

POSNER, Richard. *Law Pragmatism and Democracy*. Boston: Harvard University Press, 2003.

Ronald Dworkin, uno de los filósofos políticos y legales más importantes de nuestra época, ha dicho, sin temor a dudas, que Richard Posner es una «maravilla del mundo legal».<sup>1</sup> A pesar de ser uno de sus críticos más feroces, Dworkin no carece de la sencillez intelectual necesaria para reconocer la enorme influencia que Posner tiene en el pensamiento legal contemporáneo.

En nuestro medio, Posner es más bien conocido por su fundamental contribución al análisis económico del derecho y al derecho *anti-trust*. Sin embargo, en nuestro país, pocas personas lo tienen como punto de referencia dentro de la teoría general del derecho, a pesar de que en este espacio él también compite en las ligas mayores de la discusión académica estadounidense. Sus libros *The Economics of Justice* (1981), *The Problems of Jurisprudence* (1990), *Overcoming Law* (1995), *The Problematics of Moral and Legal Theory* (1999), *Frontiers of Legal Theory* (2001) y *Public Intellectuals: A Study of Decline* (2001)<sup>2</sup> han sido objeto de las más furiosas críticas y de los más sonoros aplausos entre los filósofos del derecho norteamericanos. Así, Posner ha logrado el sueño de todo académico: que, independientemente de los sentimientos que genere su obra, todo autor de importancia se vea obligado a referirse a ella.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> DWORKIN, Ronald. «Philosophy and Monica Lewinsky». *New York Review of Books*, marzo 9, 2000. p. 48.

<sup>2</sup> Todos publicados por la Harvard University Press.

<sup>3</sup> Posner, además de ser juez de apelaciones del Séptimo Circuito, Senior Lecturer in Law de la Universidad de Chicago, especialista en análisis económico del derecho, derecho *anti-trust* y teoría legal, se ha dado tiempo para escribir libros tan variados y completos como *Law and Literature: A Misunderstood Relation* (1988), *Private Choices and Public Health: The AIDS Epidemic in an Economic Perspective* (1993) o *Sex and Reason* (1992), todas publicadas por Harvard University Press.

En *Law, Pragmatism, and Democracy*,<sup>4</sup> Posner vuelve a ingresar al terreno de la teoría legal, explorando, básicamente, la implicancia de su «pragmatismo» en el derecho y en la democracia.

Quizá la forma más sencilla de entender el pragmatismo de Posner es reseñando cómo, por medio de él, el autor analiza el derecho. En *Overcoming Law*, Posner señala que los abogados hacen, básicamente, dos tipos de análisis jurídico. El razonamiento *bottom-up* —tal como él lo llama— supone que el abogado toma las normas jurídicas, interpreta el texto y, sobre la base de dicha interpretación, determina qué es lo que el sistema legal permite y prohíbe. De acuerdo con Posner, este tipo de razonamiento legal (que curiosamente, en el Perú, caracteriza la formación legal tradicional) es el más pobre. El abogado nunca se pregunta por qué el texto de la norma es el que establece los límites de lo permitido. Simplemente, asume de manera pasiva que es así. Siempre le enseñaron que así es y así seguirá siendo.

Por su parte, de acuerdo a Posner, el razonamiento *top-down* es el más completo y el que suelen realizar los más destacados teóricos legales. Se parte —al margen de lo señalado por las leyes— de un complejo sistema teórico que justifica los valores que deben regir la sociedad y, en consecuencia, el derecho. Sobre la base de ellos, se determina lo permitido y lo prohibido. Lo escrito en las normas es, en todo caso, referencial y secundario. Ya después se verá cómo se diseña un argumento que permita adaptar el sistema legal existente al sistema de valores dictado por la teoría. Este es el tipo de razonamiento que utilizan autores como Ronald Dworkin, Bruce Ackerman o Richard Epstein.<sup>5</sup> Este, en buena cuenta, es un tipo de argumentación filosófico.

Posner, sin embargo, señala que por más profundo que sea el razonamiento *top-down*, de nada les sirve en la práctica a los abogados. Y este es el tema que retoma en *Law, Pragmatism, and Democracy*.<sup>6</sup> De acuerdo con el autor, ningún juez que dicta una sentencia tiene en cuenta este tipo de complejas argumentaciones. Poco le importa a un juez, por ejemplo, las

---

<sup>4</sup> POSNER, Richard. *Law, Pragmatism, and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

<sup>5</sup> Un ejemplo de este tipo de razonamiento es el que Epstein hace respecto de las limitaciones que el Estado puede imponer a la propiedad privada. Él no parte por analizar las disposiciones del texto constitucional, ni de su interpretación histórica o sistemática. Primero desarrolla una teoría política sobre las funciones del Estado basada en cierta medida en el pensamiento lockeano. Una vez definidos los derechos de los individuos frente al Estado, analiza a la luz de ellos la Constitución norteamericana. Recién en ese momento se acerca al texto de la norma y lo interpreta de tal manera que respete los derechos de propiedad establecidos por su teoría. Véase EPSTEIN, Richard. *Takings*. Cambridge: Harvard University Press, 1989.

