

Jules Coleman y las objeciones al Análisis Económico del Derecho como fundamento filosófico de la responsabilidad por daños extracontractual

Jules Coleman and the argues against Economic Analysis of Law as adequate philosophical foundation of Tort Law

Virginia de Carvalho Leal

Doutorado pela Universidad de León – ES. Professora Adjunta na ASCES-UNITA e na AESO - Barros Melo.
E-mail: virginiacleal@gmail.com

Revista Brasileira de Direito, Passo Fundo, vol. 13, n. 2, p. 176-193, Mai.-Ago. 2017 - ISSN 2238-0604

[Recebido: Ago. 18, 2016; Aprobado: Mar. 31, 2017]

DOI: <http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v13n2p176-193>

Como citar este artigo / How to cite item: [clique aqui!](#) / [click here!](#)

Resumen

En la teoría general y la filosofía del derecho del daño extracontractual son dos las grandes orientaciones en las que podemos encuadrar las doctrinas concurrentes. Una es aquella que cree que esta rama del derecho tiene su sentido, fundamento y razón de ser en una concreta y específica pauta de justicia. La otra gran orientación es la que corresponde a las doctrinas que a menudo se denominan instrumentalistas, en que el daño es nada más que el pretexto o el factor desencadenante para una medida que debe incrementar algún resultado socialmente beneficioso. Ese es el planteamiento del análisis económico del derecho, en la que el fin social en cuestión suele describirse como el de eficiencia, en cuanto maximización de los recursos sociales disponibles. Este artículo analiza los principales argumentos y críticas de Jules Coleman al análisis económico del derecho como fundamento filosófico de la responsabilidad extracontractual y la elección de la eficiencia y de la maximización de la riqueza como sus criterios de justificación.

Palabras-clave: Análisis económico del derecho. Fundamento filosófico. Responsabilidad extracontractual. Eficiencia.

Abstract

In general jurisprudence and in the philosophy of torts there are two main theoretical strands in which we can group competing doctrines of law. One of them is the view that argues that this branch of law has its meaning, grounds and “raison d’être” in a concrete and specific requirement of justice. The other is the view that corresponds to the doctrines that can be called instrumentalists, according to which the harm is nothing but the pretext or the social fact that triggers a measure that can lead to a socially advantageous result. This is the approach of the economic analysis of law, according to which the social aim in this matter can usually be described as promoting efficiency, understood as the maximization of available social resources. This article analyses the main arguments and critics that Jules Coleman argues against the idea that economic analysis of law can provide an adequate philosophical justification for tort liability and against the election of efficiency and wealth maximization as its justifying criteria.

Keywords: Tort law. Economic analysis of law. Philosophical justification. Efficiency.

1 Introducción

Desde la década de los cincuenta, predominantemente en los países del *Common Law*, que el derecho de la responsabilidad por daño extracontractual tiene entre sus abundantes peculiaridades la de haberse convertido en objeto de fuerte debate doctrinal, también sobre sus fundamentos últimos.

En términos morales o de justicia se zanjaba la cuestión aludiendo al mandato de no dañar (*neminem laedere*) y a la idea de que los sujetos deben cargar con las consecuencias de sus acciones injustas, injustas por resultantes de su deficiente actitud hacia los demás. Y, en términos de justicia igualmente, el *suum cuique tribuere*, el dar a cada uno lo suyo, justificaba también la medida de la reparación: al dañado hay que repararlo o indemnizarlo exactamente por el valor de lo que era suyo y con el daño perdido.

Ese esquema conceptual y moral tan sencillo y tan cómodo se vio progresivamente alterado por dos fenómenos. El primero, el incremento imparable de los supuestos de responsabilidad objetiva o sin culpa. El segundo, la abundancia de ejemplos en los que aquellos conceptos básicos de daño y causación no comparecen o lo hacen de manera muy peculiar; es decir, casos en los que se responde sin haber causado, se causa sin responder o se indemniza por daño que no es tal o que solo presuntamente es tal.

En Estados Unidos y a partir aproximadamente de los años sesenta del pasado siglo, la teoría tomó otro camino, de la mano de la escuela del análisis económico del derecho.

El análisis económico del derecho cambia radicalmente ese enfoque de la cuestión, y observan el daño o accidente como una pérdida que un sujeto sufre en alguno de sus bienes o intereses.

