

InDret

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

Fernando Gómez
Universitat Pompeu Fabra
Facultad de Derecho

Barcelona, abril 2002

www.indret.com

* Agradezco los comentarios y sugerencias de Nuno Garoupa y Pablo Salvador. La responsabilidad por los errores que resten es, desde luego, sólo mía.

Sumario

1. [Por qué merece la pena leer a Posner](#)
2. [Las tres líneas de la obra de Posner y la ubicación de Frontiers of Legal Theory](#)
3. [Economía, utilitarismo y regulación del discurso público \(con una dosis de economía política empírica\)](#)
4. [Historia, mito y algo de teoría de la posesión](#)
5. [Emociones, normas sociales y sistema jurídico](#)
6. [Procedimiento, prueba y métodos estadísticos](#)
7. [Conclusión](#)

1. Por qué merece la pena leer a Posner

Recensionar un libro del Juez Richard Posner es una labor que implica cierto riesgo: el de llegar perpetuamente tarde. En el tiempo que uno emplea en leer y recensionar una de sus obras, él ha escrito algunas más.

Así ha ocurrido con *Frontiers of Legal Theory*. En lo que, incluso para alguien tan prolífico como él¹, constituye un verdadero alarde de fecundidad académica, desde junio de 2001, en que se publicó *Frontiers of Legal Theory*, hasta hoy, Posner ha publicado dos libros más, *Breaking the Deadlock: The 2000 Election and the Courts* (Princeton University Press, 2001) y *Public Intellectuals. A Study of Decline* (Harvard University Press, 2001), y ha sacado a la luz una segunda edición de su clásica introducción al Derecho de la competencia, *Antitrust Law* (University of Chicago Press, 2001)².

Leer asiduamente sus libros y acaso escribir una reseña esporádica de alguno de ellos exige, pues, someterse a la disciplina de un ritmo de lectura de un solo autor mucho más acelerado que el habitual en los medios jurídicos académicos. A pesar de ello, y apenas sin excepciones, es una disciplina que resulta, en último extremo, muy productiva.

No es ésta la sede, ni yo la persona, más indicada para pronunciar una *laudatio* de Richard Posner. Sin embargo, creo que no está fuera de lugar, antes de abordar específicamente el *Frontiers of Legal Theory*, tratar de aclarar las razones por las que la obra de Posner merece la atención de los juristas españoles, situados en un sistema jurídico alejado (geográficamente, al menos; la distancia personal, conceptual y operativa se acorta visiblemente) del norteamericano, al cual Posner para algunos paradigmáticamente representa (y muy a gusto y a conciencia, podríamos decir).

Está claro que Richard Posner es una figura muy destacada en el mundo jurídico norteamericano. Y éste constituye sin lugar a dudas, para bien y para mal, el más extenso y poderoso sistema jurídico del presente. Posner es uno de los jueces federales más respetados e influyentes; uno de los juristas académicos más citados³ del mundo de habla

¹ En su página web, el juez Posner cita como publicados más de 24 libros (sin contar las sucesivas reediciones, en ocasiones, casi reescrituras, de algunos de ellos) y más de 250 artículos en revistas especializadas. Por añadidura, Posner es uno de los jueces más prolíficos en ponencias de toda la magistratura federal estadounidense. Es, además, coeditor de la *American Law and Economics Review*.

² En mi descargo (o tal vez no; es dudoso que ser lector voraz de las obras de Posner no sea, al menos para algunos, un demérito) debo decir que ya he leído *Breaking the Deadlock: The 2000 Election and the Courts* y *Public Intellectuals*, y que estoy ahora leyendo la 2ª edición del *Antitrust Law*.

³ Como se encarga de divulgar el propio Posner, muy dado recientemente a los estudios bibliométricos de impacto: Richard Posner and William Landes, "Citations, Age, Fame, and the Web" 29 *Journal of Legal Studies* (2000), p. 319; 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.

inglesa; columnista habitual en periódicos y revistas de gran tirada en los Estados Unidos y una voz muy conocida en el panorama intelectual general de ese país; una figura pública de relevancia internacional: recuérdese, fue el mediador designado por el Tribunal en el caso *Microsoft*, uno de los casos más notables, cuantitativa y cualitativamente, de las últimas décadas. En definitiva, es una celebridad⁴ (al menos en el modesto sentido en que ello es posible en un sector con un grado de visibilidad y atractivo para el gran público tan reducido como es el jurídico).

En la academia jurídica, sobre todo fuera de los Estados Unidos, Posner es identificado con el análisis económico del Derecho. Se le considera, y no injustificadamente, como su principal exponente y propagandista, así como, tal vez no tan justificadamente, como uno de sus principales teóricos.

Antes de continuar, debo advertir que ambas caras del personaje suponen para mí un activo y, en abstracto, un aliciente para que uno se interese por su obra. La cultura jurídica norteamericana (sobre todo la académica, pero no sólo ésta) me resulta atractiva por muchos conceptos y su influencia más allá de sus fronteras me parece, globalmente considerada, positiva. En cuanto al análisis económico del Derecho, para los lectores de InDret no debe ser un misterio mi convicción acerca de las importantes aportaciones que la Economía y, más en general, las ciencias sociales, pueden realizar al conocimiento y al funcionamiento de los sistemas jurídicos. Pero aun dando por sentado que ambos rasgos sean factores positivos en la formación de la voluntad de un hipotético lector, creo que el interés principal de las obras de Posner no radica en ninguno de ellos. Ni su condición de celebridad en el mundo jurídico norteamericano ni su papel en el análisis económico del Derecho constituyen los principales alicientes para acercarse a las mismas.

En primer lugar, Posner no es en realidad tan representativo de la cultura jurídica norteamericana como pudiera parecer en un principio. Fundamentalmente porque Posner sigue siendo, ante todo, un académico, como atestiguan con claridad su biografía, sus inclinaciones y su acercamiento al sistema jurídico. Sólo secundariamente es juez, por muy productivo y distinguido que haya llegado a ser en la judicatura federal. Y contra el mito que aún prevalece en muchos juristas europeos, la cultura jurídica norteamericana es una cultura de abogados, no de jueces⁵, y no digamos ya de profesores de Derecho o de

⁴ Entre otras muestras, la revista electrónica *Slate* le ha solicitado la publicación de su diario.

⁵ Estados Unidos es, por ejemplo, uno de los países del mundo con una menor *ratio* de jueces por abogado. Sobre esta caracterización de la cultura jurídica estadounidense, véase, 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); 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 y ss.; Robert Kagan, *Adversarial Legalism. The American Way of Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (2001).

funcionarios⁶. En este sentido, la posición de Posner en el sistema jurídico norteamericano, aunque ilustre, no es central. Además, por razones que se harán más evidentes al abordar *Frontiers of Legal Theory*, Posner no participa de uno de los mitos compartidos y alimentados por la profesión jurídica, en Estados Unidos y en otros lugares: el sistema jurídico es prioritariamente un ámbito en el que se debate y se persigue la justicia. Su visión del Derecho y de sus mecanismos de aplicación, aunque no pueda calificarse de nihilista, es demasiado escéptica, distante e instrumentalista para poder considerarse representativa de una cultura jurídica determinada y, en particular, para que la cultura jurídica norteamericana se sienta reflejada en ella. Su credo es demasiado desencantado y científico y él está demasiado vivo para que ni la derecha ni la izquierda jurídicas norteamericanas lo conviertan en uno de esos héroes, gigantes o líderes del Derecho a los que tan aficionados son los juristas estadounidenses.

En cuanto al análisis económico del Derecho, qué duda cabe que Richard Posner ha realizado importantes aportaciones al mismo, en campos tan variados como el derecho de familia, la propiedad intelectual, el derecho constitucional, el sistema judicial o el derecho de daños. Pero su aportación más destacada ha sido fundamentalmente expositiva y divulgativa: su mejor obra de análisis económico del Derecho es su manual, ya clásico, *Economic Analysis of Law*⁷. En cuanto a vigor y habilidad de argumentación, y en cuanto a la ambición de cubrir con aplicaciones del análisis económico la totalidad del sistema jurídico, el libro no tiene rival. Pero, por regla general, Posner o sus obras no son ni el origen ni la exposición canónica de la teoría económica sobre el contrato, la responsabilidad civil, la litigación, el crimen o cualquier otro sector del sistema jurídico. En términos relativos, la teoría económica del Derecho debe menos a Posner que a otros analistas, en general no tan conocidos entre los juristas⁸. Aún más, es perfectamente defendible considerar que Posner es demasiado idiosincrático, que no es exactamente representativo, desde el punto de vista teórico y metodológico, del conjunto del análisis económico del Derecho, aunque la mayoría de los comentaristas entiendan otra cosa. E incluso, según algunos, que varias de sus posiciones teóricas son realmente muy inadecuadas para reflejar la teoría económica del Derecho: la eficiencia del *Common Law* y, en general, del Derecho de creación judicial; la idea de que el criterio normativo del sistema jurídico ha de ser la maximización de la riqueza social; el concepto restringido de eficiencia que excluye las cuestiones distributivas⁹. Sus planteamientos en muchos aspectos relativos a la regulación de

⁶ Al contrario que Alemania, típicamente una cultura jurídica de profesores y jueces, o que España, tradicionalmente y, en buena medida, aún hoy, una cultura jurídica de funcionarios.

