

¿SON EFICIENTES LAS DECISIONES
DE LOS JUECES NORTEAMERICANOS
EN LOS “CASOS DIFÍCILES”?
LAS VACÍAS RESPUESTAS DEL ANÁLISIS
ECONÓMICO DEL DERECHO¹

ARE THE DECISIONS
OF THE AMERICAN JUDGES
IN “HARD CASES” EFFICIENT?
THE EMPTY ANSWERS PROVIDED
BY THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

*Carlos Diego Martínez Cinca**

Resumen

En este trabajo se analizan los argumentos que Richard Posner y la escuela del análisis económico del Derecho han intentado proporcionar por más de cuarenta años en torno a la supuesta conducta maximizadora de los jueces y la aparente evolución del *Common Law* en términos de eficiencia. Se abordan para ello los enfoques “normativos”, como también los “empírico-descriptivos” habituales en dicha escuela. En ambos casos, el resultado del análisis muestra las inconsistencias de las respuestas brindadas por Richard Posner y el análisis económico del Derecho.

Palabras claves: Análisis Económico del Derecho, Derecho comparado, argumentación jurídica, racionalidad, Richard Posner.

¹ El presente trabajo es resultado de las investigaciones realizadas en el marco del proyecto FONDECYT Posdoctorado 3120252: “Insuficiencias del análisis económico del Derecho frente a los casos difíciles. Claves para la superación del pragmatismo consecuencialista de Richard Posner desde el horizonte de los bienes humanos básicos de John Finnis”.

* Doctor en Filosofía por la Universidad Nacional de Cuyo (Argentina). Miembro del Grupo de Filosofía Práctica de la Universidad de los Andes (Chile). Artículo recibido el 16 de enero de 2013 y aceptado para su publicación el 4 de marzo de 2013. Correo electrónico: cdmartinez@miauandes.cl

Abstract

The arguments advanced by Richard Posner and the *Law & Economics* movement in the last forty years for an alleged rational behavior of the Common Law Judges and its evolution towards efficiency are analysed and discussed in this paper. It focuses on both “normative” and “positive” approach of the economic analysis of judicial behaviour. The analysis shows some inconsistencies in Posner’s own theory.

Key Words: Law & Economics, Common Law, legal reasoning, rationality, Richard Posner

Uno de los esfuerzos más interesantes que se han llevado a cabo en los últimos 40 años de la *Legal Theory* anglosajona para tratar de explicar la racionalidad o la lógica seguida por los jueces norteamericanos en la asignación de derechos, es sin dudas el desarrollado por la escuela conocida como *Law and Economics*, o AED. Dicha escuela, cuyo nacimiento se suele circunscribir a una serie de trabajos pioneros que en la pasada década de los sesenta intentaron desentrañar la lógica económica “implícita” en el *Common Law*² (al menos en los núcleos más importantes del mismo: el *Tort Law* –Derecho de daños– y el *Nuisance Law* –Derecho de las inmisiones–), se ha caracterizado siempre por una particular tensión argumentativa que en ninguna otra escuela jurídica parece haberse manifestado con tanta intensidad y en ninguna otra, por cierto, se ha resuelto tan abiertamente en contra de lo que sus postulados epistemológicos de base parecían prometer en los comienzos.

La tensión a la que me refiero es a la existente entre el enfoque *descriptivo* y el enfoque *normativo* del Derecho. Se trata de una tensión más bien lateral o secundaria a los problemas medulares de la ciencia jurídica –eminentemente normativa–, pero que el AED ha importado, al parecer, de su ciencia madre –la economía *neoclásica*–, en cuyo seno, ya a fines del siglo XIX, se comenzó a discutir si la economía debía ser solamente una ciencia “positiva” o también una ciencia “normativa”³.

Por su parte, la solución que parece contradecir sus postulados epistemológicos de base es la propiciada por su principal líder intelectual, Richard Posner, quien por más de cuarenta años ha buscado infructuosamente la posibilidad de transformar lo que en principio parecía ser un epifenómeno

² Ronald COASE, “The Problem of Social Costs”, pp. 1-44; Guido CALABRESI, “Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts”, pp. 499-553; Armen ALCHIAN, “Some Economics of Property Rights”, pp. 816-829.

³ Joseph A. SCHUMPETER, *History of Economic Analysis*, pp. 7 y ss.

más del “imperialismo económico” en una teoría jurídica capaz de explicar cómo los jueces resuelven o *deberían resolver* los “casos difíciles”. Dicha solución es concretamente la renuncia a elaborar una teoría *normativa* del Derecho a partir del enfoque positivo de la economía *neoclásica*, lo que en términos filosóficos ha significado un “atrincheramiento tras las murallas del pragmatismo”⁴ y la claudicación final en el intento por elevar el Derecho al estadio propio de una “auténtica” ciencia⁵. La claudicación de Posner ha significado el toque de retirada y el abandono de toda pretensión de elevar el AED al carácter de una teoría general del Derecho, o más modestamente, de pretender que el AED pueda proporcionar una teoría cuando menos plausible de las decisiones judiciales en los llamados “casos difíciles”⁶.

Pero la tensión entre el enfoque *descriptivo* y el enfoque *normativo* del Derecho es más bien aparente, como intentaré mostrar en este trabajo, ya que el éxito o el fracaso de ambos enfoques parecen estar indisolublemente unidos –como sostiene Paul Heyne⁷– y en todo caso la insuficiencia de cualquiera de los dos arrastrará al otro en su fracaso por explicar cómo funciona la lógica jurídica (enfoque positivo) o cómo deberían argumentar los jueces en los “casos difíciles” (enfoque normativo). De hecho, ambos enfoques echan amarras en el único puerto que tiene la capacidad de albergar las ingentes contribuciones que desde los años sesenta al presente se han hecho en aras de erigir el análisis económico como una verdadera teoría jurídica. Dicho puerto es la teoría de la justicia elaborada por Richard Posner con el nombre de *maximización de la riqueza*.

La teoría de la maximización de la riqueza no se identifica sin más con el *utilitarismo* craso del que Posner intentó tomar distancia en un

⁴ Richard POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, pp. 392 y ss.

⁵ Hacia 1970 Posner estaba convencido de que merced al “formalismo jurídico” y a los vicios inherentes a la lógica deductiva defendida por éste y su autosuficiencia, el Derecho no había logrado alcanzar, todavía, un estadio “científico”. El AED lo haría ingresar en él. Richard POSNER, “An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration”, p. 37 *etpassim*; “Economic Approach to Law”, pp. 757-782. En cuanto a su oposición al formalismo jurídico y la “autosuficiencia del Derecho”, *The Problems...*, *op. cit.*, pp. 424 y ss.

⁶ La distinción entre “casos fáciles” y “casos difíciles” que aquí seguiré procede de Neil MacCormick, *Legal Reasoning and Legal Theory*, caps. 5 y 6. Según el profesor escocés, “casos fáciles” son todos aquellos en los que se parte de premisas que no son discutidas (no se necesitan argumentos para su justificación) y, en consecuencia, arriban a conclusiones aceptables que no requieren mayores esfuerzos argumentativos. “Casos difíciles”, por el contrario, son aquellos que presentan dificultades ya en la premisa normativa (problemas de relevancia o de interpretación), ya en la premisa fáctica (problemas de prueba o de calificación), y por consiguiente requieren de esfuerzos argumentativos mucho más amplios que los que pueden brindar los analistas económicos del Derecho.

⁷ Paul HEYNE, *Are Economists Basically Immoral?*, p. 376.

trabajo fundamental publicado en 1979⁸. Pretende ser tanto una teoría moral como una teoría jurídica, ya que entraña aspectos esenciales en torno a cómo asignar los derechos fundamentales (no sólo los derechos emergentes de un contrato, sino también los derechos pertenecientes a la categoría de los *derechos básicos*), es decir, a quién se debe reconocer tales derechos y por qué razones. Ello supone tanto una directiva que deberían adoptar los jueces en sus sentencias y los legisladores en sus políticas legislativas, cuanto una explicación de la evolución efectiva del *Common Law* a la luz del principio de la eficiencia. De allí se desprenden las dos tesis fundamentales del AED en cuanto a la teoría jurídica: una tesis *normativa* y una tesis *histórica* del Derecho. La segunda, por su lado, es parte integrante del enfoque *positivo* más amplio del AED⁹.

Si bien la mayoría de los proponentes del AED insiste –a mi juicio equivocadamente– en que no es necesaria la unión de ambos enfoques, y admiten que no existen razones de peso que exijan su mutua dependencia, en algún momento Posner ha creído y sostenido la necesidad de su mutua referencia, sobre todo en la década de los ochenta cuando el AED comenzaba a sufrir los primeros embates provenientes de una importante cantidad de *legal scholars*¹⁰. Sus esfuerzos en defensa de la tesis normativa obedecieron a la clara comprensión de que del éxito de la empresa dependía que el AED no terminara siendo simplemente una rama más de la economía aplicada. En los últimos años Posner ha reconocido la importancia de las críticas metodológicas y morales realizadas a su enfoque y ha desistido de cualquier teoría normativa del Derecho, pero continúa no obstante utilizando sus propios métodos descriptivos, y numerosos autores, menos sensibles que él a sus limitaciones, continúan tras su huella –como sostiene Campbell¹¹– desarrollando aparentes “explicaciones económicas” de la argumentación jurídica¹².

⁸ Richard POSNER, *Utilitarianism, Economics, and Legal Theory*, pp. 103-140.

⁹ En rigor habría que decir “hipótesis” normativa e “hipótesis” histórico-descriptiva, pues ninguna de las dos ha sido “probada”, ni con datos empíricos ni con argumentos convincentes, como demostraré en el cuerpo de este trabajo.

¹⁰ En un artículo clave de 1981 a quienes criticaban que el AED pudiese proporcionar tanto una descripción adecuada como un principio normativo rector del Derecho de Daños, les contestaba que “aunque comúnmente la diferencia entre el análisis positivo y el normativo es de gran importancia en las discusiones del Derecho, en este caso es irrelevante”, y quienes creen que “la teoría de la justicia correctiva (...) es necesariamente un rival del enfoque económico se equivocan; la concepción aristotélica, al menos, no lo es” (Richard POSNER, “The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law”, p. 188).

¹¹ Tom CAMPBELL, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, p. 149.

¹² En uno de sus libros más recientes, Posner ha terminado colocando la teoría del análisis económico de la argumentación jurídica como una más entre nueve teorías rivales, de

En un trabajo anterior se han mostrado las inconsistencias teóricas y prácticas que afectan la tesis de la maximización de la riqueza en tanto tesis normativa del Derecho¹³. En el presente trabajo me interesa mostrar las insuficiencias del enfoque descriptivo del AED en torno a la argumentación jurídica, es decir, la insuficiencia de un enfoque que adopta el punto de vista “externo” de un observador imparcial y procura describir cómo se comportan los jueces, qué lógica siguen y cómo hacen evolucionar el Derecho, renunciando para ello a toda consideración “interna” que pueda atender mínimamente a los argumentos o razones que normalmente brindan los jueces a la hora de impartir justicia.