La cuestión que a los del análisis económico del derecho interesa es la de quién corre con los costes de los accidentes, quien paga por las desgracias que alguien padece. Se trata, pues, no primaria o fundamentalmente de dar lo suyo, de hacer justicia a la víctima o al causante del daño, sino de establecer quién conviene más que cargue con tales o cuales costes de los accidentes. Las posibilidades son en cada caso las siguientes: que con los costes cargue la propia víctima, la colectividad, un determinado grupo o una persona en particular que se halle en cierta relación con la víctima o con los hechos.

Y ahí llega el siguiente paso del análisis económico del derecho en estas cuestiones. Esa atribución de responsabilidad, que es vista nada más que como atribución de costes, debe obedecer a criterios de eficiencia económica general. Se presupone que los accidentes son malos, pues, se carguen los costes a quien se carguen, restan recursos económicos a la colectividad. Pague quien pague por las casas destruidas por un terremoto o por la bomba de unos terroristas, se detraen así recursos económicos que podrían ser destinados a otros fines más productivos o que

aumentasen más el bienestar general. Así que de eso se trata, de regular la atribución de costes de los accidentes de forma tal que dicha regulación permita que los accidentes sean los menos o que su coste sea el más bajo posible. El criterio no es de justicia, y menos de justicia interpersonal, sino de eficiencia económica general. El derecho de daños no es una manifestación de la justicia interpersonal, sino una herramienta de ingeniería social. El en fondo, por supuesto, late una cierta concepción utilitaristas de la justicia: sociedad más justa es aquella económicamente más eficiente, ya que el nivel total de bienestar será mayor allí donde sean más los recursos y, por tanto, menos la parte de esos recursos que deba destinarse a compensar accidentes o desgracias.

Alcanzamos de esa manera la regla más general del análisis económico del derecho para el derecho de daños, muy elemental y sintéticamente formulada aquí: los costes de los accidentes deben imputarse a aquel a quien le resulte más barato prevenir tales accidentes. Por tanto, y al menos sobre el papel, acaecido el accidente con sus costes, se trata de regular la atribución de esos costes del modo que resulte económicamente más eficiente en perspectiva global. Es la eficiencia económica lo que cuenta, sin que sean en sí determinantes factores atinentes a la justicia en el tratamiento de los individuos y de sus situaciones¹.

A partir de los primeros avances del análisis económico del derecho en materia de derecho de daños y de las obras seminales de autores como Calabresi o Posner, entre otros, el debate teórico sobre los fundamentos de la responsabilidad por daño extracontractual queda redefinido como pugna entre enfoques eficientistas o instrumentalistas y enfoques de justicia o deontológicos.

La pregunta de fondo es ésta: si hay en los sujetos ligados al daño y en la relación que a través del daño traban elementos que fuercen a que la responsabilidad por dicho daño deba organizarse de algún modo o bajo determinadas condiciones, de forma que la consiguiente regulación pueda ser tildada de injusta o de discordante con la esencia del derecho de daños si tales presupuestos no se respetan; o si, por el contrario, no es ese un campo en que las consideraciones deontológicas o de justicia

1 Explica muy bien Rosenkrantz todo esto: “El Análisis Económico del derecho (AED) es el desafío más radical a la idea que la responsabilidad por culpa debe ocupar el lugar del principio <general y supletorio> de la responsabilidad civil. El AED considera que el objetivo de la responsabilidad civil no es responder apropiadamente a acciones reprochables, ni realizar la lógica inmanente de la relación que se crea entre quien causa un daño y quien lo sufre, ni rescatar nuestra dignidad como agentes intencionales (la que se vería afectada si tuviéramos la obligación de compensar los daños que causamos sin intención de dañar, o al menos, sin intención de actuar con desaprensión respecto de los intereses y derechos de otro) sino, mucho más prosaicamente, minimizar el costo de los accidentes (o, más elaboradamente, minimizar la suma del costo de los accidentes y los costos de su evitación). Consiguientemente, para el AED la culpa solo debe tenerse en cuenta en un sistema de responsabilidad civil, si acaso, cuando ello fuera funcional al ideal que la informa. En otras palabras, para el AED la infracción de un estándar de cuidado puede constituirse en un prerrequisito de la obligación de compensar siempre que ello haga más probable que imponiendo dicho prerrequisito los costos sociales disminuyan y los beneficios sociales aumenten” (ROSENKRANTZ, 2008, p. 294).

deban ser determinantes o en el que haya presupuestos ontológicos que condicionen las soluciones posibles, de forma que quepa primar nada más que la eficiencia económica como objetivo de las correspondientes normas. A lo que se agrega que para el análisis económico del derecho nada hay en el seno de la relación entre dañador y dañado que fuerce a que los costes del daño tengan que ser tratados bajo los esquemas peculiares del derecho de la responsabilidad extracontractual.