⁷ Ya por la 5ª edición: *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, Nueva York, (1998).

⁸ Lo cual no es de extrañar, por cuanto muchos de ellos no son juristas, sino economistas, y publican de ordinario o, al menos, frecuentemente, en revistas no jurídicas y con un grado de formalización económica que dificulta enormemente la comunicación con la academia jurídica, no digamos ya con los juristas prácticos y los operadores jurídicos.

⁹ Sobre estas cuestiones, una perspectiva muy distinta a la posneriana desde dentro del análisis económico del Derecho, en Louis Kaplow y Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (2002).

comportamientos en materia familiar, sexual, criminal o constitucional no son compartidos por una mayoría de analistas económicos del Derecho, aunque hayan suscitado, a cambio, estimulantes y productivos debates con juristas, economistas, filósofos, teóricos de la política, psicólogos, etc.

¿Qué es, entonces, lo que hace insustituible la lectura de Posner? Primero, su excelencia como escritor. No creo que ningún jurista haya escrito en inglés como Posner, al menos desde el Juez Holmes. El estilo de ensayista de Posner es a la vez claro, brillante, imaginativo y preciso. Su capacidad retórica y dialéctica es simplemente extraordinaria, y sus habilidades polémicas, abrumadoras¹⁰.

Su escritura es directa e informativa, nada amiga de la oscuridad, la falsa densidad y los conceptos ininteligibles. Es, en la gráfica expresión en inglés, *no-nonsense* en su estado más puro. Nada hay más alejado (y gratificante, por comparación) de la aplastante prosa burocrática de la mayoría (afortunadamente, con algunas notables excepciones) de las monografías y tratados jurídicos españoles, y de la esotérica e incomprensible sucesión de exhuberancia conceptual y despliegue de cientifismo impostado de muchas obras de ciencias sociales¹¹. En definitiva, y al contrario de lo que ocurre con la mayoría de las obras jurídicas o de ciencias sociales de carácter académico, un lector culto que no sea jurista, o especialista en los asuntos que Posner analiza, leerá sus libros con gusto y provecho.

Además, la erudición, la amplitud de miras y la vastedad de espectro de intereses y análisis que demuestran las obras de Posner no tienen parangón en ningún jurista del presente. No parece existir un campo de la vida social con alguna proyección jurídica relevante que no haya sido objeto de su atención, así como de su permanente -e incómoda, para muchos de sus destinatarios- aspiración de sacudir y disipar los prejuicios o las opiniones desinformadas dominantes en este o en aquel terreno. Desde el comportamiento sexual¹²

¹⁰ Véase, por ejemplo, con qué ironía inicial y con qué contundencia es capaz de desacreditar a un oponente, en este caso, un conocido profesor conservador de economía de la Universidad de Chicago, John Lott, en relación con las elecciones presidenciales americanas 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 Véanse, como muestra, los ejemplos que traen a colación Alan Sokal y Jean Bricmont, *Impostures Intellectuelles*, Editions Odile Jacob, Paris, (1997). Desde luego, esta forma de escribir tiene también notables excepciones en las ciencias sociales, pero en buena medida (economía y algún sector de la teoría política) porque en algunos sectores de las ciencias sociales, por usar la expresión de Stigler, han resuelto el problema mediante el asesinato: han matado a la prosa y la han reemplazado por el álgebra.

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

hasta las enfermedades contagiosas (el SIDA, en especial¹³) o la clonación humana¹⁴, desde el envejecimiento¹⁵ hasta el *impeachment* del ex-presidente Clinton¹⁶, desde el papel público de los intelectuales¹⁷ hasta la obesidad¹⁸, las normas sociales¹⁹ o la interrelación entre el Derecho y la literatura²⁰. Además de, por descontado, la teoría del Derecho²¹ y todos los grandes sectores del sistema jurídico, tanto del Derecho privado (contratos, responsabilidad civil, competencia, familia) como del público (interpretación constitucional, derechos fundamentales, regulación de los mercados, proceso y organización judicial, delitos y penas) y algunas de las grandes figuras del Derecho en los Estados Unidos (Cardozo, Holmes)²². Y en todos ellos ha dado prueba de envidiable dominio de una fabulosa cantidad y diversidad de fuentes económicas, jurídicas, literarias, históricas, sociológicas, filosóficas y, de forma aún más sorprendente, biológicas y psicológicas. En especial, descuella su preocupación por obtener información de carácter empírico acerca de los distintos sectores sobre los que dirige su mirada. Para Posner, el primer paso de toda indagación intelectualmente provechosa ha de ser el de contar con los datos de la realidad, como referente y como obligado elemento de contrastación de las

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

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 y 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 y Eric Rasmusen, "Creating and Enforcing Norms, with Special Reference to Sanctions", 19 *International Review of Law and Economics* (1999), p. 369; Richard Posner y Gertrud Fremling, "Status Signaling and the Law, with Particular Application to Sexual Harassment", 147 *University of Pennsylvania Law Review* (1999), p. 1069; Richard Posner y 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 Press, Chicago, (1992).

proposiciones teóricas. Por razones que se harán explícitas más abajo, esta actitud es muy de tener en cuenta (y de imitar) entre los juristas, acostumbrados (y, frecuentemente, deseosos de seguir así confortablemente) a pensar que viven en un mundo normativo distinto del mundo real. Por otro lado, la entidad cuantitativa y cualitativa de sus fuentes de información no se recrea en fáciles alardes de erudición enumerativa, sino siempre, o casi siempre, se emplea a fin de ofrecer una base fáctica para sus posiciones, o para refutar posiciones ajenas insuficientemente fundadas o abiertamente hostiles u olvidadizas del pertinente apoyo en la realidad.

En lo que se refiere al Derecho, que es lo que nos toca más de cerca, esta manera general como escritor se traduce en una muy saludable –al menos para mí– aproximación al fenómeno jurídico. Una aproximación que podríamos calificar de instrumentalista y a la vez “ilustrada” a los sistemas jurídicos.

Para Posner, las reglas jurídicas de un ordenamiento dado sin duda responden, si bien de forma variable, a los valores y las preferencias –también las de carácter moral– dominantes en la sociedad en la que rige el mismo. Sin embargo, el sistema jurídico no es principalmente el ámbito donde se definen y se moldean tales valores y preferencias. Más modestamente, es una herramienta que permite reforzar, junto a otras (socialización, sistema educativo, religión, tecnología) la consecución de objetivos que la mayoría de la sociedad considera, por los motivos que fueren, deseables en un cierto momento histórico. Los textos legales no son textos sagrados o epístolas morales, ni las normas jurídicas son, ni tienen por qué ser, el oráculo de una justicia superior (y no por razones ontológicas, sino estrictamente epistemológicas: aunque realmente exista esa justicia superior, no tenemos medios de conocimiento y convicción aceptables para todos). En este sentido, su visión del sistema jurídico es abiertamente práctica e instrumental.

Pero a diferencia de otras corrientes activas en el pensamiento jurídico norteamericano, no se deriva de aquí una orientación negativa del sistema jurídico, como puro escenario y a la vez resultante de la lucha de poder y del dominio de unas clases sobre otras o de un sexo sobre el otro. Al contrario, según Posner, este instrumento que es el sistema jurídico, para cumplir su función de satisfacer preferencias sociales, precisa ser diseñado con inteligencia y manejado con diligencia, dedicación y eficacia. Ambas facetas –diseño y funcionamiento–, en particular, la primera, pueden y deben desarrollarse con el auxilio de los adecuados medios de conocimiento de la realidad natural y social. Aquí radica el carácter “ilustrado” (la sociedad es mejorable con ayuda de la razón) de su pensamiento: el sistema jurídico es mejorable mediante la contribución de las ciencias naturales y las ciencias sociales. Tal proceso, sin embargo, no puede llevarse a cabo desde dentro del propio sistema jurídico, es necesaria una visión exterior al mismo. Es éste el tema organizador de *Frontiers of Legal Theory*: el Derecho (y los juristas, por ende) *qua* Derecho, no puede con sus solas fuerzas mejorarse a sí mismo, precisa de un apoyo exterior, precisamente de lo que Posner llama, no sin cierta vaguedad, *Legal Theory*. No se trata de que la formación jurídica no sea

deseable o necesaria²³, sino de la simple constatación del hecho de que construir un barco y patronearlo son actividades distintas que requieren habilidades también distintas²⁴. Esta concepción esencial del sistema jurídico resulta abiertamente contradictoria con la consciente y satisfecha voluntad de “navegar dentro del sistema” (y sin ayuda de nadie, por añadidura²⁵), que inspira a la mayoría de los operadores jurídicos en España y, lo que es todavía más preocupante y llamativo, también a las Facultades de Derecho. Por eso, y aunque sólo fuera como desafío intelectual a la posición establecida entre nosotros, de forma que ante este revulsivo pudieran afinarse las razones que fundamentan nuestras convicciones dominantes sobre el sistema jurídico, ya merecería la pena acercarse a la visión del sistema jurídico y al programa de investigación y de trabajo que permean los libros de Richard Posner.