Posner sostiene que su enfoque parte del supuesto esencial de que los jueces son “racionales” en el sentido en que cualquier persona lo es según el particular modo de entender la “racionalidad” común a los analistas económicos del Derecho (es decir, persiguiendo fines instrumentales y egoístas de acuerdo a una particular función de utilidad), pero reconoce que su enfoque no puede explicar el *contenido* de las decisiones judiciales¹⁴. Sin embargo, esta limitación del punto de vista “externo” del AED a la postre debilita cualquier intento por explicar cómo es posible que el *Common Law* –o cualquier otro sistema jurídico en el que la argumentación de los jueces desempeñe un papel clave– esté fundado en la eficiencia, y que la eficiencia constituya la clave esencial mediante la cual los jueces hagan evolucionar la jurisprudencia. Ninguna teoría de la conducta humana (de un sujeto cualquiera, pero particularmente de un sujeto en tanto *juez*) podrá ser tomada seriamente en cuenta si renuncia a brindar una somera explicación de cuáles son las *razones* por las que ese sujeto hace lo que hace, o como dice Dworkin, si al menos no brinda una teoría argumentativa o motivacional de la conducta humana que sea plausible¹⁵.

Mi objetivo en el presente trabajo es mostrar las insuficiencias del enfoque descriptivo del AED en torno a la argumentación jurídica, y para ello procederé de la siguiente manera:

- 1) En la primera sección caracterizaré el enfoque descriptivo que Posner realiza del *Common Law*, procurando poner de manifiesto,

las cuales sólo una (la teoría *legalista* o del *formalismo jurídico*) es “normativa” en el sentido fuerte de la expresión, es decir, en el sentido de brindar una explicación acerca de cómo debería ser el “contenido” de la argumentación jurídica. Por otra parte, reconoce dificultades insalvables a la teoría descriptiva del AED. R. POSNER, *How Judges Think*, pp. 37 y ss.

¹³ Carlos D. MARTÍNEZ CINCA, “Maximización de la riqueza y asignación de derechos en Richard Posner”, pp. 323-351.

¹⁴ Richard POSNER, “What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)”, pp. 39-40.

¹⁵ Ronald DWORKIN, *A Matter of Principle*, p. 266.

de manera objetiva, las razones que lo empujan a incurrir en una contradicción como la que surge al afirmar, por un lado, que el *Common Law* está dotado de una lógica económica “implícita”, y señalar, por el otro, que el *Common Law* es un gigante “de pies de barro”, pues su jurisprudencia tiene fundamentos débiles, ya que “reposa sobre precedentes altamente discutibles”;

- 2) En la segunda sección analizaré los argumentos que esgrime Posner para defender su hipótesis de la eficiencia como clave evolutiva del *Common Law*. En esta sección quedará de manifiesto que al no existir evidencias empíricas que avalen la hipótesis, el enfoque descriptivo carece de fuerza probatoria *per se*, y depende exclusivamente de la persuasión “política” que el enfoque normativo pueda provocar, pues orbita continuamente en torno a argumentos que carecen de la supuesta base empírica que el AED estaba destinado a procurar.

El corolario final de mi análisis pondrá al descubierto que la aparente “cientificidad” del AED es débil e inconsistente, si entendemos por “cientificidad” la posibilidad de probar con evidencias la evolución eficiente del *Common Law* y proveer, por consiguiente, una base sólida para la argumentación jurídica.

1. Contradicciones en el enfoque “descriptivo” del *Common Law*

En la sexta y última edición de su “manual” –que como todo libro de texto tiene un carácter sintético, complexivo y a la vez depurador de las distintas posiciones adoptadas por su autor a lo largo de toda una vida– Posner distingue con aparente sencillez un AED *positivo* y un AED *normativo*, aunque admite que en realidad habría que decir que la teoría procedente del AED tiene tanto “aspectos positivos” como “aspectos normativos”¹⁶.

El enfoque *positivo* del AED es “un intento por explicar las normas legales y sus resultados tal como son más bien que por cambiarlos o mejorarlos”, y en tal sentido pretende demostrar que

“muchas áreas del Derecho, y en especial –aunque no únicamente– los ámbitos principales del *Common Law* en derechos de propiedad, daños, delitos y contratos, llevan la estampa del razonamiento económico”¹⁷.

¹⁶ Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, p. 24.

¹⁷ POSNER, *Economic Analysis... op. cit.*, p. 25.

Es ésta la tesis central del enfoque *positivo* o *descriptivo* del AED: los principales ámbitos del *Common Law* responderían a una lógica económica. Que lleven la estampa del razonamiento económico no significa, como Posner aclara numerosas veces, que cada uno de los principios invocados y de las doctrinas comúnmente seguidas por los jueces del *Common Law* respondan a la lógica de la eficiencia; significa más bien que para el observador *externo* –y no necesariamente para sus principales actores– el Derecho se explica mejor en su evolución y en su carácter sistemático si se lo mira a la luz de la lógica económica. En cambio, quienes efectivamente han contribuido a la evolución y desarrollo del *Common Law* (sus principales actores: los jueces), no necesariamente han sido o debido ser conscientes de dicha lógica, como admite Posner¹⁸. En definitiva, la lógica de la eficiencia es de tal versatilidad que siempre es posible “explicar” *a posteriori* cualquier acción humana, pero eso no significa que la acción humana se haya realizado *conscientemente* según dicha lógica.

La idea de un Derecho impregnado de lógica económica no es privativa del AED de matriz “posneriana” (el “nuevo AED” según su propia expresión¹⁹). Semejante idea había sido esbozada y desarrollada por el institucionalismo de John Commons en la década de 1920²⁰ y una década más tarde por el movimiento conocido como *realismo jurídico norteamericano*, un movimiento que ha tenido una importante influencia en el “nuevo” AED²¹. Sin embargo, por diversas razones, que han sido analizadas en numerosos trabajos académicos, tal idea no contó con el beneplácito de la mayoría de los juristas norteamericanos en su momento. La idea de un Derecho impregnado de lógica económica tuvo que esperar más de medio siglo para ser recibida con mayor entusiasmo en algunos círculos de la *Legal Theory*.

Pedro Mercado Pacheco ha brindado una interesante explicación de las razones histórico-dogmáticas que habrían contribuido a la aceptación de aquella antigua tesis, ahora renovada y radicalizada por Posner, en el ámbito de la *Legal Theory* anglosajona. Algunas de esas razones tendrían

¹⁸ POSNER, *The Problems...*, *op. cit.*, p. 372 *et passim*.

¹⁹ La expresión “nuevo” AED la emplea Posner precisamente para diferenciarse de aquellos precursores –los *realistas* norteamericanos, como Oliver W. Holmes– que no fueron bien recibidos por el “formalismo jurídico” imperante en la época. RICHARD POSNER, “Economic Approach to Law”, pp. 758 y ss.; “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987”, pp. 761 y ss.

²⁰ JOHN R. COMMONS, “Law and Economics”, pp. 371-382.

²¹ Para una rigurosa demostración de las influencias discursivas, metodológicas y epistemológicas del realismo jurídico norteamericano en el autodenominado “nuevo” análisis económico del Derecho, véase la tesis doctoral de DEBORAH LYNN SPENCER, “History and Discourse in Law and Economics: 1920-1985”, pp. 51 y ss.

que ver con la profunda crisis experimentada al seno de la tradición jurídica nacida del *Common Law* en su intento por dotar de alguna lógica interna al sistema de resolución de los llamados “casos difíciles”. La fractura y el posterior fracaso del *realismo jurídico* norteamericano, como también el escepticismo radical que parece haberse apoderado de aquella tradición con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, sumados a la creencia de que una profunda arbitrariedad reinaba en el fondo del conjunto de decisiones judiciales propias del *Common Law*, habrían contribuido a la pérdida de confianza en el Derecho como una “disciplina autónoma” y a la consiguiente necesidad de buscar la lógica jurídica fuera del propio Derecho, es decir, en la economía, y más específicamente, en la que por entonces se presentaba como la corriente principal (*mainstream*) de la ciencia económica: la economía *neoclásica*²².

Pero antes de analizar qué entiende exactamente Posner por lógica económica es necesario prestar especial atención al particular carácter del sistema jurídico identificado con la expresión *Common Law*. Su traducción al español como “Derecho Civil” o “Derecho Privado” no es adecuada, no solamente por el carácter codificado que el Derecho Civil de tradición romanista posee, a diferencia de aquél, sino también por otras importantes peculiaridades que es necesario tener en cuenta en relación a uno y otro sistema. Por otra parte, la traducción literal como “Derecho Común” resulta engañosa para el lego y carece de sentido para el profesional del Derecho, por lo que parece conveniente entonces conservar la expresión en su idioma original, con tal que se entienda bien lo que ella designa. Parte del relativo éxito del AED en la tradición jurídica anglosajona se puede explicar, precisamente, por las particularidades del *Common Law*.

En primer lugar, Posner admite que la expresión *Common Law* suele tener tres distintas acepciones:

“Se usa para designar el cuerpo de principios aplicados por las Reales Cortes de Derecho en la Inglaterra del siglo XIX (excluyendo así el *Admiralty Law* y el *Equity Law*, pero incluyendo algo del *Statutory Law*); las áreas del Derecho que han sido creadas en gran parte por los jueces

²² Pedro MERCADO PACHECO, *El Análisis Económico del Derecho*, pp. 186 y ss. La interpretación de Mercado Pacheco encuentra sustento en las propias referencias autobiográficas de Posner, que en un artículo de 1987, titulado “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987”, luego incorporado con algunas correcciones en el decimocuarto capítulo de *The Problems of Jurisprudence*, muestra cómo el fin del consenso político y de las ideologías en los sesenta contribuyó notablemente (en su persona y en el clima de la jurisprudencia norteamericana) al descrédito del Derecho en cuanto disciplina independiente y “auto-suficiente”. Richard POSNER, “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987”, pp. 761-780; *The Problem... op. cit.*, pp. 424 y ss.

antes que por las legislaturas como consecuencia de la resolución de los casos; o cualquier área del Derecho modelada en gran parte por los precedentes judiciales”²³.