Las teorías del fundamento moral, entre las que muy destacadamente se hallan las de la justicia correctiva, a menudo tratan de situar el cimiento teórico de la responsabilidad por daño en un esquema de derechos y obligaciones.

Los partidarios de la fundamentación deontológica o en clave de justicia² se ven abocados, de un lado, a la crítica de los planteamientos opuestos del análisis económico del derecho. El rival a batir en la teoría es, pues, ese eficientismo económico, de raíz utilitarista y que no atiende a las circunstancias del sujeto y su acción en concreto, sino a los resultados económicos de conjunto y para el conjunto social. De otro lado, deben localizar el principio moral o de justicia llamado a presidir y fundamentar la regulación jurídica del daño extracontractual. Dirán unos que tal principio es el de justicia correctiva, otros introducirán consideraciones de justicia distributiva y los habrá que pongan tal clave en nociones como la de reciprocidad del riesgo o la de responsabilidad del sujeto por las consecuencias de su acción autónoma, entre otros muchos patrones que en la doctrina de estas décadas se han ofrecido a tal propósito.

Jules Coleman es de los autores más importantes y prolíficos defensores de la idea de justicia correctiva como explicación última del derecho de la responsabilidad por daño extracontractual, y no se ha conformado con los enfoques instrumentales o eficientistas del análisis económico del derecho.

2 El principio de la eficiencia y sus concreciones

El análisis económico del derecho coloca como supremo principio de racionalidad del derecho, en su regulación y en su práctica decisoria, el principio de eficiencia. En 1980, en su obra *Efficiency, Utility and Wealth Maximization*, reseñaba Coleman una serie de aspectos que al respecto debían ser teóricamente justificados y desarrollados: qué es la eficiencia económica, cuál es su alcance explicativo o racionalizador de las normas y principios del derecho, cómo debe el derecho ser formulado para que promueva la eficiencia y hasta qué punto es el de eficiencia un valor legal deseable o

2 Owen recuerda quiénes, en la doctrina norteamericana, fueron los primeros en atacar el dominio del análisis económico (con Ronald Coase, Guido Calabresi, Robert Morris y Richard Posner) en materia de responsabilidad extracontractual. En 1970 Charles Fried con su obra *An Anatomy of Values*; en 1972, George Fletcher con su artículo *Fairness and Utility in Tort Theory*; en 1973, Richard Epstein con su famoso artículo *A Theory of Strict Liability*; y en 1974, Jules Coleman con el trabajo *On the Moral Argument for the Fault System* (OWEN, 1995, p. 3).

en principio atractivo con alcance general (COLEMAN, 1980b, p. 510). Explica que las raíces del primer análisis económico del derecho están en el utilitarismo y que el utilitarismo ha recibido objeciones que no cuestionan el consecuencialismo y otras que sí lo cuestionan. Entre las primeras estarían:

- a. El problemas de los límites: ¿qué preferencias y utilidades deben contar y cuáles no?
- b. El problema de si debe considerarse solamente el total de utilidad o también su distribución.
- c. El problema de la comparación interpersonal de la utilidad, fijando cuándo un aumento de la utilidad de uno vale más que una disminución de la utilidad de otro.

En cuanto a las objeciones sustantivas o que ponen en solfa el consecuencialismo esencial del utilitarismo, la objeción crucial está en que el incremento de la utilidad total justificaría, sin más, la violación por una persona de un principio moral importante. Además, se justificaría así, por el incremento de la utilidad global, la limitación o eliminación de la libertad de alguno o algunos (COLEMAN, 1980b, p. 511).

Para librar al análisis económico del derecho de esas objeciones al utilitarismo, en especial de las críticas sustantivas, Posner introduce el criterio de “maximización de la riqueza” (*wealth maximization*), en su obra, de 1979, *Utilitarianism, Economics and Legal Theory* (COLEMAN, 1980b, p. 511). También Coleman sostiene en el citado trabajo de 1980 que es posible construir un criterio de eficiencia que sea inmune a las objeciones al utilitarismo (COLEMAN, 1980b, p. 512).

Repasa Coleman dos principales criterios posibles de eficiencia, el óptimo de Pareto y la fórmula Kaldor-Hicks. El óptimo de Pareto se cumple cuando ningún nuevo movimiento de recursos puede aumentar el bienestar de uno sin perjudicar a otro (COLEMAN, 1980b, p. 512-513). “An allocation of resources is Pareto superior to an alternative allocation if and only if no one is made worse off by the distribution and the welfare of at least one person is improved”³ (COLEMAN, 1980b, p. 513).