2. Las tres líneas de la obra de Posner y la ubicación de *Frontiers of Legal Theory*

En el conjunto de la obra de Posner, dentro de los rasgos generales que he indicado en el apartado anterior, es discernible con cierta claridad una división interna. De un lado está lo que podríamos denominar la porción más estrechamente académica de su producción, orientada fundamentalmente al estudio de algún sector (o de todos, como es el caso del *Economic Analysis of Law*) o problema del sistema jurídico mediante los instrumentos analíticos propios del *Law & Economics*. En este primer grupo se pueden encuadrar la mayor parte de los manuales, *casebooks* y tratados escritos por Posner²⁶, así como la mayoría de sus contribuciones en revistas jurídicas y económicas²⁷.

²³ Al contrario, Posner es un decidido partidario de la formación jurídica tradicional o “clásica” (en el sentido de las *National Law Schools* norteamericanas, claro): Richard Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, cit., p. 290 y ss.

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

²⁵ Por ejemplo, un tímido intento de incluir (o, al menos, de no excluir de raíz) expertos procedentes de otros sectores del saber (fundamentalmente de las ciencias sociales) como vocales de la Comisión General de Codificación fue rechazado en 1997 por el Ministerio de Justicia, más que por indeseable, por radicalmente incomprensible.

²⁶ Mucho más frecuentes en los setentas y ochentas que en su producción posterior: Richard Posner, *Economic Analysis of Law* (la 1ª edición es de 1973); Richard Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective*, University of Chicago Press, Chicago, (1976); Richard Posner y Anthony Kronman, *The Economics of Contract Law*, Little Brown, Boston, (1978); Richard Posner y Frank Easterbrook, *Antitrust: Cases, Economics Notes and Other Materials*, West, St. Paul (MN), (1980); Richard Posner y 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 y William Landes, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1987).

²⁷ Hoy recogidas en su mayor parte en Francesco Parisi (editor), *The Economic Structure of the Law: The Collected Economic Essays of Richard Posner*, 3 volúmenes, Edward Elgar, Cheltenham, (2000, 2001).

Otro grupo de obras es el que se centra en el comentario y análisis de asuntos o temas de actualidad política y social en los Estados Unidos, y que contienen o se relacionan con cuestiones jurídicas de un tipo u otro. Sin duda, los dos ejemplos más nítidos de este tipo son los libros que Posner ha dedicado a los problemas legales del ex-presidente Clinton y a la disputada elección presidencial norteamericana del 2000. Pero no son los únicos: sus libros acerca de la regulación de los comportamientos sexuales, la epidemia del SIDA, la vejez y el envejecimiento, y el papel público de los intelectuales son encuadrables mayoritariamente en este segundo grupo²⁸.

El tercer grupo, en el que se puede incluir *Frontiers of Legal Theory*, estaría compuesto por aquellos trabajos que se podrían considerar, en sentido amplio, como de teoría jurídica. Aunque ya se ocupó Posner de este tipo de cuestiones en los últimos setenta y primeros ochenta²⁹, no cabe duda que es a partir de la publicación de *The Problems of Jurisprudence* (1990) cuando adquiere continuidad y forma definida ese programa de reinterpretación del fenómeno jurídico en clave instrumentalista y pragmática. Y este programa no ha hecho sino desarrollarse y expandirse más tarde en *Overcoming Law* (1995), *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1999), *Frontiers of Legal Theory* (2001), y el anunciado y aún no publicado *Law, Pragmatism and Democracy* (2002).

Lo que caracteriza globalmente, dentro de este sector de obras de Posner, a *Frontiers of Legal Theory* es el énfasis en la necesaria perspectiva externa al sistema jurídico, la inevitabilidad de contar con un conjunto de saberes que permitan corregir o complementar la perspectiva interna, la específica de los juristas. Aquí, los capítulos del libro se organizan precisamente en torno a algunos de entre tales saberes auxiliares: economía, historia, psicología, epistemología. La elección es, en buena medida, arbitraria y de oportunidad y, en algún caso también, algo forzada. La razón estriba en que una buena parte del contenido del libro procede (y así lo confiesa el autor) de la reelaboración de artículos previos de Posner, algunos de los cuales manifiestan a las claras su carácter de encargo o de circunstancias y, por tanto, su sólo relativo o artificial encaje en el esquema general de la obra³⁰. Esta construcción del libro por agregación, reescribiendo y organizando trabajos anteriores en un esquema con un objetivo común no es, ni mucho menos, nuevo en la forma de hacer de Posner. Varias de sus obras previas responden a este patrón (*Economics of Justice*, *The Economic Structure of Tort Law*, *Aging and Old Age*, *Overcoming Law*, *The Problematics of Moral*

²⁸ Al igual que los artículos de revista dedicados a estos o similares temas.

²⁹ Richard Posner, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1981), así como diferentes trabajos de esta época acerca del utilitarismo y el análisis económico del Derecho, el valor de los conceptos de eficiencia y riqueza, etc. El principal objetivo de los trabajos de Posner de este grupo y esta época no es, sin embargo, el de ofrecer una visión pragmática y desmitificadora del sistema jurídico, sino la traducción de las nociones económicas de eficiencia en criterios normativos para el Derecho, y en particular su discutida y discutible propuesta de elevar la maximización de la riqueza social al rango de criterio normativo por antonomasia de las normas jurídicas.

³⁰ Por ejemplo, los capítulos 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).

and Legal Theory). Si bien la agregación y la coherencia interna entre ciertos capítulos puede resentirse en cierto grado, lo cierto es que Posner ha demostrado una extraordinaria habilidad para engarzar materiales diversos y, en ocasiones, palpablemente heterogéneos, en un hilo conductor con sentido, dentro de una línea de indagación sustancialmente unitaria. Este talento se despliega igualmente en *Frontiers of Legal Theory*. Aunque la distinta procedencia de las porciones sea a veces perceptible, en conjunto la arquitectura unitaria y la conexión con el propósito y la preocupación general de Posner por la construcción de una teoría interdisciplinar³¹ del Derecho resultan verosímiles. La cuestión es, desde luego, en qué medida esta intención global se halla bien servida por el tratamiento de las cuatro grandes áreas temáticas (correspondientes a los cuatro saberes auxiliares del Derecho que Posner ha escogido en esta ocasión).

3. Economía, utilitarismo y regulación del discurso público (con una dosis de economía política empírica)

De manera poco sorprendente, es la economía la perspectiva externa que abre *Frontiers of Legal Theory*. Lo hace, sin embargo, de forma algo curiosa, puesto que yuxtapone tres elementos bien distintos y de eficacia también diversa en pro de los objetivos declarados de Posner. El capítulo 1 reúne una sucinta introducción al análisis económico del Derecho como movimiento intelectual junto con un intento de trazar la influencia de Bentham en el mismo (no tanto del utilitarismo en sentido general como de la obra de Bentham específicamente). El capítulo 2 es un valioso intento de poner en términos económicos los rasgos generales de la jurisprudencia constitucional norteamericana sobre limitaciones a la libertad de expresión y regulación estatal del discurso público. El capítulo 3 vuelve a refundir elementos dispares, pues congrega una rápida revisión de los criterios normativos (en el sentido económico del término, es decir, de criterios de lo que debe ser la norma de bondad o deseabilidad social), insistiendo, aunque de forma más débil que en el pasado, en la idea de maximización del beneficio social, junto con una versión más reducida (y sin el completo análisis estadístico de regresión, aunque sí se presenta parte de él) de un trabajo previo³² que contempla la influencia relativa que el nivel de riqueza y el nivel de desigualdad en la misma tienen sobre el grado de estabilidad política de las distintas sociedades, a lo que se añaden por último algunas reflexiones metodológicas sobre el análisis coste-beneficio.

Para el lector algo versado en el carácter y supuestos de partida del análisis económico del Derecho, la mayor parte del capítulo 1 tiene un interés nada más que relativo, por cuanto no hace sino reiterar, aunque con la habitual brillantez expositiva de Posner, algunos de los rasgos distintivos del *Law and Economics* como movimiento intelectual: individualismo y

³¹ En el sentido fuerte de la expresión, esto es, con una dimensión externa, no jurídica, dominante.