En la segunda de las acepciones señaladas, que es la seguida en general por el propio Posner en su “manual”, se incluyen las tres importantes áreas del *Property Law*, *Law of Contracts* y *Law of Torts* (Derecho de Propiedad, con exclusión de la propiedad intelectual, Derecho de los Contratos, y Derecho de Daños respectivamente, correspondiendo el primero de ellos a los Derechos Reales y el último a una rama especial del Derecho de las Obligaciones). Esta correspondencia permite entender, en parte, por qué las principales investigaciones académicas del AED en países como Argentina, por ejemplo, se han dado casi en su totalidad en estas tres áreas, como ha puesto de manifiesto Horacio Spector en un exhaustivo relevamiento bibliográfico²⁴.

Sin embargo, en *The Problems of Jurisprudence* –una obra de mayor envergadura filosófica, por cierto, que su “manual”– Posner emplea *Common Law* en el sentido más amplio que cabe darle a la expresión, es decir, como

“cualquier cuerpo de Derecho creado fundamentalmente por los jueces a través de sus decisiones más que por los autores de los reglamentos (*Statutes*) y de las constituciones”.

En ese sentido, la expresión *Common Law* es empleada también para designar el Derecho Marítimo, el Derecho de Familia e incluso el Derecho Penal, aunque los jueces que intervengan en su creación no sean estrictamente jueces del *Common Law*, en el sentido técnico en que los juristas emplean la expresión²⁵.

Esta aclaración es importante, porque si bien numerosas veces sostiene Posner que no es tarea de los jueces promover una adecuada distribución del ingreso ni preocuparse por los aspectos inherentes a la justicia distributiva –pues los jueces se encuentran imposibilitados de perseguir otra meta que no sea la eficiencia²⁶– en lugar de significar eso

²³ POSNER, *Economic Analysis...*, *op. cit.*, p. 31. No tenemos, en la tradición jurídica europea y continental (por oposición a la anglosajona) una rama del Derecho similar al *Equity Law*, aunque sí al *Statutory Law*, que podría equivaler a nuestro Derecho Administrativo. En cuanto al primero, era el Derecho aplicado por un tribunal inglés específico creado aproximadamente en el siglo xv que buscaba atenuar el rigor de los fallos procedentes de las Cortes del *Common Law*.

²⁴ HORACIO SPECTOR, *Elementos de Análisis Económico del Derecho*, Anexo A, pp. 206 y ss.

²⁵ POSNER, *The Problems...* *op. cit.*, p. 247.

²⁶ POSNER, *Economic Analysis...* *op. cit.*, p. 26.

un estorbo a la aplicación del AED más bien posibilitaría su extensión a todas las áreas del Derecho. En efecto, dejando por ahora de lado la discusión de si los jueces persiguen o no otras metas además de la eficiencia, lo decisivo aquí es que todo el Derecho parece ser entonces campo propicio para la aplicación del AED, porque ¿qué área o rama del Derecho –especialmente en el *Common Law*– puede sustraerse a la evolución que la propia jurisprudencia le imprime, entendiendo por jurisprudencia, en un sentido amplio, la interpretación de las leyes que los jueces hacen de manera uniforme? Todo el Derecho evoluciona, en efecto, de la mano de la jurisprudencia, y si la eficiencia es la clave de bóveda del *Common Law* en un sentido técnico estricto, nada impediría entonces que dicha clave se extendiese por imperio de una *nueva* jurisprudencia a todas las áreas del Derecho, como Posner pretende que ha ocurrido en los Estados Unidos de Norteamérica²⁷.

Pero además otra importante característica del *Common Law* favorecería, en parte, la idea de que todo el Derecho pudiese responder finalmente a la racionalidad de un único principio rector, de carácter arquitectónico, como Posner pretendía demostrar a comienzos de los ochenta, y hasta permitiría explicar parcialmente la aceptación que tal propuesta tuvo al seno de la *Legal Theory* anglosajona tras una época de relativa crisis²⁸.

La tradición jurídica anglosajona tiene, indudablemente, una clara impronta empírica e inductiva, como afirma Laclau²⁹. Ya Hegel advertía a principios del siglo XIX que “los principios abstractos y universales no

²⁷ La pretensión de Posner no encuentra respaldo en las evidencias empíricas (que a tal efecto son las sentencias procedentes de los tribunales norteamericanos en los que se invocan de un modo u otro las teorías del AED); el AED, al menos en los Estados Unidos de Norteamérica, no parece haber encajado en la jurisprudencia efectiva. Véanse los datos proporcionados por Nuno GAROUPA, en “The Law and Economics of Legal Parochialism”, pp. 1517-1529, con la importante bibliografía allí citada. Más contradictorio aún es que el propio Posner no parece haber encontrado espacio suficiente en su tarea como Juez del Séptimo Circuito de Apelaciones para renovar la jurisprudencia tal como lo prometía a comienzos de los ochenta: Ian SHAPIRO, *The flight from reality in the human sciences*, pp. 136 y ss.

²⁸ Lamentablemente no puedo extenderme en la consideración de la naturaleza, causas y consecuencias de dicha crisis acaecida a fines de los cincuenta, pues ello me apartaría del propósito fundamental que persigo en este trabajo, pero para una cabal intelección de las consecuencias generadas en la jurisprudencia tradicional y *formalista* de los Estados Unidos de Norteamérica por el fenómeno que Posner identifica como “la decadencia del Derecho en cuanto disciplina autónoma”, POSNER, *The Problems...*, *op. cit.*, pp. 424-433.

²⁹ Martín LACLAU, “Los supuestos del pensamiento jurídico en los países de habla inglesa”, p. 10.

dicen nada a los ingleses, ni les pasan de los oídos”, y por estar el Derecho contenido en una ley no escrita, de carácter consuetudinario, “reina una enorme confusión en [su] administración de justicia tanto como en la cosa misma”, cuyo conocimiento “sólo puede y debe adquirirse gracias a la lectura de los muchos volúmenes en cuarto que llena”. Según el filósofo alemán, los jueces ingleses se comportarían entonces como “permanentes legisladores”, puesto que la remisión a la autoridad de sus predecesores está supeditada al soberano derecho que les asiste de “juzgar si las decisiones precedentes son o no conformes al Derecho mismo”³⁰.

Esta particular característica del *Common Law*, que en definitiva le lleva a decir a Hegel que “ellos mismos [los jueces] tienen en sí la ley no escrita”³¹, es resaltada con acritud por el mismo Posner cuando afirma sin ambages que

“inmensos campos de arraigada jurisprudencia tienen débiles fundamentos, en el sentido en que reposan sobre precedentes altamente discutibles [...] El problema de los pies-de-barro es llamativo en el *Common Law* [...] Una decisión puede ser autoritativa en virtud de una decisión previa que es autoritativa en virtud de una decisión previa a ella y así sucesivamente hasta alcanzar la primera decisión en la cadena de los precedentes —¿pero entonces qué? Tal decisión no puede validarse por referencia a un precedente vinculante. Ha sido una decisión direccionada [*policy decision*], que es igual a decir una decisión política [*political decision*] aunque generalmente no sea una decisión política partidista [*partisan political decision*]”³².

No es ésta la ocasión de discutir el verdadero problema que la jurisprudencia inglesa ha enfrentado desde siglos en torno a cuestiones tales como la uniformidad, la racionalidad y la previsibilidad de las decisiones judiciales, problemas que la jurisprudencia continental europea, de tradición romanista y con fuerte arraigo en Alemania y Francia a través de diversas escuelas y autores, ha resuelto a su modo y con cierto grado de universalidad. Pero a los fines del presente trabajo, y muy particularmente

³⁰ Georg W. F. HEGEL, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, § 211, p. 642.

³¹ HEGEL, *Fundamentos de...*, *op. cit.*, p. 642.

³² POSNER, *The Problems...*, *op. cit.*, p. 81. Hay un juego de palabras en el original inglés difícil de conservar en español, como puede apreciarse. Una *policy decision* es una decisión judicial que obedece a alguna directriz, directiva o política en sentido amplio [*policy*], como ocurre con la directiva conocida como *stare decisis*, largamente observada por los jueces del *Common Law*, y que en resumidas cuentas significa atenerse a lo ya decidido por los jueces anteriores para casos similares. Pero como Posner señala, toda decisión que responde a una política determinada [*policy decision*] es en el fondo una decisión política [*political decision*].

en relación a la caracterización del enfoque *positivo* o *descriptivo* del AED, es importante, insisto, caer en la cuenta de las especiales características, problemas y controversias que han caracterizado la jurisprudencia inglesa de los siglos XIX y XX y frente a los cuales el AED ha intentado posicionarse como una solución “científica”.

En efecto, en el marco de una agria crítica a los argumentos de autoridad y a la política o directiva del *stare decisis* reinantes en el *Common Law*, Posner sostiene que en el núcleo de la jurisprudencia emergente de tal Derecho no es posible encontrar “un cuerpo de principios validados por el método científico ni por un sentido común fuerte”, ya que dicho núcleo no es más que “un conjunto de decisiones direccionadas [*policy decisions*]”, muchas de ellas “tomadas desde antaño bajo condiciones sociales diferentes”. De hecho el *Common Law* no se aferra a las viejas verdades porque ello constituya una eficaz estrategia epistemológica, sino porque “la estabilidad de la obligación legal es una importante directriz social [*social policy*]”³³.

Más aún, el aferrarse a las viejas verdades acuñadas por antiguos jueces en condiciones sociales diferentes a las actuales es un impedimento en la búsqueda de la verdad, porque la búsqueda de la verdad supone “remontar, hacer frente y superar los desafíos”. Pero precisamente los sistemas jurídicos jerárquicamente estructurados y alentados por el deseo de estabilidad que late en la política del *stare decisis*, como es el caso del *Common Law* –aunque en esto no difiere absolutamente del Derecho codificado– podrán seguramente

“ganar en «justicia» en varios sentidos, haciendo las decisiones judiciales más aceptables al público lego y reduciendo la incertidumbre, pero impiden la búsqueda de la verdad”³⁴.

En esta afirmación de Posner se muestra claramente el tenor *científicista*, progresista e ilustrado de su crítica inicial a la jurisprudencia del *Common Law*, explícitamente defendida en numerosos pasajes de su obra más temprana³⁵. Lo sorprendente de esta afirmación, en que la justicia

³³ POSNER, *The Problems...*, *op. cit.*, p. 81.

³⁴ POSNER, *The Problems...*, *op. cit.*, p. 82.

