.

Richard POSNER i Gertrud FREMLING. “Status Signaling and the Law, with Particular Application to Sexual Harassment”, 147 *University of Pennsylvania Law Review*, 1999, p. 1069.

- “Market Signaling of Personal Characteristics”, *Working Paper, John M. Olin Program in Law and Economics*, núm. 00-87, University of Chicago Law School, 2000.

Richard POSNER i Anthony KRONMAN. *The Economics of Contract Law*, Little Brown, Boston, 1978.

Richard POSNER i William LANDES, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987.

- "Citations, Age, Fame, and the Web", 29 *Journal of Legal Studies*, 2000, p. 319.

Richard POSNER i Thomas PHILIPSON, *Private Choices and Public Health: The AIDS Epidemic in Economic Perspective*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1993.

- "The Long-Run Growth in Obesity as a Function of Technological Change", *Working Paper, John M. Olin Program in Law and Economics*, núm. 00-78, University of Chicago Law School, 1999.

Richard POSNER i Eric POSNER, "The Demand for Human Cloning", 27 *Hofstra Law Review*, 1999, p. 579.

Richard POSNER i Eric RASMUSEN, "Creating and Enforcing Norms, with Special Reference to Sanctions", 19 *International Review of Law and Economics*, 1999, p. 369.

Richard POSNER i Kenneth SCOTT, *Economics of Corporation Law and Securities Regulation*, Little Brown, Boston, 1981.

Richard POSNER i Katharine SILBAUGH, *A Guide to America's Sex Laws*, University of Chicago Press, Chicago, 1996.

Emily SHERWIN i Kevin CLERMONT, "A Comparative View of Standards of Proof", *University of San Diego School of Law, Public Law and Legal Theory, Working Paper 32*, 2001.

Alan SOKAL i Jean BRICMONT, *Impostures Intellectuelles*, Editions Odile Jacob, Paris, (1997).

Richard H. THALER, *Quasi-Rational Economics*, Princeton University Press, Princeton (NJ), 1993.