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

racionalismo metodológicos, supuestos y modelos simples, consecuencialismo, resultados contradictorios con los de parte de las aproximaciones jurídicas tradicionales –y ofrece algunas ilustraciones, extraídas de sectores jurídicos dispares: maternidad subrogada, planes de pensiones de empresa, declaración de niveles de protección histórico-artística en las edificaciones-.

En cuanto al origen benthamiano del movimiento, la conclusión es más bien desalentadora (para los benthamitas). El utilitarismo filosófico de Bentham no ha tenido influencia directa en el análisis económico del Derecho (ni tampoco, más genéricamente, en lo que Posner denomina economía del *non-market behavior*, de la que el *Law and Economics* es la manifestación más destacada), ni tampoco indirecta a través de la economía del bienestar (con claros orígenes utilitaristas) o del realismo jurídico norteamericano (Holmes, entre otros, sobre el cual Bentham sí tuvo influjo directo). Ni siquiera su tratamiento de los delitos y de las penas, fuertemente emparentado con la visión global del Derecho penal prevalente en el análisis económico del Derecho, parece haber ejercido influencia alguna sobre éste: cuando Becker escribe el trabajo inaugural de esta aproximación económica al delito³³, desconocía las aportaciones de Bentham al respecto.

Todo ello es interesante, pero la verdad es que en esta ocasión Posner no ha indagado en algunas de las cuestiones que a mí me resultan más misteriosas en lo que toca a la relación entre Bentham y el moderno análisis económico del Derecho y, si se me apura, en cuanto a la relación entre Bentham y el propio Posner. Ambos son grandes desmitificadores del sistema jurídico, ambos comparten la mayor parte de los puntos de partida en su aproximación al Derecho (racionalismo, individualismo, afán por construir una perspectiva científica externa al sistema jurídico) y, sin embargo, las diferencias en sus resultados son más que patentes. Posner es el gran defensor de la eficiencia del *Common Law*³⁴, mientras que la enemistad de Bentham y su círculo hacia el derecho inglés es legendaria³⁵. Posner es considerado³⁶ por muchos, en especial en Europa, como representante de la derecha jurídica estadounidense, mientras que Bentham representaba el más extremo radicalismo jurídico de su tiempo³⁷.

³³ Gary Becker, "Crime and Punishment: An Economic Approach", 76 *Journal of Political Economy* (1968) p. 169 [hay traducción española en Ramón Febrero y Pedro Schwartz (editores), *La esencia de Becker*, Ariel, Barcelona, (1997)].

³⁴ Richard Posner, *Economic Analysis of Law*, cit., p. 271 y siguientes.

³⁵ Véanse las interesantes observaciones de Mill en sus memorias, John Stuart Mill, *Autobiografía*, trad. esp., Espasa Calpe, Buenos Aires, (1939), p.31.

³⁶ Injustamente, en mi criterio, al menos en lo que se refiere a cuestiones de regulación de la conducta personal.

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

El capítulo 3 contiene una primera parte emparentada con el capítulo 1: un recordatorio de los criterios normativos del análisis económico del Derecho, à la Posner, esto es, en su versión de la maximización de la riqueza social, pero con menos insistencia y menos convicción que en el pasado³⁸, y dando entrada a posibles críticas de raíz distributiva (p. 99-101), de forma que el atractivo de tal criterio es, en último extremo, de base pragmática y no conceptual ni, todavía menos, moral, como entendió en alguna lejana época el propio 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 transición al análisis empírico del influjo del nivel de riqueza y de igualdad en la estabilidad política de los países resulta, pues, relativamente suave.

El estudio estadístico de Posner muestra cómo, frente a la opinión común, sobre todo europea, que entiende que la igualdad en la distribución de la renta es un elemento insustituible para lograr altos niveles de estabilidad política y social, la evidencia empírica de las distintas áreas geográficas del planeta no permite apreciar una correlación estadística significativa entre igualdad económica y tranquilidad política. En cambio, la correlación existe, y es abrumadoramente positiva, si se emplea como variable independiente el nivel de renta de una sociedad (medida por el PIB *per capita*). En otras palabras, según Posner la reducción de la desigualdad no contribuye a mejorar significativamente la estabilidad de una sociedad, pero el aumento de su nivel de riqueza (de hecho, también la tasa de crecimiento económico en los 5 años anteriores reduce la inestabilidad, ya que no sólo los niveles globales de riqueza presentan la correlación positiva) sí produce tal efecto.

El problema que me suscita el análisis es de método y no de fondo. Estoy dispuesto a aceptar las implicaciones del modelo empírico de Posner e incluso algunas de sus explicaciones acerca del curso de la relación de causalidad me parecen acertadas: que no es tanto la desigualdad *per se* la que puede provocar la inestabilidad, sino la reacción emocional o moral ante la misma, o que una agresiva política de igualdad de oportunidades puede ser un sustitutivo eficaz de la redistribución de renta. No así su principal argumento causal: las sociedades ricas pueden permitirse un aparato de aplicación del Derecho suficientemente eficaz, no arbitrario y no excesivamente represor, de forma que la tranquilidad política está asegurada. Creo que ni el mejor sistema de *law*

³⁸ No en vano el criterio ha sido criticado, y con motivo, desde dentro del propio análisis económico del Derecho: Louis Kaplow y Steven Shavell, *Fairness versus Welfare*, cit., p. 35 y siguientes.

³⁹ Implícitamente parece estar recogiendo el argumento elaborado por Kaplow y Shavell: las cuestiones distributivas sí afectan a la eficiencia, pero el sistema impositivo y el gasto público están mejor situados que el sistema jurídico (entendido éste como las reglas generales del Derecho privado y público) para afrontarlas, de forma que es mejor diseñar y aplicar las normas jurídicas prescindiendo de los aspectos de redistribución: Louis Kaplow y 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.

enforcement puede disuadir el descontento mayoritario ante una muy desigual distribución de los recursos y, además, el argumento no podría explicar las diferencias de estabilidad política ocurridas entre países en el pasado, cuando los mecanismos de aplicación del Derecho eran, sin excepción, ineficaces, arbitrarios y brutales.

Pero insisto, mis dudas son fundamentalmente de posibilidad de conocimiento. La construcción de las variables dependientes en las regresiones de Posner es muy cuestionable⁴⁰. ¿Cómo podemos asignar valores mínimamente fiables a variables como el riesgo expropiatorio, el nivel de corrupción en el gobierno, el Estado de Derecho (*rule of Law*), la libertad, o incluso a los golpes de estado, muertes políticas y cambios ilegales de poder? Estas son las variables que trata de explicar Posner con sus regresiones. Como salta a la vista, el componente valorativo de la mayoría de ellas, el (muy escaso) grado de confianza que podemos asignar a los valores que les atribuyamos, y la inconsciente tendencia a medir tales variables con ópticas ligadas inextricablemente a niveles de riqueza de las sociedades respectivas hace muy arriesgado extraer conclusiones en el modo en que Posner lo hace. Desde luego, siempre es mejor tener alguna evidencia empírica, por imperfecta que sea, que no tener ninguna y conformarse con la historia, la intuición o, peor, con el prejuicio. Pero esto no implica que resulte apropiado fundar el análisis y, aún menos, la toma de decisiones políticas o jurídicas, sobre una base empírica envuelta en ese nivel de incertidumbre.

El capítulo central de esta sección es, para mí, el más interesante del trío. Siguiendo una inspiración de Mill, Posner entiende que la aproximación económica a la libertad de expresión no es incompatible con la habitual entre los juristas, basada en la consideración de la misma como derecho fundamental, necesaria expresión de la dignidad y libertad personal e ideológica, y fundamento del pluralismo político. Con la ventaja de la aproximación económica de que *“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 nos ofrece una condición de eficiencia que definiría el nivel de libertad de expresión (o, por la otra cara, el nivel de regulación pública del discurso constitucionalmente admisible):

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

⁴⁰ Esto no es exclusivo de Posner. Está de moda entre los economistas políticos y macroeconomistas la realización de trabajos de corte empírico sobre variables valorativas, del tipo de las empleadas por Posner. De hecho, la mejora reciente en la satisfacción del tratamiento estadístico de estas variables ha permitido avances importantes en sectores como el marketing, el análisis de mercados o los sondeos electorales o políticos.

⁴¹ Posner divide pH por $(1+d)^n$ a fin de someter a descuento los daños en función del número de unidades de tiempo (n) que transcurran entre el discurso y los daños. No es necesario para los objetivos de esta recensión introducir este elemento adicional de complicación.

siendo B los beneficios (para el conjunto de la sociedad), H el daño (para la sociedad) derivado de la expresión o discurso, O el impacto de ofensa (piénsese en la pornografía, la blasfemia o los insultos racistas o xenófobos) que el discurso provoca en otros, y A el coste para el sistema jurídico de regular (limitar, censurar, prohibir) un cierto discurso. Si se cumple la desigualdad anterior, el discurso debería estar amparado por la libertad de expresión y libre de control, censura o prohibición por el Derecho.