³⁵ En “The Problematics of Moral and Legal Theory” (1998, pp. 1637- 1717) define y justifica su postura moral y su propuesta renovadora del discurso jurídico norteamericano en tales términos. Pero incluso en las primeras obras ya reclamaba para su enfoque normativo el carácter de “utilitarismo ilustrado” (Richard POSNER, *The Economics of Justice*, p. 107) o también de “utilitarismo restringido” (Richard POSNER, “The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law”, p. 187, nota 2).

parece contraponerse a la verdad –dicho sea de paso, el término ‘justicia’ aparentemente tiene para Posner una carga semántica negativa, como se deja ver por el entrecomillado del que echa mano con frecuencia para anotarlo y por los diversos contextos hostiles en que emplea el término–, lo llamativo de esta comprensión del Derecho que su crítica refleja es la convicción de que el Derecho pueda ser *algún día* el ámbito adecuado para la libre investigación científica, investigación que, por otra parte, debe llevarse adelante con los métodos de las ciencias naturales (que la economía *neoclásica* ha sabido adoptar y adaptar a la esfera de lo social)³⁶.

Sin embargo, ocurre lo contrario en el *Common Law*, que como todo sistema que pone el énfasis en la tradición, en la autoridad y en la jerarquía, “tiende a desalentar la búsqueda de las verdades científicas que permitan el avance del conocimiento”, favoreciendo por el contrario la aceptación social de “creencias débilmente fundamentadas”. No es extraño entonces que para Posner el *Common Law* –y todo Derecho que responda a tales características– se asimile en definitiva a la religión, “una actividad en la que los costos observables de la investigación libre son frecuentemente altos”. Lo mismo puede decirse de la jurisprudencia, y ésa es una de las razones por la que la actitud científica no ha tenido lugar “en la empresa del Derecho”, al menos hasta ahora³⁷.

Ese “hasta ahora” representa el presente intemporal que la irrupción del AED pretende todavía instaurar. Vale decir, en la medida en que la jurisprudencia no se renueve al amparo de la propuesta científica que el AED le ofrece, continuará resistiendo todo cambio –como Posner le advertía a Guido Calabresi en 1970 si no se decidía claramente a favor del enfoque *neoclásico* de Chicago³⁸– y continuará siendo un cúmulo “dogmático de viejas verdades formuladas para otros tiempos”, o lo que es igual, un Derecho carente de lógica.

Así podría explicarse entonces parte de la seducción intelectual con que el AED logra cautivar, todavía, un importante auditorio académico fuera de Chicago y de los Estados Unidos de América, porque ¿cuántos juristas podrían resistir la tentación de embarcarse en una empresa que se presenta ante todo como la renovación de un sistema vetusto y anquilosado? En perspectiva histórica: ¿cuántos jóvenes intelectuales y jóvenes académicos del Derecho podrían haberse sustraído en los setenta a la seducción de una maquinaria tan bien trabada y ensamblada como

³⁶ Explícitas referencias a la aplicación de los métodos propios de las ciencias naturales al Derecho se encuentran en POSNER, *The Problems...*, *op. cit.*, pp. 62, 432 *et passim*.

³⁷ POSNER, *The Problems...*, *op. cit.*, p. 82.

³⁸ Richard POSNER, “Book Review of Calabresi’s *Cost of Accidents*”, p. 646.

la economía *neoclásica* y sus promesas de renovación científica? (aunque hoy se sospeche que en el fondo es un edificio tan robusto como vacío). Como Thomas Kuhn afirmó en su obra más conocida, las revoluciones intelectuales siempre son gestadas por las jóvenes generaciones³⁹. Y no caben dudas que el propio Posner es consciente del carácter seductor de su propuesta, como deja entrever cuando sarcásticamente afirma que aunque más no sea por la “fascinación intelectual” que el AED ejerce en cuanto corriente renovadora del Derecho, a pesar de sus limitaciones, los jóvenes no deberían privarse de leer su “manual”⁴⁰.

Pero hay algo que a lo largo de esta agria descripción posneriana del *Common Law* resulta evidente, y es la enorme dificultad a la que su tesis *histórica* se enfrenta, tesis que como he dicho antes, forma parte de su enfoque *descriptivo*. En efecto, la dificultad podría plantearse en estos términos: si como Posner dice, la jurisprudencia emergente del *Common Law* no es más que un gigante “con pies de barro”, “un cuerpo de principios no validados por el método científico ni por un sentido común fuerte”, ¿sobre qué fundamentos puede sostener entonces, como sostiene, que “los principales ámbitos del *Common Law* responden a una lógica económica”? La contradicción es evidente, y como tal fue advertida y criticada por Ronald Dworkin en el marco de la célebre polémica que tuvo lugar a comienzos de los ochenta. Las respuestas y defensas ensayadas por Posner dejaron –y dejan– abiertos numerosos interrogantes⁴¹.

Un autor belga ha sugerido, sin embargo, una hipótesis interesante para explicar esta aparente contradicción⁴². El *Common Law* constituiría para Posner un Derecho evolutivo y anárquico a la vez que puede ser abordado desde una perspectiva sincrónica o diacrónica. En el primer caso se presenta como un Derecho que promueve la eficiencia, en el segundo como un Derecho carente de previsibilidad y de lógica interna. Esta dualidad en el abordaje histórico-epistemológico del *Common Law* se encuentra ya en los estudios que Posner realizó en la madurez de su juventud cuando descubrió gracias a Blackstone la plasticidad, eficacia y

³⁹ “Casi siempre los hombres que realizan esos inventos fundamentales de un nuevo paradigma han sido muy jóvenes o muy noveles en el campo cuyo paradigma cambian” (Thomas KUHN, *La estructura de las revoluciones científicas*, pp. 146-147).

⁴⁰ POSNER, Richard. EAL, pág. 27.

⁴¹ El último entremés de la polémica tuvo lugar con las publicaciones de Ronald DWORKIN, “Darwin’s New Bulldog”, pp. 1718-1738, y de Richard POSNER, “Reply to Critics of *The Problematics of Moral and Legal Theory*”, pp. 1796-1823. Dworkin insulta a Posner llamándolo “el nuevo perro Bulldog de Darwin”, y éste le contesta con otros agravios. Sorprende el voltaje de la polémica, las acusaciones y agravios que en ella se ventilan.

⁴² Alain STROWEL, “Utilitarisme et approche économique dans la théorie du Droit. Autour de Bentham et de Posner”, pp. 143-171.

dinamismo del *Common Law*, y gracias a Bentham la anarquía, el caos y la imprevisibilidad de un conjunto de normas carentes de fundamento y de sistematicidad⁴³. Lo que resulta curioso es la forma en que ese abordaje dual se ha trasladado y cristalizado en su propia visión del *Common Law*, a través de un enfoque positivo y otro normativo, que Posner nunca termina de conectar satisfactoriamente.

Pero analicemos ahora los argumentos que esgrime Posner para sostener su tesis de que el *Common Law* habría evolucionado según una lógica económica “implícita” en él.

2. La lógica económica “implícita” en el *Common Law*

En el cuarto capítulo de un libro colectivo publicado en 1996, dedicado a los fundamentos filosóficos del AED, Posner admitía, luego de varios años de maduración tras la primera publicación de su “manual”, que si bien el enfoque *positivo* en el análisis de los daños y accidentes les parece natural a la mayoría de los economistas y abogados con conciencia económica, sin embargo

“la idea de que sea la guía que las cortes hayan usado en la construcción de las doctrinas del Derecho de Daños [*TortLaw*] es mucho más controvertida, incluso entre los analistas económicos”⁴⁴.

Con ello reconocía que la tesis histórica del AED tenía dificultades para su aceptación incluso entre los propios analistas económicos que nunca habían querido ver más allá de los aspectos positivos-descriptivos del AED, aunque todavía insistiese allí mismo en que Ronald Coase había sido efectivamente el primero en formular la idea en cuanto tal. En realidad, la idea respondía más bien a una interpretación propia de Posner,

⁴³ “Blackstone y Bentham tipifican abordajes polares en el estudio de los fenómenos sociales que tienen importantes implicancias políticas tanto como científicas. El estudio [de Blackstone] reveló un sistema enormemente intrincado, de impresionante supervivencia y características de crecimiento y conteniendo en sí, además, una capacidad significativa para la reforma [...] [Bentham] nunca estudió sistemáticamente institución social o jurídica alguna [...] Nunca trató de dominar los principios operativos de las instituciones que buscaba reformar [...] Ése es un modo de investigación social que engendra el utopismo y el radicalismo, su primo amargo” (Richard POSNER, “Blackstone and Bentham”, p. 598).

⁴⁴ Richard POSNER, “Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry”, p. 100.

sólo justificable en cuanto posible inferencia de consecuencias histórico-descriptivas extraídas del siempre controvertido “teorema” de Coase⁴⁵.

En el primer apartado del octavo capítulo de su “manual”, que lleva por título “La lógica económica implícita en el *Common Law*”, Posner se aboca al problema central de su tesis histórico-descriptiva, si bien de manera elusiva, pues promete un tratamiento más extenso de la cuestión en los capítulos 19 a 21, que se diluye finalmente en un examen excesivamente analítico de las principales instituciones y reglas del *Common Law*. Arribado al punto clave de la cuestión, luego de haber afirmado por enésima vez que el *Common Law* se presenta como una “colección de campos dispares”, cada uno con su historia y vocabulario propios y “una desconcertante profusión de reglas y doctrinas” apenas relacionadas entre sí, transfiere retóricamente la pregunta decisiva y cuestiona:

“¿Cómo es posible, podría preguntarse el lector, que el *Common Law* –un antiguo cuerpo de doctrinas legales que apenas ha cambiado ligeramente en el último siglo– tenga tanto sentido económico como parece tener?”⁴⁶.

Posner sugiere cinco posibles argumentos como respuesta, argumentos que remata con la aseveración de que “la eficiencia económica no puede proporcionar, por cierto, una teoría positiva completa del *Common Law*”, pero con todo es capaz de proporcionar un vocabulario uniforme y un andamiaje conceptual firme que ayuden a transformar el *Common Law* en “un todo coherente y comprensible, para así contrarrestar el énfasis pesadamente particularista de la educación y razonamiento jurídico tradicionales”⁴⁷.

He aquí los argumentos en el orden en que Posner los enuncia:

PRIMER ARGUMENTO

Doctrinas del *Common Law* como la condena del enriquecimiento sin causa (que responde a la lógica de una transferencia de recursos sub-óptima o ineficiente), o la atribución de responsabilidad en los accidentes

⁴⁵ En aquellos años ya era bastante conocida (y enigmática) la distancia que Coase había tomado del AED surgido al amparo de un estudio suyo que en 1960 había pretendido sugerir indicaciones solamente a economistas interesados en el Derecho, sin desvirtuar el enfoque metodológico propio de la economía; con los años Coase se revelaría “neo-institucionalista” (un enfoque metodológico nunca bien visto en la Escuela de Chicago). Ronald H. COASE, “Economics and Contiguous Disciplines”, pp. 201-211; “The New Institutional Economics”, pp. 72 -74.

⁴⁶ POSNER, *Economic Analysis...*, op. cit., p. 252.