3 “Allocations that are Pareto superior increase at least one person’s utility without adversely affecting the utility of another; they produce winners but no losers” (COLEMAN, 1980b, p. 515). “To say that resources are distributed in a Pareto-optimal fashion is to say that no further distributions are capable of enhancing anyone’s welfare without making someone else worse off” (COLEMAN, 1980b, p. 517). “To claim that resources or goods are allocated in a Pareto optimal fashion is to maintain that any further reallocation of resources will benefit one person only at the expense of another. An allocation of resources is Pareto superior to an alternative allocation if and only if no person is disadvantaged by it and the lot of at least one person is improved. An allocation of resources is Pareto inferior to another if there is a distribution Pareto superior to it [...] Pareto optimal distribution has no distributions Pareto superior to it” (COLEMAN, 1980a, p. 226). “A distribution of goods and services is Pareto optimal if and only if any further redistribution of resources will improve the welfare of one person only by diminishing the welfare of another. A distribution is Pareto superior to another distribution

Según nuestro autor, caben interpretaciones del óptimo de Pareto o del criterio de superioridad paretiana que, como patrón de eficiencia, los hagan independientes del utilitarismo. Y ello por dos razones. Una, porque toda mejora paretiana incrementa la utilidad total, pero no todo incremento de la utilidad total constituye una mejora paretiana (COLEMAN, 1980b, p. 515). Segundo, porque el criterio de comparación de utilidad no depende de la utilidad total, sino que toma como referencia las preferencias individuales, por lo que “el juicio paretiano tiene significado empírico independientemente de su conexión con la utilidad”⁴ (COLEMAN, 1980b, p. 516). “To say that an action is Pareto superior is to say only that at least one person is higher along his or her preference ranking, while no one else is any worse off with respect for his or her” (COLEMAN, 1980b, p. 509). Así pues, “it simply does not follow that the normative use of the Pareto-superior criterion must be abandoned even if utilitarianism is wrongheaded” (COLEMAN, 1980b, p. 517).

Tanto los criterios paretianos (*Pareto superiority* y *Pareto optimality*) como el criterio de Kaldor-Hicks, en cuanto pautas atinentes a la valoración de la eficiencia, suponen “the ranking of states of affairs” (COLEMAN, 1982c, p. 1106). Se trata de establecer preferencias entre estados de cosas alternativos, en función de la eficiencia, determinada con uno u otro de tales patrones. Según Coleman, el problema de los estándares paretianos es que, a la hora de establecer jerarquías entre estados de cosas, resulta que los cambios que en el mundo real suceden en los estados de cosas no podrían ser comparados. “La mayoría de las políticas en el mundo real provocan ganadores y perdedores y los criterios paretianos no nos resultan de ayuda a la hora de medir esos cambios” (COLEMAN, 1982c, p. 1107). Ese es el problema que trata de superar el criterio Kaldor-Hicks.

En cuanto al criterio de Kaldor-Hicks como criterio de eficiencia, se define así, en la descripción de Coleman: “One state of affairs (E') is Kaldor-Hicks efficient to another (E) if and only if those whose welfare increases in the move from E to E' could fully compensate those whose welfare diminishes with a net gain in welfare”⁵

if and only if the new allocation improves the welfare of at least one person without diminishing anyone else’s welfare. A Pareto optimal distribution has no distributions Pareto superior to it” (COLEMAN, 1979, p. 1383). “One state of affairs T , is Pareto superior to another state, S , if and only if going from S to T makes no individual worse off and makes at least one person better off -as judged by each individual’s conception or his own welfare. In other words, T is Pareto superior to S if no one prefers S to T and at least one person prefers T to S . A state of affairs is Pareto optimal if no other states are Pareto superior to it, i.e., any departure from it will make at least one individual worse off” (COLEMAN, 1982c, p. 1107).