Pasa después Posner a considerar más en detalle las variables de su ecuación. En cuanto a los beneficios entiende, con buen criterio, que no cabe delegar la cuestión en los Tribunales para que formulen juicios caso por caso, sino que es posible y deseable que se realicen categorizaciones de carácter general: el discurso científico y el político⁴² merecen más protección que el económico y comercial, por ejemplo.

La determinación típicamente judicial, de acuerdo con Posner, sí cabe, al menos con más facilidad, para la parte derecha de la desigualdad. El carácter ofensivo o no se manifiesta de inmediato, una vez que el discurso es percibido, y Posner correctamente argumenta (contra su admirado Mill) que este tipo de impacto debe ser tenido en cuenta a la hora de prohibir o no el discurso. Sin embargo, lo que no tiene en cuenta es que en muchos casos lo que debemos incluir en el cálculo coste-beneficio no es el impacto negativo de la ofensa, sino, caso de ser menor (lo cual puede muy bien ser el caso en muchas situaciones, y explica por qué la regulación del discurso público supone una limitación geográfica, temporal o de tipo de destinatarios para reducir a la vez el impacto ofensivo del discurso y también el coste de evitar la exposición al mismo), el coste de evitar la exposición al discurso potencialmente ofensivo. En cuanto al daño, Posner entiende que, al contrario que el carácter ofensivo, no es cierto sino probabilístico: la pornografía puede (o no) causar un aumento de los delitos contra la libertad sexual, o las manifestaciones racistas pueden (o no) causar un incremento de las agresiones xenófobas. Es en este contexto en el que se debe entender la famosa doctrina constitucional norteamericana sobre el *clear and present danger*⁴³ como circunstancia legitimadora de la limitación de la libertad de expresión. Sin embargo, es posible ser más escéptico en cuanto a la capacidad de un Tribunal de Justicia acerca de la mayor o menor entidad del daño posiblemente resultante de un cierto discurso⁴⁴.

⁴² Incluso el primero por encima del segundo como, según Posner, muestra la experiencia de la decadencia española, italiana y portuguesa en la edad moderna, achacable más a la censura científica que a la propiamente política, religiosa o ideológica. El trato privilegiado al discurso político (y al científico) se fundamenta en su carácter de bien público en el sentido económico del término: véase Daniel Farber y Philip Frickey, *Law and Public Choice: A Critical Introduction*, University of Chicago Press, Chicago, (1991); Robert Cooter, *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, Princeton (NJ), (2000), p. 309 y ss.

⁴³ *Schenk v. US*, 249 U. S. 47 (1919), con ponencia del Juez Holmes.

⁴⁴ Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad que tiene un Tribunal de encontrar (o no) base real a una idea recientemente apuntada para prohibir y sancionar las expresiones racistas (*hate speech* en la expresión americana): al prohibirse las expresiones de este tipo, aumenta la varianza en la estimación que pueden hacer del número de racistas (complacientes con el crimen) aquellos racistas que podrían estar inclinados a agredir o a atentar contra la vida de los miembros de otra raza: Dhammika Dharmapala y Richard McAdams, "Words that Kill: A Economic Perspective on Hate Speech and Hate Crimes", *Illinois Law and*

4. Historia, mito y algo de teoría de la posesión

“*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). La elocuente aunque algo exagerada descripción de Posner no resulta tampoco muy desencaminada como retrato del mundo jurídico a este lado del Atlántico. ¿Cómo puede Posner conciliar esto con su, a estas alturas archisabido, programa instrumentalista, pragmático y economicista de acercamiento al fenómeno jurídico?

Pues con notable inteligencia, en lo que constituye uno de los mejores ensayos de Posner, desplegando al límite sus conocidas virtudes: brillantez de exposición, agudeza, erudición, disección inteligente de los prejuicios ajenos. Posner parte de la triple embestida de Nietzsche al cultivo científico de la Historia: empequeñecimiento de los mitos y los héroes del pasado, glorificación del progreso y del presente, y paralización de las energías de los vivos por contraste con las épocas pasadas. Y trata de adaptarla a la explicación de las actitudes de los juristas ante la historia.

De un lado, Posner reconoce que el pasado desempeña un papel no desdeñable en el funcionamiento del sistema jurídico. Sobre todo en los aspectos institucionales del Derecho, mucho más que en los de contenido de las reglas, lo que ocurrió ayer (o mucho antes) influye decisivamente sobre el presente. El Derecho es un sistema social que muestra en grado extremo la *path-dependence*: las alternativas que adoptamos en el pasado influyen en la elección de opciones que corresponde hoy, porque la historia acumulada ha generado unos enormes costes de cambio (*switching costs*). Pero este reconocimiento no implica que el cambio sea imposible, o que la tarea central del Derecho sea la de perpetuar una situación heredada, o la de tratar de escudriñar la verdad histórica sobre una cierta institución o regla. La información histórico-jurídica no es relevante por sí misma, como verdad histórica que debamos acatar. Debe ser un instrumento para organizar el presente y contribuir a resolver nuestros problemas jurídicos de hoy.

Posner piensa que la mayor parte del uso de la historia por parte de los juristas es fundamentalmente retórica: “*the legal profession’s use of history is a disguise that allows the profession to innovate without breaching judicial etiquette...*” (p.154). Y es bueno que sea así. Lo catastrófico es cuando el pasado, lo decidido anteriormente, o lo interpretado por algún jurista fallecido hace largo tiempo, se convierten en objetos venerables por sí mismos. En particular, es nefasto el autoengaño en que pueden incurrir algunos al pensar que la historia puede –y debe- ofrecernos la solución a nuestros dilemas jurídicos actuales. Hay muchas y buenas razones para prestar atención a lo que se decidió o se pensó (sobre todo a

Economics Working Paper Series N° 00-34, (2001). Mi impresión es que la teoría es, no sólo poco verosímil, sino sobre todo, incontrastable empíricamente delante de un Tribunal de Justicia que tenga que decidir si sanciona o no unas manifestaciones de corte racista o xenófobo.

lo primero) en el pasado, pero son razones de orden práctico, utilitario, no metafísicas ni epistemológicas. Así, debemos atender al pasado por motivos de *path-dependence* sobre nuestra conducta actual; por falta de información sobre el presente que necesite ser complementada con la del pasado; por respeto, en su caso, al principio de igualdad en la aplicación de la ley; por mantener la confianza legítimamente despertada; por economía de esfuerzo de los juristas: “*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 descalificación del Derecho histórico por 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 puede estar más de acuerdo.

Tras haberse enfrentado a la derecha jurídica historicista (Bork y otros originalistas), en el capítulo 5 dirige su crítica a la izquierda historicista en la teoría constitucional (Ackerman) y en la teoría cultural histórica del Derecho (Kahn). Pero en el capítulo 6 se enfrenta a un enemigo intelectual mucho más formidable: Savigny.

Conocida la animadversión de Posner por el historicismo, no es de extrañar que frente al proyecto savignyano de una ciencia del Derecho basada en el estudio histórico y en el respeto y veneración de las fuentes romanas, así como en el papel central del jurista académico puro, Posner, siguiendo la crítica que ya en el XIX dirigió contra Savigny su admirado Holmes, levante su propio modelo de “teoría del Derecho” fundada en el consecuencialismo y en una teoría racionalista (económica) del comportamiento humano. Sus armas se cruzan en un *locus* clásico de la teoría de los derechos reales: la posesión. Decidir cuál de los dos proyectos contrapuestos sale vencedor, en el sentido de ofrecer un entendimiento de la función de las reglas jurídicas sobre la posesión, es algo que dejo al criterio del lector.

5. Emociones, normas sociales y sistema jurídico

El capítulo 7 se dedica al papel de las emociones en el Derecho. Desde luego, no pretende ni mucho menos realizar un estudio exhaustivo, ni referir casos llamativos de incidencia o consecuencias emocionales del sistema jurídico. Tras una breve pero sugestiva introducción a los aspectos cognitivos y motivacionales de las emociones, se concentra en la relevancia de éstas para ciertos aspectos del Derecho penal. Junto a otros temas de interés local norteamericano (*Victim Impact Statements* en casos de pena de muerte, por ejemplo) se ocupa de dos cuestiones muy en boga en la teoría penal en los Estados Unidos.

La primera es la de los crímenes racistas (o de odio, en general, *hate crimes*). Posner argumenta contra la tendencia dominante en su país de permitir una agravación de las penas contra quien agrede o mata a un miembro de una minoría racial o religiosa, atacando en especial la justificación ofrecida para ello por la *Supreme Court*: los *hate crimes* pueden provocar delitos en represalia, provocan daño emocional a las víctimas y generan alarma social. Posner entiende que detrás de estas afirmaciones no hay más que la utilización del

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

Derecho penal como expresión de una plataforma política, lo cual no resulta muy recomendable como política criminal: la peligrosidad de la conducta es, en su criterio, el factor que debe gobernar la magnitud de las penas, y la peligrosidad no está correlacionada necesariamente con la presencia motivaciones racistas o similares en la intencionalidad del autor del delito.