⁴⁷ POSNER, *Economic Analysis...*, op. cit., p. 253.

a quien está en mejores condiciones de prever el daño (que responde a la lógica de evitar el daño a menores costos), y muchas doctrinas más son “perceptiblemente económicas”, pero no “sutilmente económicas”. Son, como dice Posner, de “sentido común”, y aunque su correcta articulación en términos y fórmulas económicas supere la capacidad de la mayoría de los jueces y abogados, están sin embargo al alcance de su intuición.

Con este primer argumento se defiende, aparentemente, de la objeción de que ningún juez en un siglo y medio de jurisprudencia anglosajona haya jamás invocado expresamente un argumento de índole económica en la resolución de los casos señeros, a excepción de los honorables Oliver W. Holmes o Learned Hand, dos jueces en un millar de jueces. El millar restante sólo habría intuido, aunque no comprendido ni formalizado, la lógica económica que, según parece, no requiere de sutilezas.

La objeción principal que podría formularse a este argumento es que habría que demostrar de manera consistente hasta qué punto la argumentación jurídica se basa u orienta por intuiciones y no por los métodos tradicionales del razonamiento práctico⁴⁸.

SEGUNDO ARGUMENTO

Lo que Adam Smith denomina “riqueza de las naciones”, lo que cualquier hombre de la calle llamaría “el tamaño del pastel” [*the size of the pie*], o lo que Posner identifica en definitiva como “eficiencia”, ha sido siempre un valor social importante, y por ende debe haber influido notablemente en las decisiones judiciales, sobre todo en el siglo XIX, “la época del *laissez-faire* en la que el *Common Law* adquirió la mayor parte de su estructura moderna”.

Este segundo argumento apela a una suerte de *Zeitgeist* o tono vital de una época que habría contribuido a modelar la conciencia (o subconciencia) económica de los jueces del *Common Law*, y es un caballo

⁴⁸ En honor a la verdad, Posner ha intentado la demostración, pero el carácter deconstructivo de su crítica a los métodos tradicionales del razonamiento jurídico (que identifica con el “formalismo jurídico”) desemboca en la suplantación de los mismos por los métodos “objetivos” de la observación, indagación empírica, y verificación estadística, en los que no se advierte el rol determinante de las intuiciones; POSNER, *The Problems...*, *op. cit.*, pp. 37-70. Además, se trata de una propuesta *de lege ferenda*, no *de lege lata*, como en general ocurre con las restates sugerencias del enfoque *normativo* del AED. Luego de su “giro pragmático”, cuando muchas de sus actitudes científicas de juventud han terminado disolviéndose en un escepticismo radical que lo libera de tener que realizar mayores demostraciones, admite que “las intuiciones, emociones y prejuicios son todas formas de pensamiento telescópico o tácito, que contrastan con el razonamiento lógico, explícito, paso por paso”; R. POSNER, *How Judges Think*, p. 98.

de batalla al que recurre Posner con frecuencia⁴⁹. La objeción principal que podría formularse a este argumento es que habría que demostrar primero que ese *laissez-faire* que Posner invoca era realmente el espíritu dominante de una época (el XIX es un siglo realmente muy largo, y tampoco aclara Posner en qué década o décadas está pensando) que muchos han identificado incluso con la crisis del liberalismo y la preocupación por “la cuestión social”. Por otra parte el *laissez-faire* de los liberales decimonónicos poco tendría que ver con la economía *neoclásica* en que se apoya el “nuevo” AED, que comenzó a gestarse lentamente a fines del siglo XIX y sólo adquirió “estado público” –como para forjar el tono vital de una época, si es que lo hizo– ya bien avanzado el siglo XX.

TERCER ARGUMENTO

Los conflictos entre los diversos valores sociales en juego son más controvertidos y difíciles de dirimir en manos de los jueces a causa de las limitadas herramientas con que éstos deben trabajar. Dichos valores tienen que ver más con los aspectos distributivos de la justicia (distribución del ingreso y de la riqueza) “sobre los que no hay formado un consenso”, que con la eficiencia. La eficiencia también puede ser controvertida cuando se la comprende como el *único* valor que las instituciones públicas deben buscar, pero no cuando se la acepta simplemente como un valor más. Pero además las políticas redistributivas exigen poderes impositivos (fiscales) y de gasto público que los jueces no poseen, y como no pueden alterar el tamaño de las rodajas que les tocan a los diversos grupos sociales, “deberían más bien concentrarse en aumentar el tamaño del pastel”, es decir, en maximizar la riqueza social.

Como puede apreciarse, aquí Posner mezcla distintos argumentos, que van perdiendo fuerza y alejándose poco a poco del núcleo central de su enfoque “descriptivo” del *Common Law*. Lo primero que llama la atención es el tiempo verbal que emplea refiriéndose a los jueces [*they might as well concentrate on increasing its size*]: potencial en vez de pretérito, como perdiendo de vista que no se trata de aconsejar a los jueces sobre lo que *deberían* hacer, sino de explicar qué es lo que efectivamente *hicieron* o *han hecho* los jueces del *Common Law*. En detalles como éste se advierte la permanente referencia del enfoque *descriptivo* al enfoque *normativo*, situación que pone en evidencia, como dije al comienzo, que ambos están estrechamente vinculados y no se pueden separar. La falta

⁴⁹ POSNER, *The Economics...*, *op. cit.*, p. 114 *et passim*; *Economic Analysis...*, *op. cit.*, p. 25 *et passim*; *The Problems...*, *op. cit.*, p. 359.

de evidencias empíricas (o de argumentos razonables) en torno a cómo han argumentado los jueces norteamericanos efectivamente en un siglo y medio de jurisprudencia, lleva inevitablemente a plantear la tesis de la eficiencia del *Common Law* en el terreno de las conjeturas y de las idealizaciones.

Pero de todos modos argumentando cómo *deberían* actuar los jueces no se responde a la pregunta de cómo *actuaron* los jueces, no al menos cuando la respuesta o el enunciado normativo es tan discutible y no parece pertenecer a la categoría de los primeros principios prácticos, demandas internas de la razón, principios universales de justicia, o como quiera llamárselos.

De todos modos el argumento podría reducirse, siguiendo la tosca metáfora de Posner, a lo siguiente: los jueces no deben complicarse la vida discutiendo si la rodaja que le asignan a una parte es más grande que la que asignan a la otra, y en ese caso si la merece y a título de qué, sino procurar más bien que el pastel aumente de tamaño maximizando la riqueza. Es un argumento bastante más complejo de lo que a simple vista parece, que consta de diversos niveles argumentativos a pesar de la simpleza de la metáfora. En un trabajo reciente se han puesto de manifiesto las razones “políticas” por las cuales Posner considera que la distribución del ingreso constituye una política incierta aun para quienes poseen los instrumentos fiscales adecuados y están habilitados para ello en un sistema republicano de gobierno (que es uno de los niveles argumentativos en juego)⁵⁰.

Pero lo que no explica el argumento es por qué los jueces no deben “complicarse la vida”, es decir, por qué no deben resolver conflictos entre distintos valores sociales en juego, cuando el Derecho y la conducta humana precisamente parecen moverse en el conflicto de valores como en su ámbito natural, y son los jueces los encargados, por un imperativo constitucional, de resolver esos conflictos.

Tampoco explica por qué la eficiencia sea un valor menos controvertido que la justicia distributiva. Si los jueces no cuentan con los medios eficaces para promover una adecuada distribución del ingreso (lo que es verosímil, aunque eso no signifique exactamente que su actividad jurisdiccional no tenga nada que ver con la justicia distributiva), habría que demostrar que sí poseen, no obstante, los medios para promover adecuadamente la eficiencia (información relevante de los costos en juego, impacto a mediano y a largo plazo en el mercado o “sistema de derechos”, y no sólo en el patrimonio de las partes en litigio), lo que de por sí es dudoso,

⁵⁰ Carlos D. MARTÍNEZ CINCA, “La democracia liberal entre la crisis del Estado de bienestar y la retórica circular de la eficiencia”, pp. 177-196.

cuando no inverosímil. Si pensamos en una demanda por daño ambiental, por mencionar sólo un ejemplo, parece ciertamente inverosímil obtener una sentencia eficiente o maximizadora⁵¹.

Por último, la concesión al carácter controversial de la eficiencia cuando se la entiende como el único valor social en juego a cambio de su reconocimiento o aceptación “simplemente como un valor más” se contradice abiertamente con la tesis central del enfoque *normativo*, que hace precisamente de la eficiencia la *única* meta o valor que los jueces deban promover.

¿Es consciente Posner de todas las contradicciones que encierra su defensa argumentativa de la eficiencia? Cuando se viste el traje del enfoque *positivo* o *descriptivo* parece dispuesto a reconocer las debilidades fundamentales que aquejan a los aspectos *normativos* de la teoría, pero cuando se pone en la piel de jurista, académico del Derecho [*legal scholar*] o como quiera a sí mismo identificarse –porque tales etiquetas le producen escozor, como confiesa en *The Problematics of Moral and Legal Theory*– se ve en la necesidad de defender la eficiencia a ultranza y afirmar, como hemos visto ya, que la eficiencia es “la única meta que los jueces pueden perseguir” y el único valor capaz de proporcionar

“un vocabulario uniforme y un andamiaje conceptual firme que ayuden a transformar el *Common Law* en un todo coherente y comprensible”⁵².

En mi opinión, ésa es la consecuencia inevitable de las prácticas argumentativas que pierden de vista los niveles discursivos en juego, como le ocurrirá casi inevitablemente a todo economista (o abogado con mentalidad económica) que arranque su discurso en el nivel técnico de la razón *instrumental* en que se ubica el enfoque de la *elección racional* postulado por Gary Becker y aplicado por Posner al AED, y concluya en el nivel más amplio y *subordinante* de la razón *práctica* al que pertenece el Derecho⁵³. Existe, evidentemente, una mutua referencia entre ambos niveles, porque lo contrario supondría una concepción del obrar humano mediante compartimentos estancos. Pero una correcta integración de la

⁵¹ Sobre la enorme dificultad de computar los costos ambientales en el corto y mediano plazo, véase un análisis crítico de un caso fallado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza que ha sido presentado como el *leading-case* del AED en Argentina: Carlos D. MARTÍNEZ CINCA, “Límites del Análisis Económico como teoría interpretativa y argumentativa del Derecho”, pp. 52-62.

⁵² POSNER, *Economic Analysis...*, p. 252.