- 4 “... one could plausibly argue that the Pareto-superior standard is normatively defensible not because applying it gives an index of total utility, but because rational self-interested persons would consent to its use” (COLEMAN, 1980b, p. 516).
- 5 “One state of affairs, T , is Kaldor-Hicks efficient to another state, S , if after going from S to T the winners could have compensated the losers” (COLEMAN, 1982c, p. 1107). “A distribution of goods and services is Kaldor-Hicks efficient with respect to another distribution if and only if the gainers

(COLEMAN, 1980b, p. 513). También la aplicación del criterio Kaldor-Hicks requiere una pauta de comparación interpersonal (lo que uno gana y otro pierde con una distribución) y también la satisfacción del criterio Kaldor-Hicks puede darse sin una ganancia en utilidad, es decir, sin un incremento en la utilidad total (COLEMAN, 1980b, p. 519-520). Mientras que la superioridad paretiana exige que el cambio de un estado de cosas a otro no produzca perdedores, el criterio Kaldor-Hicks nos permite comparar estados de cosas, en términos de eficiencia, aunque haya perdedores, además de ganadores (COLEMAN, 1982c, p. 1107).

Vemos, así, a Coleman salvando el criterio de eficiencia, propio del análisis económico del derecho, de las objeciones que se hacen al utilitarismo. En este momento de su evolución podemos entender que Coleman se acoge al análisis económico del derecho como fuente del mejor principio o criterio general aplicable a la responsabilidad por daños extracontractual, entre otras cosas.

También Posner quería ofrecer un concepto de eficiencia libre de las críticas al utilitarismo, y a ese fin presenta su pauta de “maximización de riqueza”⁶. Posner consideraría indefendible el utilitarismo en cuanto teoría moral y, con ello, escasamente atractivas las doctrinas del análisis económico basadas en el utilitarismo (COLEMAN, 1982c, p. 114). Por eso, frente al criterio utilitarista de eficiencia, introduciría Posner el criterio de “wealth maximization”. Además, en cuanto que la riqueza se mide en términos monetarios, caben las comparaciones interpersonales y se supera así el problema de la imposible comparación de utilidades entre ganadores y perdedores que aqueja al criterio de Kaldor-Hicks (COLEMAN, 1982c, p. 1113-1114).

Lo que Coleman critica a Posner es que ese no es ni un criterio mejor que el utilitarista ni un criterio alternativo de eficiencia (COLEMAN, 1982c, p. 1115). Lo primero, porque el criterio de Posner no se hace independiente del criterio de Pareto, sino que solo sustituye en él *welfare* por *wealth* (COLEMAN, 1980b, p. 523). Lo segundo, porque “maximización de riqueza no es un criterio de eficiencia⁷, sino una alternativa para la base utilitarista a la hora de justificar el objetivo de la eficiencia” (COLEMAN, 1980b, p. 523). Lo esencial es recalcar, según Coleman, que intercambios que incrementan utilidad para dos partes pueden no incrementar riqueza en modo alguno, como cuando A y B se cambian una manzana del primero por una naranja del

would still experience an increase in welfare were they required to compensate those whose welfare diminishes. A Kaldor-Hicks efficient distribution is therefore potentially Pareto superior. It is not in fact a Pareto superior distribution because winners do not actually compensate losers. Kaldor-Hicks efficient distribution can produce losers; Pareto superior distribution do not” (COLEMAN, 1979, p. 1383).

6 Cita Coleman (COLEMAN, 1980b, p. 509, nota 16) la caracterización de ese criterio de maximización de riqueza por el propio Posner: “Instead of imploring individuals to act to promote utility, the system of wealth maximization requires them to act to increase social wealth -defined as the dollar equivalents of everything in society, including producer and consumer surplus”.

7 Sobre esa afirmación de que la maximización de la riqueza no es un criterio de eficiencia, Hershovitz, entre otros autores, da la razón a Coleman vid. (HERSHOVITZ, 2011, p. 75, nota 16).

segundo, cada uno buscando su interés y su utilidad (COLEMAN, 1980b, p. 523).⁸

Por eso, si no se ha entendido mal, cree Posner que se ha librado del utilitarismo y de las críticas al utilitarismo. Pero los precios pueden variar como consecuencia del propio principio que los toma en cuenta y, por tanto, por su dependencia de los precios, el criterio de maximización de riqueza carece de la fijeza que se requiere de un criterio de eficiencia; no es un criterio de eficiencia (COLEMAN, 1980b, p. 526).

El problema está en las preferencias que se consideran a la hora de usar el criterio de eficiencia en cuanto maximización de bienestar de los sujetos. El sistema de maximización de la riqueza trata de obviar ese problema, pero a costa de que solo cuenten las preferencias operantes en el mercado y no el amplio abanico de preferencias de otro tipo y que también se relacionan con el bienestar de los sujetos y las sociedades⁹ (COLEMAN, 1982c, p. 1113). Y Posner no conseguiría mostrar por qué es moralmente más defendible el promover la riqueza que el promover la utilidad, cuando también es cierto que tiene que admitir que tanto con el criterio utilitarista como con el de maximización de la riqueza se da por sentado que pueden estar justificados sacrificios individuales en pro del bien común (COLEMAN, 1982c, p. 1116).