Sin embargo, lo cierto es que desde el punto de vista económico⁴⁶ hay razones sólidas para optar por la solución contraria a la auspiciada por Posner: el beneficio marginal de sancionar los delitos motivados por odio racial es plausiblemente más alto que en un delito similar carente de esa motivación (porque los beneficios psicológicos para su autor derivados de la comisión del delito colocan a sus autores en la parte alta de la distribución de delincuentes, es decir, entre los más inclinados a cometer el delito); si se tienen en cuenta los costes de defensa y prevención de los miembros de las minorías amenazadas, una elevación de la sanción resulta igualmente aconsejable. Por supuesto, además, si la motivación racista se considera *per se* perversa e indigna de entrar en el cálculo del bienestar social, el modelo económico estándar de delitos y penas⁴⁷ aconseja subir la pena respecto de la que se impondría a aquellos otros delitos en los que la motivación (económica, pasional, etc.) no resulta como tal excluida de la función de bienestar social.

La segunda es la de las penas vergonzantes (o humillantes, como con mayor precisión aunque menor expresividad prefiere denominarlas Posner): esta clase de penas es igualmente eficaz pero menos costosa socialmente en su imposición que las privativas de libertad, por cuanto se aprovechan de un mecanismo que presenta caracteres de “bien público” como son las sanciones sociales de reprobación, ostracismo y similares.

Posner, con buen criterio, esboza algunas razones frente a la adopción o proliferación de esta clase de penas: eliminación de la prevención especial, futilidad de las sanciones sociales en los casos (muchos en la realidad) en los que el criminal es ya un paria para la sociedad, reforzamiento de lazos en subsectores de criminalidad dentro de la sociedad, privación del valor expresivo de las penas de prisión o de multa como señal de que incluso los criminales son tratados como personas, esto es, como fines, y no como medios. No desarrolla, sin embargo, explícitamente aquí (sí lo apunta, en cambio, en el capítulo 9 sobre normas sociales), el que tal vez sea el argumento de mayor peso: la extrema indeterminación en la magnitud de la sanción que implican estas modalidades de castigo. Los factores de que depende la magnitud de la reacción social en que consiste el principal elemento punitivo de una pena infamante son muy difícilmente previsibles y controlables por el sistema jurídico (mucho más, al menos, que las penas de multa o de prisión), lo que aumenta la variabilidad de la magnitud de la sanción y hace mucho más difícil que el

⁴⁶ Véase Dhammika Dharmapala y Nuno Garoupa, “Penalty Enhancement for Hate Crimes: An Economic Analysis”, Working Paper, Georgetown University Law Center (2001).

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

sistema jurídico pueda fijar el nivel óptimo de prevención (que combina probabilidad y magnitud de la sanción)⁴⁸.

El capítulo 8 supone un repaso (en el doble sentido de la palabra) a uno de los últimos *trends* en la teoría jurídica en los Estados Unidos: el *Behavioral Law and Economics*. El análisis económico del Derecho, como la teoría microeconómica que le sirve de sustrato, presuponen el comportamiento racional de los individuos que operan o están sujetos al sistema jurídico. Ahora bien, este presupuesto general de racionalidad no asume, ni mucho menos, que el *Law & Economics* entienda que todos los sujetos, de hecho, actúen racionalmente en todas las circunstancias. Es evidente que, en buen número de casos, los individuos se apartan de este patrón de racionalidad, sobre todo en presencia de incertidumbre sobre las condiciones existentes y sobre los resultados de las diferentes opciones de conducta. Su memoria puede resultar escasa, lo mismo que sus habilidades cognitivas a la hora de procesar información. Pueden equivocarse al operar con probabilidades, verse influenciados por el *statu quo* o por la forma en la que se formula una pregunta o se presenta un asunto. Pueden, además, tener la voluntad anulada o debilitada por restricciones externas o internas. Igualmente, tienen percepciones y opiniones en términos de justicia acerca de las distintas conductas o resultados posibles, lo que sin duda desempeña un papel motivacional no desdeñable. Todos estos son problemas reales que obligan a aceptar con mayor cautela los resultados del análisis sustentado en el presupuesto de la acción racional, pero no a abandonarlo y, con ello, a echar por tierra el intento de explicar de manera coherente y consistente la incidencia sobre el comportamiento de los sujetos de factores externos, entre los que destaca el sistema jurídico.

Estas y otras limitaciones de la racionalidad individual han sido subrayadas por psicólogos y economistas críticos con el predominio de la *rational choice theory*⁴⁹. Más recientemente, estas inquietudes han tenido eco en el análisis del sistema jurídico a través del llamado *Behavioral Law and Economics* que indaga en las consecuencias para el entendimiento de las normas jurídicas de tres fenómenos (o clases de fenómenos, más bien): racionalidad limitada, voluntad limitada y egoísmo limitado. La mejor introducción a estas cuestiones es el trabajo de Christine Jolls, Cass Sunstein y Richard Thaler, "A Behavioral Approach to Law and Economics"⁵⁰, que es el que Posner examina y critica en *Frontiers of Legal Theory*. En esencia, el argumento de Posner es doble: de un lado, el enemigo creado por el *Behavioral Law & Economics* es un enemigo ficticio, creado *ad hoc* para arremeter contra él: "*the model of hyperrational, emotionless, unsocial, supremely egoistic, omniscient, utterly selfish, nonstrategic man (or woman) operating in conditions of costless information acquisition and*

⁴⁸ Esta cuestión es considerada por extenso por Eric Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (2000), p. 92 y siguientes.

⁴⁹ Por ejemplo, véase, Richard H. Thaler, *Quasi-Rational Economics*, Princeton University Press, Princeton (NJ), (1993).

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

processing" (p. 256) no es ya desde hace años el modelo de comportamiento racional que presuponen el análisis económico del Derecho ni la teoría económica.

Pero además, el *Behavioral Law & Economics* se rinde demasiado pronto, y sin lucha, ante una evidencia basada en experimentos (no, por tanto, en magnitudes mensurables y contrastables) que con frecuencia, ni por su dimensión ni por sus condiciones, generan implicaciones empíricas estadísticamente significativas. Por añadidura, conductas perfectamente conciliables con el más exigente racionalismo, como el altruismo recíproco, la solidaridad grupal y la señalización de tendencias o rasgos socialmente valiosos pueden explicar muchos de los fenómenos observados experimentalmente, sin tener que recurrir a las limitaciones de la racionalidad, de la voluntad o de la satisfacción de las propias preferencias. En definitiva, hay razones para ser cautelosos en cuanto a los presupuestos de racionalidad, y refinar los análisis basados en éste a fin de lograr una aproximación más afinada a la realidad del comportamiento humano, pero no hay, ni de lejos, razones sólidas y acreditadas para abandonarlo. Todavía menos cuando la alternativa, el *Behavioral Law & Economics* es demasiado insegura, maleable y poco generalizable como para constituir una teoría del comportamiento de los agentes y los destinatarios del sistema jurídico que tenga un nivel de potencia predictiva mínimamente comparable a la del análisis económico del Derecho.

El último capítulo de la sección psicológica es el dedicado a las normas sociales. Para nadie que siga con un mínimo de asiduidad la literatura jurídica norteamericana le resultará sorprendente la inclusión de un capítulo de esta clase, a la vista de la proliferación del interés académico en los últimos 5 años o así⁵¹ acerca de las normas sociales y su interacción con las jurídicas.

Posner comienza realizando una taxonomía de los distintos mecanismos de sanción de las normas sociales: automáticos (quien camina por el lado contrario al de todos los demás sufre constantemente molestias y encontronazos), internos (sentimiento de culpa y vergüenza), externos (bilaterales y multilaterales o sociales). El análisis se centra en estos últimos y, en particular, en el problema de subprovisión de sanciones multilaterales, dado que la sanción al transgresor de una norma social es costosa para el ciudadano sancionante, mientras que todos los miembros de la sociedad se benefician, sin asumir el coste, del *enforcement* así conseguido. En definitiva, la sanción de las normas sociales es un bien público en sentido económico, lo que *prima facie* nos hace esperar un problema de infraproducción. ¿Qué papel tienen las normas jurídicas en relación con las normas sociales y su sanción?