⁵³ Para una caracterización del enfoque de la *elección racional* en el AED, Carlos D. MARTÍNEZ CINCA, “Límites del...”, *op. cit.*, pp. 29-52.

dimensión *práctica* e *instrumental* del discurso en torno a la conducta humana requiere por cierto de bases antropológicas más amplias que la estrecha concepción del *homo oeconomicus* de la dominante Escuela de Chicago. En general, es más difícil sortear las dificultades que plantea la integración de ambos niveles discursivos cuando se arranca desde la razón *productiva* o *instrumental* y no a la inversa. La razón *productiva* o *instrumental*, como sostiene Davis, es completamente ciega y agnóstica respecto de los fines que debe alcanzar: sólo conoce los medios más eficaces para alcanzar cualquier fin que le sea dado⁵⁴. En definitiva, el enfoque instrumental de la conducta maximizadora sirve para cualquier cosa, como quedará claro en el quinto argumento.

CUARTO ARGUMENTO

Muchos de los académicos tradicionales suponen que los jueces nada tienen que ver con las metas u objetivos sociales, sino con los principios de justicia. Pero si se revisan tales principios resulta que por lo general adquieren un carácter funcional o instrumental y terminan siendo una versión de la eficiencia o de la política redistributiva.

El argumento es bastante escueto, por cierto, y Posner difiere su explicación para más adelante (*more on this shortly*, concluye enigmáticamente) sin aclarar dónde ni cuándo se llevará a cabo. “Hasta Homero se duerme en algunos versos”, decía Cicerón. Pero supongamos que el “más sobre esto en breve” con que posterga la explicación se refiere a la réplica dirigida a “Is Wealth a Value?”, el lapidario artículo en que Ronald Dworkin demostraba en 1980 la inconsistencia de entender la riqueza como un valor social, incluso en cualquiera de sus funciones instrumentales, débiles o fuertes⁵⁵. En su réplica “The Value of Wealth: a Comment on Dworkin and Kronman”, incorporada al capítulo cuarto de *The Economics of Justice* (1981), Posner aclara el sentido de este confuso argumento, y sostiene que en el fondo todos los valores, incluso los principios universales de justicia que los académicos tradicionalistas han identificado como el verdadero norte de la jurisprudencia, sirven funcional o instrumentalmente –cuál más, cuál menos– como una suerte de “falso blanco” o “señuelo” para la eficiencia.

Sin embargo, y una vez más, las explicaciones corresponden a los aspectos *normativos* del AED, como puede apreciarse. El mismo Posner reconoce al final de su réplica que

⁵⁴ John DAVIS, *The Theory of Individual in Economics*, p. 27.

⁵⁵ Ronald DWORKIN, “Is Wealth a Value?”, pp. 191-226.

“sin dudas es embarazoso para los proponentes de la teoría económica del *Common Law* el que haya tantas explicaciones [posibles] de por qué el *Common Law* [sería] eficiente”⁵⁶,

pero ni una sola razón *contundente* que demuestre por qué los jueces del *Common Law* han maximizado *efectivamente* la riqueza. Una prueba más de que los argumentos orbitan elípticamente en torno al núcleo central del enfoque *normativo* y no logran desprenderse de él.

QUINTO ARGUMENTO

El quinto y último argumento, que retoma la línea del primero y del segundo, parece volver a colocar las cosas en su lugar. Comienza con un ligero exordio:

“El hecho de que, salvo pocas excepciones, los abogados y los jueces no sean autoconscientes de su enfoque económico del Derecho, es una objeción trivial al análisis económico positivo del *Common Law*”⁵⁷.

La razón fundamental de que los jueces no sean autoconscientes del andamiaje conceptual económico en que sus prácticas discursivas se inscriben, según Posner, es que el lenguaje de la economía es un lenguaje diseñado para académicos y estudiantes, no para la gente cuya conducta estudia el economista. Así como “los poetas no usan el vocabulario de los críticos literarios, los jueces no usan el vocabulario de los economistas”, concluye elegantemente Posner⁵⁸.

Hay aquí una razón atendible, que en realidad no hace más que completar el razonamiento del primer argumento. Si descartamos el tercero y el cuarto por su explícita dependencia del enfoque *normativo*, y el segundo por falta de pruebas y por la dudosa conformación de un *Zeigeist* que Posner nunca precisa, resulta que la tesis histórica del enfoque positivo del AED tiene sólo este argumento en su defensa.

El argumento se reduce a esto: si los jueces no han invocado expresamente la eficiencia o la maximización de la riqueza, si ni siquiera han sido conscientes de su empleo en los fallos que han ido dando su forma actual al *Common Law*, pero no obstante ésa y no otra es la lógica “implícita” en las principales instituciones, reglas y principios del *Common Law*, es porque la economía tal como la entendemos es un *metalenguaje*

⁵⁶ POSNER, *The Economics...*, *op. cit.*, p. 115.

⁵⁷ POSNER, *Economic Analysis*, *op. cit.*, p. 252.

⁵⁸ POSNER, *Economic Analysis*, *op. cit.*, p. 252.

elaborado por economistas de profesión que no es necesario hablar para comportarse, sin embargo, como un sujeto económico.

Según Posner, los jueces serían sujetos maximizadores como cualquier otro sujeto de la sociedad que no necesita haber estudiado economía ni entender el lenguaje económico para comportarse, empero, como un sujeto económico. El concepto de sujeto económico (*homo oeconomicus*) de Gary Becker y la Escuela de Chicago es un modelo descriptivo y “predictivo” de lo que un sujeto hará en función de una determinada curva de utilidad. Se trata de un modelo tan general y abstracto que bien “puede predecir el comportamiento de un hombre como el de una rata o una paloma” (*sic*)⁵⁹.

Sin embargo surge inevitablemente una nueva pregunta ante esta parcial conquista dialéctica: ¿Qué necesidad existía entonces de demostrar que los jueces del *Common Law* han maximizado efectivamente la riqueza, si bastaba con decir que “maximizan porque maximizan”, como cualquier sujeto económico? Es muy simple: argumentar de ese modo hubiese puesto de manifiesto la tremenda tautología que late en el fondo del enfoque *descriptivo* del AED, que es la misma tautología del enfoque *neoclásico* que tantos economistas disconformes con la *mainstream* han procurado evidenciar⁶⁰. Decir, en cambio, que las principales instituciones, reglas y principios del *Common Law* llevan implícita una lógica económica ejerce una fascinación intelectual cautivadora, aunque la circularidad de los argumentos, analizados cuidadosamente como corresponde, no logre disimular que en última instancia los jueces maximizan porque maximizan, los abogados maximizan porque maximizan, los políticos maximizan porque maximizan, los médicos maximizan porque maximizan, y así indefinidamente⁶¹.

La hipótesis histórico-descriptiva del AED, es decir, la afirmación de que los jueces del *Common Law* han actuado racionalmente porque sus sentencias han maximizado la riqueza (¡incluso sin saberlo!) carece de evidencias empíricas que la confirmen como tal. Su fuerza probatoria es meramente argumentativa (bastante pobre por cierto), y en cuanto tal

⁵⁹ POSNER, *The Problems... op. cit.*, p. 382. Posner admite, increíblemente, que no sería un solecismo hablar, por ejemplo, de una “rana racional”: véase Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, p. 17

⁶⁰ Como dice Shoemaker, el problema es que la economía, entendida de este modo, se torna trivial e irrelevante, porque todas las acciones humanas serían, entonces, *maximizadoras*. Paul J. H. SHOEMAKER, “The Expected Utility Model: Its Variants, Purposes and Limitations”, p. 540. Para un análisis detallado de la crítica al concepto de maximización, Ricardo CRESPO, *Two Conceptions of Economics*, pp. 11 y ss.

⁶¹ La ironía es de Robert Scoon, contra la definición de Economía dada por Lionel Robbins. Robert SCOON, “Professors Robbins’ Definition of Economics”, p. 311.

depende absolutamente de la persuasión que puedan lograr los argumentos elaborados por Gary Becker en su teoría de la *elección racional*.

Volviendo la mirada hacia atrás, podría decirse que si la tesis histórica del enfoque *positivo* no tenía fuerza probatoria *per se* y no se sostenía con independencia de la teoría de la *elección racional* elaborada por Gary Becker, a Posner y al AED sólo le quedaban dos alternativas a comienzos de los ochenta, cuando el nuevo “paradigma” comenzaba a ser cuestionado.

La primera alternativa consistía en reconocer la centralidad del enfoque normativo del AED, o lo que es igual, que el AED era esencialmente una teoría *normativa*, y en esa condición había que abordarlo y discutir sus fundamentos y sus límites. Eso no significaba echar por la borda los complejos mecanismos de análisis *positivo* que los analistas económicos del Derecho habían desarrollado para “explicar” el funcionamiento del *Common Law* o proponer su reforma (y la de cualquier sistema jurídico en general). Pero sí implicaba que tales desarrollos debían pasar indefectiblemente a un *segundo plano*, y que la condición fundamental para que tales mecanismos pudiesen ser admitidos en el razonamiento jurídico era que se demostrase primero que la eficiencia podía valer como la única meta del Derecho, que es lo que el AED en tanto teoría normativa pretendía. Ésta fue la opción que Posner eligió, tentativamente, entre 1979 y 1987⁶².

La segunda alternativa era continuar adelante con la independencia del enfoque *positivo* y admitir, por emplear una metáfora, que la tesis histórica era un mero satélite cuya inexistencia no afectaba el campo gravitatorio de un cuerpo celeste enteramente nuevo en el universo de la *Legal Theory*. Ese nuevo cuerpo celeste era el enfoque *positivo* de la economía neoclásica aplicado, sin más, al Derecho. Al igual que los cuerpos celestes que no son directamente observables por el ojo humano, su existencia se podría demostrar por su campo gravitatorio, es decir, por su interacción con otros cuerpos celestes. Metáforas aparte: si el número de analistas económicos crecía con el tiempo, era porque el AED alguna fuerza propia tendría, y esa fuerza se demostraría en el número de sus seguidores. En cuanto a la alternativa intelectual, ésta ha sido la opción de todos los analistas económicos del Derecho luego de que Posner se atrincherase “tras las murallas del pragmatismo”⁶³. Luego de los fallidos intentos de Posner en los ochenta, ningún analista económico ha sido ca-

⁶² Son los años de discusión con los académicos procedentes de la filosofía del Derecho, desde la publicación de “Utilitarianism, Economics and Legal Theory” (1979) hasta el reconocimiento de las debilidades del enfoque normativo formulado en “Wealth Maximization Revisited” (1987).

⁶³ POSNER, *The Problems...*, *op. cit.*, p. 392.

paz, hasta el presente, de mostrar en qué medida los jueces argumentan, efectivamente, empleando las herramientas del análisis económico.