<sup>6</sup> Véase, principalmente, los dos primeros capítulos.

teorías de la justicia de Rawls o Nozick al momento de resolver un caso concreto. Asimismo, ni los abogados al defender a sus clientes, ni los legisladores al decidir qué ley promulgan, echan mano de este tipo de argumentaciones. En buena cuenta, para Posner, entre abogados nadie escucha a los filósofos.

De acuerdo con Posner, los operadores del derecho utilizan simplemente el sentido común para resolver problemas. Así, sugiere que la actitud de los jueces, al momento de resolver una controversia, se acerca más a la sugerida por el famoso juez Holmes —probablemente el más agudo y elocuente en la historia norteamericana—, quien decía que una ley era constitucional a menos que le provocara vomitar. De esta forma, la mejor forma de predecir qué resolverá el juez es averiguar qué es lo que desayunó.<sup>7</sup>

A Posner no le falta razón cuando señala que el juez, abogado o legislador, primero suele tomar una posición basada en sus particulares valores, sentido común o intuición, y recién luego busca una justificación legal para ella. La principal razón es que a la gran mayoría de operadores legales no le interesa o, probablemente, ni siquiera entiende las complejas discusiones filosóficas que caracterizan los argumentos *top-down*. Especialmente, creo, esta descripción se amolda bien a nuestro país, donde es difícil imaginar a alguno de nuestros jueces dando fundamento kantiano a alguna de sus sentencias.

El problema con la propuesta de Posner, a mi parecer, es que no es solamente descriptiva. No solo propone que nadie le hace caso a los filósofos, sino por qué nadie debería hacerles caso.

Para su pragmatismo —supuestamente neutral en el aspecto político—, el conocimiento es coyuntural y relativo. El derecho no se encuentra fundado en valores universales y la discusión legal solo debe versar acerca de cómo el derecho puede convertirse en un instrumento que permita alcanzar una serie de finalidades sociales circunstanciales. La investigación jurídica debe recurrir a disciplinas como la economía, la sociología o la psicología, pues la filosofía, para él, no tiene nada que ofrecerle a la práctica.

De esta manera, Posner no dice nada acerca de cuáles son los fines sociales que deben perseguirse. Y esto, a pesar de que en su momento él planteó una teoría normativa de la maximización de la riqueza como finalidad social.<sup>8</sup> Así, si el derecho es puramente instrumental y los jueces deben ser libres para escoger los fines que este debe buscar, no sería posible discutir —por ejemplo— el sistema jurídico de la Alemania nazi siempre que el

<sup>7</sup> POSNER, Richard. *Overcoming Law*. Cambridge: Harvard University Press, 1995, p. 192.

<sup>8</sup> Véase POSNER, Richard. *The Economics of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1981.

derecho sea un instrumento eficaz para lograr sus objetivos. Ello lleva a que la propuesta de Posner amenace con convertir la discusión académica legal en un acrítico y superfluo análisis de la funcionalidad de las normas. Posner la reduce, en gran medida, a una evaluación de la eficiencia de los medios sin que pueda entrarse a discutir la validez de los fines. A él le basta analizar si sirve el martillo, sin querer detenerse a pensar por qué martillamos.

Pero, a mi juicio, tal no es el único error de esta posición. Posner también olvida que filosofía y práctica no son enemigos acérrimos irreconciliables. Ellos, simplemente, son dos amigos distanciados por los malos hábitos de varios de los más renombrados pensadores de la historia. Es cierto que a muchos filósofos les son indiferentes las consecuencias de llevar a la práctica sus construcciones teóricas. Pero también es cierto que un diseño teórico de este tipo puede constituirse en los cimientos que justifiquen el sistema legal utilizado como instrumento.