Pero se plantea luego Coleman el tema esencial: si el de la eficiencia, bajo la pauta que sea, es preferible a otro tipo de criterios, a otras concepciones sobre la acción correcta o la justicia, en cuanto guía de las instituciones y las regulaciones sociales (COLEMAN, 1980b, p. 527). Y aquí viene otra objeción capital de Coleman a Posner y a la tesis de este en el sentido de que el de maximización de riqueza es el apropiado parámetro de eficiencia: “a diferencia de la felicidad o el bienestar, la riqueza no es algo que tenga un valor intrínseco. Si buscar la riqueza es bueno, ha de serlo porque buscar la riqueza implica promover otras cosas valiosas” (COLEMAN, 1980b, p. 527). De tal modo, el de riqueza es un criterio puramente “instrumental”¹⁰. Pero los sujetos pueden preferir otras cosas con independencia de su traducción a riqueza, a dinero, porque las

8 “Because wealth maximization relies on the existence of prices, utilitarianism, but no wealth maximization, can provide the outline of a consequentialist argument for free exchange. Very roughly, the utilitarian argument would be that free exchange under de constraints of, among others, substantial knowledge and rationality increases utility and is desirable for that reason. In contrast, the system of wealth maximization can support free exchange only where exchanges involve prices. It is hard to see why free exchange is a good thing when it involves prices, but morally neutral, as it would be on wealth-maximizing grounds, otherwise” (COLEMAN, 1980b, p. 524). “Wealth maximization ranks social states in terms of dollar equivalents, not utilities” (COLEMAN, 1980b, p. 525).

9 “Por ejemplo, por qué no evaluar acciones y políticas sobre la base de su efecto en el nivel del agua en los siete océanos del mundo. Un acto es moralmente correcto si favorece el apropiado nivel del agua, y moralmente incorrecto si lo hace bajar, y moralmente neutral en los demás casos”. Una teoría moral utilitarista puede dar cuenta de ese tipo de efectos o preferencias, pero no así el criterio de maximización de la riqueza. De ahí que, según Coleman, dicho criterio no es moralmente más defendible que el utilitarismo (COLEMAN, 1982c, p. 1115).

10 “Because wealth is not something of intrinsic value, its claim to moral worth depends on its extrinsic value, that is, on its capacity to secure other things of value” (COLEMAN, 1980b, p. 528).

consideren buenas en sí y para su felicidad o bienestar, como la libertad, los derechos o la seguridad¹¹. No puede pretenderse que los derechos se impongan a través de la riqueza, que esta procure sociedades con más y mejores derechos, sino que el valor de los derechos ha de anteceder a la “utilidad” de la riqueza (COLEMAN, 1980b, p. 529). “[...] if there are ends other than wealth -for example, welfare, security, autonomy- why should the only rights individuals have be means to the end of wealth maximization? Why not confer rights to a certain level of welfare, security, freedom, and so on?” (COLEMAN, 1980b, p. 529). Si la maximización de la riqueza puede requerir a veces el sacrificio de derechos, entonces ya no se justifica el criterio de maximización de la riqueza por su favorabilidad para los derechos¹².

Seguidamente, en *Efficiency, Utility and Wealth Maximization* se ocupa Coleman de otro aspecto en la crítica a Posner. Explicado aquí en términos muy sencillos, Posner vendría a mantener que cuando alguien es compensado por un daño, recibe una cuota de riqueza, la recibe en uso de su libertad y, al recibirla libremente, está consintiendo esa transferencia de riqueza y, con ello, esa peculiar transacción entre daño y transferencia de riqueza como compensación. Replica Coleman que la aceptación *ex post* de la compensación no significa que el dañado consienta retrospectivamente el daño¹³. Ciertamente, podemos construir ejemplos en los que con la ganancia del