Con la retirada “pragmática” de Posner, el AED ha vuelto a sus orígenes, es decir, ha vuelto a ser un epifenómeno más de la Economía *neoclásica* ejerciendo su fuerza de atracción sobre el Derecho tanto como sobre la Política, la Psicología, la Literatura, la Medicina, la Psicología o la Biología⁶⁴. Quienes hoy sostienen que los jueces del *Common Law* son o han sido maximizadores en la administración de justicia no necesitan aportar mayores evidencias ni elaborar mejores argumentos que si dijese, simplemente, que los médicos son maximizadores en el ejercicio de la medicina o los políticos maximizadores en el ejercicio de la política. Afirmaciones tautológicas como éstas obedecen al hipertrofismo del enfoque de la *elección racional* de Becker y al “imperialismo de la ciencia económica”, es decir, a la transformación de la Economía *neoclásica* en la “reina” de las ciencias sociales mediante la aplicación de su método matemático (siguiendo el modelo de la física) a las restantes áreas de la conducta humana, aun cuando esas áreas nada tengan que ver con los problemas tradicionalmente estudiados por la economía *clásica* y “premarginalista” de Adam Smith, David Ricardo y sus discípulos decimonónicos⁶⁵.

Lamentablemente la retirada pragmática de Posner y las dudas que él mismo ha manifestado en torno a las posibilidades “reformadoras” del AED permanecen desconocidas para muchos académicos todavía interesados en remover y remplazar el “formalismo” de la ciencia jurídica. Su testimonio debería servirles de advertencia:

“el aspecto más interesante y prometedor del análisis económico del Derecho es el positivo. Digo esto no por una preferencia general a favor de la indagación positiva por sobre la normativa, sino a causa de lo poco que se sabe de la naturaleza sistemática del Derecho. El Derecho no se puede entender tan bien como para que uno pueda sostener una opinión segura sobre si la manera correcta de mejorarlo es [//] lograr jueces más sofisticados económicamente o más obedientes a los precedentes y a la tradición”⁶⁶.

⁶⁴ Existen, de hecho, diversos análisis “económicos” realizados sobre el comportamiento altruista en los animales. Richard POSNER -William LANDES, “Altruism in Law and Economics”, p. 419.

⁶⁵ En relación a la extensión y aplicación del enfoque beckeriano de la *elección racional* a todos los asuntos de la conducta humana, aun aquellos comportamientos aparentemente “ajenos” al mercado, Richard POSNER, *Economic Analysis of Law*, pp. 2-6. Para una explicación de lo que los economistas han definido como “imperialismo” de su propia ciencia, Reuven BRENNER, “Economics- An Imperialist Science?”, pp. 179-188.

⁶⁶ Richard POSNER, “The Law and Economics Movement”, pp. 6-7. En “Wealth Maximization Revisited”, pp. 85-105, Posner reconoce ya muchas de las limitaciones del enfoque *económico-normativo* aplicado a la argumentación jurídica.

Algunos años más tarde, la consecuencia natural y casi inevitable de la opción asumida por Posner (el abandono del enfoque normativo) lo conduciría al abroquelamiento final tras las murallas del pragmatismo más crudo, que desiste de una jurisprudencia con fundamentos, y se entrega escépticamente a la confesión de que “no existe un principio rector del Derecho”, lo que paradójicamente es señalado como algo bueno e indispensable para el progreso de una nación⁶⁷. Al parecer, las herramientas analíticas que la ciencia económica prometía proporcionar para un estudio “científico” del Derecho condujeron al juez-académico que lideró el AED por más de 40 años hacia un escepticismo radical y un pragmatismo rampante, dos actitudes intelectuales que nada parecen tener en común con la fe en el Derecho (cuando se lo toma en serio)⁶⁸.

Una última aclaración nos permitirá extraer, finalmente, las conclusiones del presente trabajo. El fracaso del enfoque histórico-descriptivo no obedece a la falta de evidencias ni de datos empíricos que avalen la hipótesis de la eficiencia como clave evolutiva del *Common Law*. El problema es que los datos y las evidencias con las que se cuenta no permiten extraer las conclusiones que los analistas económicos esperan encontrar. Un trabajo meticuloso de investigación empírica llevado a cabo en los Estados Unidos de Norteamérica y modelado sobre la base de 465 (cuatrocientas sesenta y cinco) sentencias extraídas de las Cortes de Apelaciones de distintos estados entre 1970 y 2005, en una materia tan “económica” como son los daños en la industria de la construcción, ha permitido concluir que la evolución observada en esa particular área del Derecho es inconsistente con la tesis de la evolución en clave de eficiencia, pues no existe ni siquiera un “punto de convergencia” en la evolución jurisprudencial de la doctrina de la “pérdida económica en la construcción” elaborada por las cortes estatales⁶⁹. El estudio debería servir de advertencia a quienes aún confían en las posibilidades empírico-descriptivas del AED, pues tiene enormes ventajas comparativas en relación a muchos otros estudios “descriptivos”: ha cubierto un área sensible del Derecho Económico

⁶⁷ Es la postura final de Posner, defendida en las cruciales conferencias de 1997 en honor del juez Holmes (publicadas como “The Problematics of Moral and Legal Theory”), y en el “Manifiesto Pragmatista” con que concluye, finalmente, *The Problems of Jurisprudence*.

⁶⁸ Para comprender las razones de la adopción final de una postura completamente escéptica reñida con su fe inicial en la ciencia, Richard POSNER, “The Jurisprudence of Skepticism”, pp. 827-891.

⁶⁹ La referida doctrina señala, en términos generales, que el propietario puede demandar al constructor por los defectos en la construcción siempre y cuando experimente una “pérdida económica”, es decir, algo más que la mera mortificación que le causa el vicio de la construcción. El estudio versa sobre las disímiles interpretaciones de la “pérdida económica” que han dado las cortes estatales que aplican esta particular doctrina del *Common Law*.

(como es el Derecho Comercial que se aplica a las relaciones entre el constructor y el propietario), ha analizado una especial doctrina creada por las cortes encargadas de aplicar el *Common Law*, y esa doctrina es lo suficientemente antigua como para poder testear su evolución en las condiciones modernas de vida, nada menos que las condiciones de los últimos 35 años de la jurisprudencia norteamericana. Como concluyen sus autores, con la firma del propio Posner:

“la hipótesis de que en las áreas tradicionales del comercio el *Common Law* sea predecible y eficiente, o cuando menos se mueva en esa dirección, no cuenta con evidencia alguna, al menos en esta esfera particular”⁷⁰.

3. Algunas conclusiones

Más allá de la opción seguida por el indiscutible líder intelectual del AED, es evidente que la debilidad del enfoque normativo arrastra consigo la inviabilidad del enfoque positivo del AED, al menos en cuanto *teoría general del Derecho*, y en definitiva, todo el AED fracasa en su intento por elaborar una parte importante de ella, es decir, una teoría de las decisiones judiciales que pueda explicar cómo argumentan los jueces y cómo resuelven los llamados “casos difíciles”.

En este trabajo he procurado poner de manifiesto dos importantes limitaciones del análisis económico aplicado al Derecho. La primera es que su tesis histórico-descriptiva, que pretende explicar la evolución del *Common Law* en clave económica, es decir, en clave de eficiencia, se contradice abiertamente con la aguda crítica que Posner dirige a ese particular sistema jurídico que llama un “gigante de pies de barro”, cuyas principales instituciones carecen, en su opinión, de fundamentos razonables. La segunda, es que no existen evidencias aportadas por el AED en torno a la supuesta lógica económica “impolítica” en el *Common Law*. Todo lo que hay son argumentos cuya fuerza persuasiva es bastante dudosa y que en todo caso trasladan la discusión desde el ámbito empírico-descriptivo hacia el ámbito normativo, donde claramente el AED no ha logrado hacer pie, como lo muestran los embates que debió sufrir a manos de los *legal scholars* que eclipsaron su rápido surgimiento en la década de los ochenta⁷¹.

⁷⁰ Anthony NIBLETT - Richard POSNER - Andrei SCHLEIFER, “The Evolution of a Legal Rule”, p. 39.

⁷¹ Para una somera descripción de esos embates y las críticas que el AED no logró superar, Ejan MACKAAY, “History of Law and Economics”, pp. 65-117.

Hay quienes todavía pretenden, incluso en Chile, que el AED puede llegar a ser una herramienta valiosa⁷². Pero como cualquier otra herramienta, el AED mostrará su utilidad en función de la bondad o adecuación de los *finés* para los que se la emplee. La discusión, entonces, en torno a la aceptación de la utilidad o inutilidad del AED no puede darse al margen de los fines sociales que éste parece promover. Pero lamentablemente los fines que el AED promueve son el crecimiento de la riqueza con la inevitable desigualdad en el ingreso que viene aparejada a ella.

Desde su particular punto de vista pragmático-liberal, Posner ha sostenido con soltura que tales fines son deseables, y los ha defendido incluso ante la UNESCO argumentando que las revoluciones y las protestas sociales que la desigualdad genera se evitarían si los pobres recibiesen un mínimo de la riqueza social que les permitiese “sentir que están mejor” que el año anterior, aun cuando los ricos del año anterior se hayan enriquecido aun más (lo que comúnmente se ha llamado la “teoría del derrame”). Pero se encarga de señalar, con notable soltura también, que es indispensable contar, por las dudas, con un sofisticado aparato de represión y de “inteligencia” que deberán costear, indudablemente, los más ricos⁷³.

Semejantes consecuencias políticas del AED (que sólo pueden ser defendidas en determinados círculos intelectuales y difícilmente en la arena pública) han intentado disimularse llamando la atención sobre la importancia de otros fenómenos periféricos que han crecido en torno a él (la escuela de la *Public Choice* de James Buchanan, o el *Behavioral Law & Economics* de Cass Sunstein y Richard Thaler, por ejemplo)⁷⁴. Quienes usan esta estrategia parecen olvidar que tales fenómenos se han apartado decisivamente de las herramientas metodológicas y de los enfoques conceptuales del AED de Chicago, a punto tal que sus intereses han migrado hacia las discusiones de la ciencia política en general (los problemas de las votaciones colectivas, los grupos de presión, los partidos políticos, etc.), como es el caso de la escuela de la *Public Choice*, o bien hacia los problemas propios de las ciencias cognitivas (los “sesgos conductuales” en

⁷² Véase, por ejemplo, Rafael MERY NIETO, “Notas sobre Análisis Económico del Derecho: Una mirada desde América Latina”, pp. 138-139; Santiago MONTT-OYARZÚN, “LAW & ECONOMICS: ¿Esnobismo eficientista desalmado? Derribando dos mitos falsos”, pp. 71-85.

⁷³ Richard POSNER, “Equality, Wealth, and Political Stability”, pp. 344-365. Para un análisis de las consecuencias políticas del AED, Carlos D. MARTÍNEZ CINCA, “La democracia liberal entre la crisis del Estado de bienestar y la retórica circular de la eficiencia”, especialmente pp. 188-196.