Desde luego, las sanciones jurídicas impuestas y aplicadas por las autoridades públicas suponen en muchos casos un refuerzo muy poderoso e insustituible de las sanciones sociales. En especial en el caso de las conductas socialmente más destructivas es difícil pensar que pudieran alcanzarse niveles mínimamente aceptables de prevención sin la

⁵¹ Aunque el arranque de todo es, sin duda, el clásico de Robert Ellickson, *Order Without Law. How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, Cambridge (MA), (1991).

intervención represora estatal. Otras veces, en cambio, la intervención del sistema jurídico contradice o debilita la imposición de sanciones sociales (el duelo es el caso histórico universalmente más conocido). Pero lo más sugestivo es que el sistema jurídico facilita de formas más sutiles la imposición de sanciones sociales, fundamentalmente de dos maneras. Primero, haciendo menos costosa la imposición individual de la sanción: una persona que duda de imponer una sanción social a quien considera transgresor de una norma de la comunidad se verá más inclinada a hacerlo si la conducta transgresora está, además, legalmente prohibida, porque podrá defenderse con ayuda estatal de la posible represalia del sancionado y, además, la posible recompensa pública en términos de aumento de estimación será posiblemente mayor. Segundo y, probablemente con efecto más importante, porque las normas jurídicas permiten la coordinación implícita de los potenciales sancionantes: el individuo puede inferir de la existencia de la prohibición legal que la mayoría de la población condena esa conducta que él percibe como contraria al código de conducta de su comunidad, a la vez que permite la existencia de juegos de coordinación en la sanción iniciados por las propias autoridades públicas. En otras palabras, las reglas jurídicas pueden servir de *focal points* que permiten una mejor coordinación, y por tanto una mayor eficacia, en la imposición descentralizada de sanciones sociales⁵².

El capítulo se cierra con un esbozo, muy embrionario pero sugestivo, sobre economía de las religiones. Alguno de los temas apuntados: influencia de la religiosidad en el nivel de renta; la competencia entre el Estado y las religiones en la creación e inculcación de normas de conducta; métodos religiosos y métodos racionales de persuasión; la competencia entre religión y ciencia.

6. Procedimiento, prueba y métodos estadísticos

Los norteamericanos llaman *Law of Evidence* a aquel sector del Derecho procesal que se ocupa de reglamentar el flujo de información a los decisores jurídicos, en particular a los Tribunales de Justicia. Una de las cuestiones más llamativas en la comparación con el sistema jurídico de los Estados Unidos es precisamente la falta de trascendencia que tal sector presenta en los sistemas jurídicos europeos continentales, por contraste con su carácter central en la organización del proceso norteamericana⁵³.

En los capítulos 11 y 12 Posner trata de ofrecer una aproximación económica a esta cuestión, analizando incluso, a la luz de las implicaciones de la misma, las diferencias europeo-norteamericanas. De manera poco sorprendente, Posner entiende que las reglas sobre prueba constituyen un problema análogo al de la búsqueda en economía, y que el

⁵² Véase, Richard McAdams, "A Focal Point Theory of Expressive Law", 86 *Virginia Law Review* (2000), p. 1649. Más en general sobre mecanismos de coordinación, Joseph Farrell, "Cheap Talk and Coordination", en Peter Newman (editor), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, T. I, MacMillan, Londres, (1998), p. 224.

⁵³ Véase, por ejemplo, Emily Sherwin y 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).

objetivo de las mismas debería ser el de ofrecer incentivos a las partes y, en su caso, al juzgador en un proceso (civil, penal, o de otra clase, si existe) para que la inversión marginal en la adquisición de información nueva atinente al objeto del proceso se iguale con el beneficio marginal derivado de esa información fáctica adicional. Obviamente, este beneficio debe ser beneficio para la sociedad en términos de ganancia de precisión y adecuación a la realidad de los hechos⁵⁴, y no meramente privado en términos de incremento de la probabilidad de salir victorioso del pleito.

El principal instrumento analítico para traducir esta condición de optimización del bienestar social mediante las reglas sobre prueba es la regla de Bayes, que establece las condiciones para la estimación de la probabilidad posterior (actualizada, mejorada) de un cierto hecho o evento, dada una nueva evidencia o información relativa al mismo, en función de la probabilidad previa del evento y del valor probatorio de dicha evidencia o información adicional:

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

Donde H es el evento, I la evidencia, H/I es el evento dada la evidencia e I/H es la evidencia dado el evento⁵⁵.

Desde luego, asignar valores precisos a las respectivas probabilidades no es cosa fácil ni siquiera con el mejor y más costoso apoyo pericial imaginable, y convertir a nuestros jueces (o a los norteamericanos, no hay diferencia en este aspecto) en expertos en inferencia estadística es, no sólo casi imposible, sino también indeseable con alta probabilidad. Pero la utilización por los Tribunales de este tipo de enfoque en relación con las reglas sobre prueba presenta ventajas indudables. Además de permitir disipar los prejuicios, epistemológicamente insostenibles, acerca de la posibilidad de conocimiento de la verdad por los Tribunales, puede mejorar significativamente la comprensión de la incidencia de las mismas sobre el comportamiento procesal de las partes y el aprovechamiento por parte del juzgador de las aportaciones de evidencia fáctica al proceso. *“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*

⁵⁴ Que aumentar la exactitud en el conocimiento de los hechos a los que se aplican las normas jurídicas genere un beneficio para la sociedad es algo incuestionable en términos económicos (y probablemente también morales). Piénsese simplemente en el hecho de que si las sanciones jurídicas se impusieran con total desperdicio a la realidad de los hechos, es decir, de forma aleatoria, la sanción esperada por la violación de las reglas jurídicas sería cero: tanto da respetar como no respetar las normas, porque la sanción esperada es la misma, al ser la probabilidad de sanción independiente de la conducta.

⁵⁵ Posner, p. 343, emplea otra versión de la regla de Bayes, exactamente equivalente a la que aparece en el texto, pero formulada en términos de *likelihood ratio*. La diferencia es irrelevante a los efectos de la función que el razonamiento bayesiano debe cumplir en el Derecho procesal.

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 pasa luego a comparar dos tipos ideales puros de organización del proceso, en lo que a búsqueda y aportación de información se refiere, el contradictorio y el inquisitorial. Aunque advierte que la versión del segundo que se analiza en *Frontiers of Legal Theory* no es sino una exageración o caricatura del sistema procesal de los países europeos continentales, todavía se queda corto, en especial si se piensa en el proceso civil. Los Derechos europeos prefiguran en la práctica un sistema *adversarial*, no muy distinto al norteamericano, pero con dos importantes diferencias: entre nosotros no hay jurado en asuntos civiles y tampoco hay *discovery* en el sentido fuerte de la expresión (a pesar de, por ejemplo, normas como el art. 328 LEC). Comprensiblemente, Posner considera, frente a recientes críticas en su propio país, que el modelo contradictorio puro genera incentivos más adecuados para alcanzar los niveles óptimos (recuérdese, aquellos definidos por la igualdad entre coste marginal y beneficio marginal) de aportación de prueba al proceso que el inquisitorial puro. La razón fundamental estriba en el hecho de que el *adversarial system* es esencialmente un esquema de competencia entre las dos partes, en que los incentivos a presentar prueba son más altos cuanto mayor es el interés que se ventila en el proceso y cuanto más ajustado es el predominio de una sobre otra en las cuestiones de hecho (aspectos ambos que hacen eficiente invertir más en prueba), mientras que el *inquisitorial system* es un sistema de monopolio judicial en la búsqueda de la verdad de los hechos.

En realidad, es muy poco probable que ninguno de los dos sistemas sea realmente eficiente. El contradictorio, porque existe una clara discrepancia entre el beneficio social y el beneficio privado de presentar nuevas informaciones al proceso: el beneficio social es la ganancia de exactitud en la aplicación de la Ley, el privado es simplemente la ganancia en el pleito. El inquisitorial, porque es muy dudoso que el esquema de incentivos de los jueces les induzca a realizar su indagación de la verdad de los hechos hasta el punto en el que el coste marginal⁵⁶ de las pruebas adicionales se iguala con el beneficio marginal. Lo que sí es plenamente compatible del argumento de Posner es la implicación que el análisis tiene para el diferente papel que el *Law of evidence* tiene en uno y otro sistema. En el contradictorio puro, esa divergencia entre incentivo privado e incentivo social puede mitigarse mediante reglas, hechas efectivas por el juez, que limiten o excluyan la aportación de ciertas pruebas por las partes y sus abogados. En cambio, esto no es posible en el sistema inquisitorial puro, porque el Juez no puede limitarse a sí mismo, y es poco probable que la revisión en el juicio oral o en vía de recurso pueda alcanzar la misma eficacia.

Posner analiza a continuación la teoría de la carga de la prueba. Es indudable que las decisiones de los jueces y tribunales requieren la apreciación y valoración de circunstancias o sucesos que no están a su disposición, sino a la de las partes en el proceso o a la de terceros.

⁵⁶ Que no soporta el propio juez, por añadidura, sino las partes, terceros o el contribuyente.