- 11 Además, puesto que la maximización de la riqueza no es un criterio apto para que cuenten igualmente las preferencias de cada uno, ya que solo se considera las preferencias monetarias o traducibles directamente a “dólares”, ese criterio “es incompatible con el principio de igual consideración de todos los intereses”. De esa manera, no se satisface tampoco “ni la más elemental concepción de lo que significa tratar a los individuos como iguales y con el debido respeto a cada uno” (COLEMAN, 1982c, p. 1116). “If civil authority is concerned with individuals’ preferences, it is because legislation affects the welfare of those individuals. Part of what it means to be concerned with the welfare of individuals is to be concerned with the effects of legislation on the frustration or satisfaction of their preferences. But to take seriously only the preferences of those with money is to excuse the government for failing to consider the interests of those people who are unable to express their interests monetarily. But it is a person’s capacity for satisfaction and frustration -not his wealth- that imposes the duty upon civil authority to take into account the effect of legislation upon him” (COLEMAN, 1982c, p. 1117).
- 12 “[A]ll instrumentalist defenses of wealth maximization rely on the very implausible claim that a society will achieve a more attractive combination of wealth and other social goods by pursuing wealth only than it would were it to pursue this or that combination of social goods” (COLEMAN, 1980b, p. 530).
- 13 Igualmente, el rechazo de la compensación tampoco debe interpretarse como consentimiento del daño (COLEMAN, 1982c, p. 1121). Dibuja muy bien Coleman la paradoja: si aceptar la compensación implica siempre consentir el daño, la única manera que uno tiene para no dar su consentimiento al daño es rechazar la compensación, pero ese rechazo es interpretable como que yo he sopesado mi derecho a la compensación y no veo que tenga que ser compensado, con lo cual también estaría consintiendo la acción en cuestión (COLEMAN, 1982c, p. 1121; similarmente, 1986, p. 1360). Y tampoco, para Coleman, es convincente el argumento de que la compensación *ex ante* implica consenso *vid.* (COLEMAN, 1982c, p. 1122), con un hábil y sugerente ejemplo de Coleman al respecto. Entre otras cosas, porque, si suponemos el consentimiento en quienes aceptan una compensación *ex ante* por ejemplo por asumir un riesgo, y resulta que esa compensación anterior es más baja que

dañador y la no pérdida del dañado compensado (y la ausencia de pérdidas para otros) se cumpla el óptimo de Pareto¹⁴. Pero para nada se sigue de ahí lógicamente que el dañado que acepta la compensación esté así consintiendo retrospectivamente el daño (COLEMAN, 1982c, p. 1121).

Lo que la compensación implica es que yo he sido injustamente dañado y, así, lo que se refuerza es el derecho a la seguridad; no es la expresión de que el dañado consiente la reducción de su nivel de seguridad (COLEMAN, 1980b, p. 536). Igualmente, si el dañador ha tenido con su acción una ganancia superior a la compensación, tampoco está el que recibe la compensación consintiendo esa ganancia a sus expensas (COLEMAN, 1980b, p. 537). La compensación por daño no puede interpretarse como expresión de un libre intercambio, en términos de “libertarismo”, pues el “libertarismo” al estilo de Nozick también se opone a transferencias forzosas justificadas por razones de eficiencia (COLEMAN, 1980b, p. 538). No conseguiría Posner mostrar que la búsqueda de la riqueza sea, como pauta de acción bajo incertidumbre de daño, superior a un criterio de justicia al estilo de Rawls (COLEMAN, 1980b, p. 539-540).

En suma, si lo que andábamos buscando es una justificación moral del criterio de eficiencia cuando se aplican ciertas medidas forzosas, como ocurre en la aplicación de reglas de responsabilidad, y se pretende que lo que justifica dichas transferencias forzosas (el daño -con posible beneficio para el dañador- y la compensación) es el consenso, tal pretensión de fundamentación del criterio de eficiencia fracasa; igualmente si dicho criterio de eficiencia que pretende justificación moral-consensual adopta la forma del óptimo de Pareto o del criterio Kaldor-Hicks. Y ello tanto es así si el consenso se concibe como consenso fáctico o como consenso hipotético¹⁵. Tampoco serviría la invocación de un consenso hipotético al nivel de “social choice”¹⁶

el daño habido, el dañado habría perdido su derecho a reclamar después de acontecido el daño (COLEMAN, 1982c, p. 1123). “By accepting compensation ex ante, one may consent to taking a risk. But this is not equivalent to securing one’s consent to taking a loss” (COLEMAN, 1982c, p. 1123).

14 Vid. un tal ejemplo en (COLEMAN, 1982c, p. 1121); otro en (COLEMAN, 1982c, p. 1124).

15 Vid., sobre este último, (COLEMAN, 1982c, p. 1123ss). Resume Coleman así lo referente al consenso hipotético: “In short, arguments for economic efficiency that rely on hypothetical consent either: (1) do not really rely on hypothetical consent, but on teleological considerations of self-interest instead; (2) need not be sound, since individuals need not always choose to make themselves better off; or (3) fail because the preferences from which conclusions about hypothetical consent are drawn may be for social states that require increasing welfare by *actual* agreement only” (COLEMAN, 1982c, p. 1127).