⁷⁴ Un ejemplo de las recomendaciones a considerar estos nuevos enfoques en Santiago MONTT-OYARZÚN, “LAW & ECONOMICS: ¿Esnobismo eficientista desalmado? Derribando dos mitos falsos”, pp. 71-85.

contextos de incertidumbre, por ejemplo), como es el caso del *Behavioral Law & Economics*. Si el AED no ha podido ofrecer hasta hoy una teoría general del Derecho que pueda satisfacer los intereses epistemológicos *propios* del Derecho, es poco probable que puedan hacerlo estos nuevos enfoques interdisciplinarios que exploran satélites cada vez más alejados del núcleo central de una teoría general del Derecho.

Por último, el escepticismo final de Posner en torno a las posibilidades normativas del propio AED equivale casi a su certificado de defunción. Si en definitiva no se sabe lo suficiente acerca del Derecho como para determinar si es mejor seguir guiándose por la tradición y los precedentes o procurar en cambio que los jueces se “sofistiquen” en cuestiones económicas –como pretende Posner, pretensión que contradice abiertamente su tesis histórica de que los jueces no necesitan hablar el lenguaje de la Economía para comportarse como sujetos económicos⁷⁵– ¿entonces qué sentido tiene plantear una reforma del *Common Law* a través del AED, si en definitiva no se sabe si el resultado será mejor o peor? ¿No será ésta la prueba suficiente de que el AED es una veleidad intelectual, mera exuberancia de quien sólo quiere transmitir y divulgar algo enteramente novedoso en el mundo académico, como ha sostenido Robert Summers⁷⁶?

Sin embargo, las insuficiencias del AED como teoría descriptiva y normativa de la argumentación jurídica no debería llevarnos a pensar que los jueces norteamericanos decidan los “casos difíciles”, finalmente, de manera irracional, acudiendo a sus propias estrategias o preferencias políticas, morales, culturales, o simplemente a lo que es “políticamente correcto” e imperante en la opinión pública de su tiempo, como sostiene Posner⁷⁷. Es casi seguro que el tan combatido formalismo jurídico y la lógica deductiva que le es propia sigan siendo la teoría correcta en torno a la argumentación jurídica, como ha demostrado MacCormick en una obra ya clásica de la filosofía del Derecho⁷⁸.

Bibliografía

- ALCHIAN, Armen, “Some Economics of Property Rights”, en *Il Politico*, N° 30, 1965.
 BRENNER, Reuven, “Economics-An Imperialist Science?”, en *The Journal of Legal Studies*, vol. 9, N° 1, Chicago, 1980.

⁷⁵ POSNER, “The Law...”, *op. cit.*, p. 7.

⁷⁶ Robert S. SUMMERS, *Essays in Legal Theory*, p. 362.

⁷⁷ Richard POSNER, “The Jurisprudence of Skepticism”, p. 828.

⁷⁸ Neil MACCORMICK, *Legal Reasoning and Legal Theory*, pp. 52 y ss.

- CALABRESI, Guido, "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", en *Yale Law Journal*, N° 70, New Haven, 1961.
- CAMPBELL, Tom, *La justicia. Los principales debates contemporáneos*, Barcelona, Gedisa, 2001.
- COASE, Ronald H, "The New Institutional Economics", en *The American Economic Review*, vol. 88, N° 2 (Papers and Proceedings of the Hundred and Tenth Annual Meeting of the American Economic Association), Pittsburgh, 1998.
- COASE, Ronald H., "Economics and Contiguous Disciplines", en *The Journal of Legal Studies*, vol. 7, N° 2, Chicago, 1978.
- COASE, Ronald H., "The Problem of Social Cost", en *The Journal of Law and Economics*, vol. 3, Chicago, 1960.
- COMMONS, John R., "Law and Economics", en *Yale Law Journal*, N° 34, New Haven, 1925.
- CRESPO, Ricardo, *Two Conceptions of Economics* (Artículo presentado a la Séptima conferencia del INEM, Xalapa, México, 2 al 4 de julio de 2009 con el título "From the Meaning of the Economy to the Definition and the Roles of Economics"), 19 pp.
- DAVIS, John B., *The Theory of Individual in Economics*. London, Routledge, 2003.
- DWORKIN, Ronald, "Darwin's New Bulldog" en *Harvard Law Review*, vol. 111, Cambridge, 1998.
- DWORKIN, Ronald, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985.
- DWORKIN, Ronald, "Is Wealth a Value?", en *The Journal of Legal Studies* N° 9, Chicago, 1980.
- GAROUPA, Nuno, "The Law and Economics of Legal Parochialism", en *University of Illinois Law Review*, vol. 2011, Chicago, 2011.
- HEGEL, Georg W. F., *Fundamentos de la Filosofía del Derecho* (ed. de K. H. Ilting; trad. de Carlos Díaz) Madrid, Libertarias, 1993.
- HEYNE, Paul, "Are Economists Basically Immoral?" and *Other Essays on Economics, Ethics, and Religion*, Indianapolis, Liberty Fund, 2008.
- KUHN, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- LACLAU, Martín, "Los supuestos del pensamiento jurídico en los países de habla inglesa", en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social* (Asociación Argentina de Derecho Comparado), N° 7, Buenos Aires, 1987.
- LYNN SPENCER, Deborah, "History and Discourse in Law and Economics: 1920-1985", South Bend (Indiana), University of Notre Dame (Hesburgh Libraries), 1998.
- MACKAAY, Ejan, "History of Law and Economics", en *Encyclopedia of Law And Economics*, vol. 1, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2000.
- MACCORMICK, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1978

- MARTÍNEZ CINCA, Carlos D., “La democracia liberal entre la crisis del Estado de bienestar y la retórica circular de la eficiencia”, en *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, vol. 66, Navarra, 2012.
- MARTÍNEZ CINCA, Carlos D., “Límites del Análisis Económico como teoría interpretativa y argumentativa del Derecho”, en Juan CIANCIARDO ORTEGA (Coord.), *Constitución, Neoconstitucionalismo y Derechos*, México, Porrúa, 2012.
- MARTÍNEZ CINCA, Carlos D., “Maximización de la riqueza y asignación de derechos en Richard Posner”, en *Persona y Derecho. Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, vol. 60, Navarra, 2009.
- MERCADO PACHECO, Pedro, *El Análisis Económico del Derecho. Una reconstrucción teórica*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- MERY NIETO, Rafael, “Notas sobre Análisis Económico del Derecho: Una mirada desde América Latina”, en *Revista Derecho y Humanidades*, N° 10, Santiago, 2004.
- MONTT-OYARZÚN, Santiago, “LAW & ECONOMICS: ¿Esnobismo eficientista desalmado? Derribando dos mitos falsos”, en *Revista Derecho y Humanidades*, vol. 10, Santiago de Chile, 2004.
- NIBLETT, Anthony – POSNER, Richard – SCHLEIFER, Andrei, “The Evolution of a Legal Rule”, en *NBER (National Bureau of Economic Research) Working Paper Series*, N° 13856, Cambridge, 2008. Disponible en <http://www.nber.org/papers/w13856>. Última consulta: 15 de enero de 2013.
- POSNER, Richard, *How Judges Think*, Cambridge, Harvard University Press, 2010.
- POSNER, Richard, *Economic Analysis of Law*, New York, Aspen, 2006.
- POSNER, Richard, *The Problems of Jurisprudence*, 6ª ed., Cambridge, Harvard University Press, 1999 (1ª ed. 1990).
- POSNER, Richard, “The Problematics of Moral and Legal Theory”, en *Harvard Law Review*, vol. III, N° 7, Cambridge, 1998.
- POSNER, Richard, “Reply to Critics of *The Problematics of Moral and Legal Theory*” en *Harvard Law Review*, vol. 111, Cambridge, 1998.
- POSNER, Richard, “Equality, Wealth, and Political Stability”, en *Journal of Law, Economics, & Organization*, vol. 13, N° 2, Chicago, 1997.
- POSNER, Richard, “Wealth Maximization and Tort Law: A Philosophical Inquiry”, en David G. OWEN (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Clarendon, Oxford University Press, 1996.
- POSNER, Richard, “What Do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else Does)”, en *Supreme Court Economic Review*, vol. 3, Chicago, 1993.
- POSNER, Richard, “The Jurisprudence of Skepticism”, en *Michigan Law Review*, vol. 86, N° 5, 1988.
- POSNER, Richard, “The Decline of Law as an Autonomous Discipline: 1962-1987”, en *Harvard Law Review*, vol. 100, Cambridge, 1987.

- POSNER, Richard, "Wealth Maximization Revisited", en *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, vol. 2, South Bend (Indiana), 1987.
- POSNER, Richard, "The Law and Economics Movement", en *American Economic Review Papers and Proceedings*, vol. 77, N° 1, Pittsburgh, 1987.
- POSNER, Richard, *The Economics of Justice*, 7ª ed., Cambridge, Harvard University Press, 1998 (1ª ed. 1981).
- POSNER, Richard, "The Concept of Corrective Justice in Recent Theories of Tort Law" en *Journal of Legal Studies*, vol 10, N° 1, Chicago, 1981.
- POSNER, Richard, "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory", en *Journal of Legal Studies*, N° 8, Chicago, 1979.
- POSNER, Richard -William LANDES, "Altruism in Law and Economics" en *American Economic Review Papers and Proceedings*, vol. 68, N° 2, Pittsburgh, 1978.
- POSNER, Richard, "Blackstone and Bentham", en *Journal of Law and Economics*, vol. 19, Chicago, 1976.
- POSNER, Richard, "Economic Approach to Law", en *Texas Law Review*, N° 53, Texas, 1975.
- POSNER, Richard, "An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration", en *Journal of Legal Studies*, vol. 2, N° 2, Chicago, 1973.
- POSNER, Richard, "Book Review of Calabresi's Cost of Accidents" en *University of Chicago Law Review*, N° 37, Chicago, 1970.
- SCHUMPETER, Joseph A., *History of Economic Analysis*, London, Routledge, 1986.
- SCOON, Robert, "Professors Robbins' Definition of Economics" en *Journal of Political Economy*, vol. 51, N° 4, London, 1943.
- SHAPIRO, Ian, *The flight from reality in the human sciences*, New Jersey, Princeton University Press, 2005.
- SHOEMAKER, Paul J. H., "The Expected Utility Model: Its Variants, Purposes and Limitations", en *Journal of Economic Literature*, vol. 20, N° 2, London, 1982.
- SPECTOR Horacio, (comp.), *Elementos de Análisis Económico del Derecho*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004.
- STROWEL, Alain, "Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner" en *Archives de Philosophie du Droit*, vol. 37, Paris, 1992.
- SUMMERS, Robert S., *Essays in Legal Theory*. Dordrecht, Luwer Academic Publishers, 2000.