Por otro lado, Posner yerra al desconocer el impacto que puede tener un filósofo en la formación de la sociedad. Si bien su impacto es mediato, puede ser significativo. Muchas veces el pensamiento filosófico de ciertos pensadores termina influyendo en personajes que sí tienen un impacto inmediato en la sociedad. Milton Friedman, por ejemplo, ha tenido una gran influencia en la economía mundial y él reconoce como uno de los libros más importantes que ha leído a *On Liberty* de John Stuart Mill. Asimismo, los escritos de autores como Murray Rothbard o Richard Epstein han tenido, y tienen, una fuerte influencia sobre una serie de individuos que no se dedican a la filosofía, que no ofrecen justificaciones filosóficas en su cotidianidad, pero que gracias a ellos han adoptado una posición libertaria. Y, estemos o no de acuerdo con sus ideas, nadie puede desconocer que la filosofía marxista definió la forma que tomó la mitad del mundo durante el siglo XX. Posner no se equivoca cuando señala que los argumentos *top-down* no son utilizados por el operador jurídico común y corriente. Pero de ahí a proponer que, cual Ulises con las sirenas, debemos taparnos los oídos cada vez que un filósofo pronuncie una palabra, existe un trecho demasiado grande.

Quizá la parte más rica del libro —y novedosa dentro del pensamiento posneriano— es aquella en la que aplica su pragmatismo a la teoría democrática. Posner contrapone su posición con la de los demócratas deliberativos. En pocas palabras, ellos son quienes ven al Estado y a la democracia como un espacio de debate y discusión del que pueden surgir consensos que definan las líneas políticas que seguirá la sociedad. Posner, por su parte, rescata la teoría schumpeteriana de la democracia,<sup>9</sup> en la que el Estado realmente es manejado por pequeños grupos de poder. El ciudadano co-

<sup>9</sup> Véase SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, Socialism and Democracy*.

mún no tiene la posibilidad de influir en las políticas públicas concretas. De hecho, la gran mayoría de veces no le interesan ni se entera de su existencia. Y Posner, con razón, no piensa que esto sea necesariamente malo. De alguna forma responde a la idea de especialización en el trabajo que vuelve más eficiente a las sociedades. Mientras algunos individuos se especializan en las distintas actividades productivas, otros se especializan en gobernar.<sup>10</sup> La ventaja del sistema democrático frente a otras formas de gobierno, según Posner, no es que permita lograr consensos que conduzcan al «bien común», sino que permite —a un relativo bajo costo— una transferencia ordenada del poder, fiscalizar los excesos más graves de los gobernantes y que estos tengan incentivos para no ignorar por completo los intereses de los ciudadanos.<sup>11</sup>

Para Posner, la sociedad está compuesta por lobos y ovejas. Los lobos son los líderes naturales. Ellos llegan al poder en cualquier sociedad. El desafío para un sistema político es crear caminos hacia el poder que permitan que los lobos no recurran a la violencia, usurpación y opresión para obtener su lugar bajo el sol.<sup>12</sup> La democracia es el sistema de gobierno que en mayor medida se acerca a este ideal y en ello radica su valor.

El libro se sigue desarrollando de la manera ágil y erudita con la que Posner suele presentar sus argumentos. Posner aplica su teoría pragmática para analizar casos como el *impeachment* de Clinton, el problema de la elección del 2000 entre Bush y Gore,<sup>13</sup> y el tratamiento de la libertad de expresión. Es particularmente interesante el capítulo siete, donde discute las teorías del derecho de Kelsen y Hayek, contrastando el pensamiento de este último con el de Hart y Easterbrook.

Como puede intuirse, además de ser académicamente indispensable, gran parte del libro comparte una de las principales características de su autor: el ser tremendamente polémico. Y una de las frases con las que cierra esta obra refleja perfectamente este carácter e invita a su obligada lectura: «Si, como pragmáticos [...] creemos que las personas son monos con grandes cerebros en vez de aspirantes a cuasi-ángeles, muchas de las más influ-

---

<sup>10</sup> Véase POSNER, *Law, Pragmatism...* p. 172.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 182.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 183

<sup>13</sup> La defensa que hace Posner de la decisión de la Corte Suprema es particularmente demoledora. La posición contraria —que acusa de corrupta la decisión— también ha sido sostenida de manera impecable por Alan M. Dershowitz (Véase DERSHOWITZ, Alan M. *Supreme Injustice: How the High Court Hijacked Election 2000*. New York: Oxford University Press, 2001). El debate entre Posner y Dershowitz puede consultarse en: «Dialogue: The Supreme Court and the 2000 Election». En <<http://slate.msn.com/?id=111313>>.

yentes concepciones del derecho y la democracia deben ser descartadas». <sup>14</sup> Y esta, precisamente, es la enseñanza principal que cualquier abogado o filósofo peruano debería rescatar de este libro.

ENRIQUE PASQUEL RODRÍGUEZ

---

<sup>14</sup> POSNER, *Law, Pragmatism...*p. 385. La traducción es nuestra.