Cuando con referencia a esas circunstancias se habla de carga de la prueba, se está haciendo mención a dos aspectos separables en el plano teórico: para poder adoptar una decisión fundada, el juez o tribunal ha de adquirir un cierto grado de convicción acerca del acaecimiento de aquella circunstancia, pero para ello es necesario que alguna de las partes le proporcione los elementos probatorios que le permitan alcanzarlo. Las reglas sobre carga de la prueba comprenden, pues, de un lado, la determinación del umbral de certidumbre que requiere el juzgador para satisfacer la pretensión y, de otro, la determinación de cuál de las partes ha de suministrar las pruebas para alcanzar dicho umbral, so pena de recibir una decisión adversa sobre el fondo del asunto si no lo hace.

En el ámbito jurídico norteamericano, ambos aspectos son analizados independientemente dentro de la genérica *burden of proof*: se habla así de *burden of persuasion*, *level of confidence* o *standard of proof* para referirse al primero, frente a *burden of production* o *burden of proof* en sentido estricto.

En España y, en general, en Europa, no se realiza con nitidez –o no se realiza en absoluto– la distinción entre las dos vertientes de la carga de la prueba. Tal vez ello se deba a que implícitamente se considera que sólo hay un nivel de confianza o convicción jurídicamente admisible en el juzgador acerca del acaecimiento de un cierto suceso⁵⁷. Este nivel sería el de la plena certeza, esto es, el correspondiente a una probabilidad de acaecimiento del 100%. No me cabe duda de que este supuesto implícito no refleja la realidad del funcionamiento de los sistemas jurídicos y, más aún, no es en absoluto deseable como objetivo. Piénsese en el nivel de prevención civil, administrativa o penal que traería consigo una exigencia de este rigor en el convencimiento del juez, tribunal o autoridad sancionadora.

Se define entre nosotros habitualmente carga de la prueba como regla de decisión o de juicio que permite al juzgador resolver la controversia en favor de quien no está sometido a ella, en caso de que la prueba aportada no sea concluyente. Sería esencialmente una regla que posibilitaría evitar el *non liquet* cuando se produce un empate entre los litigantes en cuanto a la convicción de la verdad o falsedad del suceso suscitada en el juzgador. Esta noción, sin embargo, presenta una dificultad: en términos estadísticos, empate quiere decir que la convicción del juzgador con respecto al acaecimiento del suceso en cuestión, tras el

⁵⁷ Véanse las nutridas referencias francesas y alemanas que recogen Emily Sherwin y Kevin Clermont, “A Comparative View of Standards of Proof”, cit., en el sentido de que el juzgador debe estar convencido sin sombra de duda del acaecimiento del evento. En este sentido, es también interesante observar cómo los estándares de nivel de convicción en el ámbito civil y en el penal tienden a confundirse o identificarse en Europa, mientras que la separación entre el *beyond reasonable doubt* penal y la *preponderance of the evidence* civil es muy nítida en los Estados Unidos. Es verdad, sin embargo, que en España la jurisprudencia constitucional [STC 13.12.193 (RTC 1993\367)] y la del Tribunal Supremo [SSTS 20.2.1989 (RAJ 1989\1215); 27.11.1995 (RAJ 1995\9803); 28.3.2000 (RAJ 2000\2500)] han señalado que la presunción constitucional de inocencia no es aplicable a los asuntos civiles. Posner justifica de alguna manera la menor diferencia europea entre los niveles de persuasión civil y penal de la siguiente 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). El inconveniente es que el argumento de Posner explicaría que el umbral de confianza en materia penal se redujera para aproximarse al civil, pero lo que ocurre, al menos en

proceso y la eventual prueba presentada en él, es exactamente del 50%. Si la distribución de la probabilidad del suceso es continua, la probabilidad efectiva de que coincida exactamente con el 50% es, en la práctica, inexistente, y ello aunque la convicción del juzgador previa al proceso fuera precisamente de un 50% (en términos más técnicos, que la probabilidad posterior en sentido bayesiano sea justo de 0,5 es prácticamente imposible, aun cuando la probabilidad previa fuera de 0,5).

Además, la concepción de la carga de la prueba dominante en la doctrina española sitúa el centro de atención en el sujeto equivocado –el juez o tribunal-, en lugar de orientarla hacia aquéllos cuyo comportamiento –el probatorio, pero también el extraprocesal- es verdaderamente relevante: las partes en el litigio. Lo decisivo de la carga de la prueba es que se trata de un instrumento estratégico en manos del legislador y de los jueces y tribunales que permite inducir los comportamientos procesales y extraprocesales deseados. En relación con la carga de la prueba la preocupación del sistema jurídico no es académica, ni de epistemología de la función judicial, sino pragmática, como lo es en el resto de las materias. Su objetivo es el de regular comportamientos en el mundo real. Para despejar todos estos malentendidos prevalentes entre nosotros la lectura de *Frontiers of Legal Theory* es especialmente recomendable en esta materia.

El capítulo 12 se dedica fundamentalmente a analizar la eficiencia de distintas reglas que limitan la presentación de información y utilización de pruebas en el proceso penal. Algunas son típicamente americanas (*limiting instructions against inadmissible evidence*, evidencia del carácter de una persona, evidencia sobre comportamiento posterior a los hechos). Otras tienen un alcance más general (por ejemplo, todas ellas están recogidas o, al menos, encuentran sustento en el art. 24.2 CE): confidencialidad abogado-cliente, privilegio de no declaración contra el cónyuge y otros familiares, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a no confesarse culpable, la inadmisibilidad de pruebas obtenidas ilegalmente. La interpretación económica de Posner es más compartible en unos casos (el derecho a no confesar: de no existir, aumentaría el nivel general de mentira en los acusados- los culpables mienten más que los inocentes-, con lo cual se reduce el nivel de credibilidad de las declaraciones de los acusados, incluidos los no culpables) que en otros (el derecho del cónyuge a no declarar: de no existir, aumentaría dentro del matrimonio la desconfianza, la falta de compañerismo y, en definitiva, la inestabilidad matrimonial), pero en todo caso resultan una alternativa muy sugestiva frente a las habituales interpretaciones de tono moralista o simplemente comparatista de los derechos constitucionales en el proceso penal.

apariciencia, en la mayoría de los países europeos es justo lo contrario: es el umbral en materia civil el que se eleva para acercarse al de la materia penal.

7. Conclusión

El éxito de Posner en su intento de construir y hacer funcionar una teoría del Derecho fundamentalmente externa al fenómeno jurídico, tal y como se manifiesta en *Frontiers of Legal Theory*, es, al menos en mi criterio, variable, por las razones que he tratado de hilvanar en las páginas precedentes. Pero que la intentona no sea satisfactoria en el 100% de los casos no desacredita el proyecto ni el programa de investigación que hay detrás. El acercamiento en clave pragmática, consecuencialista, y con apoyo en los métodos y resultados de las ciencias naturales y sociales, que es la aproximación que Posner representa, es la mejor alternativa académica que existe hoy para comprender y mejorar los sistemas jurídicos. En todo caso, es una visión que incluso los más críticos con sus presupuestos de partida deberían conocer a fondo. *Frontiers of Legal Theory* ofrece una excelente oportunidad para ello. Y *Law, Pragmatism and Democracy*, que no tardará en llegar conociendo el ritmo de producción de Posner, volverá a darnos ocasión para seguir su evolución.

Bibliografía

Gary BECKER, "Crime and Punishment: An Economic Approach", 76 *Journal of Political Economy*, 1968, p. 169 (hay traducción española en Ramón Febrero y Pedro Schwartz (editores), *La esencia de Becker*, Ariel, Barcelona, 1997).

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

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

Dharmika DHARMAPALA y 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 ELLICKSON, *Order Without Law. How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, Cambridge (MA), 1991.

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

Joseph FARRELL, "Cheap Talk and Coordination", en Peter Newman (editor), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, T. I, MacMillan, Londres, 1998, pág. 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”, en 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 y 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 y Steven Shavell, - “Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income”, 23 *Journal of Legal Studies*, 1994, pág. 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 (trad. esp., Espasa Calpe, Buenos Aires, 1939, págs. 205).

A. Mitchell POLINSKY y Steven SHAVELL, “The Economic Theory of Public Enforcement of Law”, 38 *Journal of Economic Literature*, 2000, pág. 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, pág. 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* (segunda edición de *Antitrust Law: An Economic Perspective*), University of Chicago Press, 2001.

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

Richard POSNER y Gertrud FREMLING. "Status Signaling and the Law, with Particular Application to Sexual Harassment", 147 *University of Pennsylvania Law Review*, 1999, pág. 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 y Anthony KRONMAN. *The Economics of Contract Law*, Little Brown, Boston, 1978.

Richard POSNER y 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, pág. 319.

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

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

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

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

Emily SHERWIN y 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 y Jean BRICMONT, *Impostures Intellectuelles*, Editions Odile Jacob, Paris, (1997).

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