16 “When we elevate consent arguments to the level of social choice, the claim is not that each individual loser consents to his particular losses, but rather that individuals conceived of in a certain way rational, with a particular attitude toward risk and a moral sense would choose to apply the Kaldor-Hicks criterion. The individual losses that result from Kaldor-Hicks improvements would be justified because losers and winners consented ex ante to pursue policies with the risk that some would come out on the short end. The justification of particular losses is a matter of *fairness*, not *consent*. The principle of *consent* would apply to the justification of the institutions, the principle of *fairness* to

3 Reglas de propiedad y de responsabilidad y asignación de títulos

Según Coleman, el análisis económico del derecho puede cultivarse de dos maneras¹⁷. La primera consiste en realizar análisis de las diversas políticas, regulaciones y decisiones en términos de eficiencia, pero sin prejuzgar que la eficiencia sea la pauta jurídico-política fundamental y primaria¹⁸ (COLEMAN, 1980b, p. 549). La otra manera de cultivar el análisis económico del derecho parte de poner la eficiencia como criterio supremo de las políticas, las normas y las decisiones judiciales, justificando las intervenciones de los gobiernos sobre la libertad, el mercado o las preferencias individuales en aras de promover la eficiencia. Pero entonces resurge la gran pregunta: por qué la eficiencia como pauta suprema y apta para sacrificar en su altar preferencias, derechos, libertades y hasta el libre intercambio en el mercado (cuando el mercado no intervenido dé lugar a ineficiencias)¹⁹ (COLEMAN, 1980b, p. 549). Al hilo de esta

individual losses” (COLEMAN, 1982c, p. 1127). “When the argument from consent is applied at the level of social choice, its adequacy conditions change. Proponents of the argument for Kaldor-Hicks from social choice do not have to show that every individual loss is consented to; they must prove the much stronger claim that, from among the full set of principles available to guide institutional design, individuals would choose to have their institutions framed by the Kaldor-Hicks criterion. In other words, the proponents must show not only that individuals would choose Kaldor-Hicks over, say, the Pareto principle, but that they would choose the pursuit of efficiency through Kaldor-Hicks improvements over every other conception of the good, including, for example, various forms of libertarianism and Rawlsian justice available to them. Otherwise, it would be impossible to justify particular instances of the Kaldor-Hicks principle by appealing to considerations of institutional consent or choice” (COLEMAN, 1982c, p. 1127-1128).

Ulteriores objeciones de Coleman a ese consenso hipotético ligado al “social choice”, e incluyendo la teoría de Rawls: (COLEMAN, 1982c, p. 1128-1129). Para la crítica a Posner sobre el particular: (COLEMAN, 1982c, p. 1129-1131).

17 Similarmente, (COLEMAN, 1980a, p. 221-222).

18 “At it purest, this sort of economic analysis says nothing about the types of policies governments should impose at the present time or the kinds of judicial opinions judges should reach” (COLEMAN, 1980b, p. 549).

19 En algún momento trazó Coleman la importante diferencia entre enfoque económico y enfoque de mercado en materia de “policy”: “The economic approach is based on the principle that economic efficiency is the fundamental goal of social policy. Efficiency, however, rarely results from market exchanges. This is because to be efficient in the Pareto sense, a market must be competitive, but the conditions for competitive equilibrium are often unsatisfied. To pursue efficiency, the economic approach therefore often calls for intervention in the market. In contrast, the market approach assumes that markets secure efficiency or that, even where they do not promote efficiency, they have unique advantages. For example, the free but Pareto inefficient market can be defended on the grounds that it is essential to human liberty or that it coordinates preferences, supply and demand, and so on” (COLEMAN, 1979, p. 1383-1384).

En su debate con Posner subraya Coleman que aquel plantea que cuando la asignación de derechos legales afecta a la distribución de recursos, el derecho debe “mimic” el mercado, en el sentido de que los derechos deben ser asignados de manera que se produzca el resultado que el mercado produciría en ausencia de costes de transacción (COLEMAN, 1982c, p. 1108), es decir, si se dieran los presupuestos

última cuestión, podemos mencionar también otra clasificación dual que hace Coleman de los enfoques del análisis económico del derecho. Hay un tipo de análisis económico que “advocates deploying the principles of neo-classical microeconomic theory to evaluate, and where necessary repair, existing legal and political institutions and policies. This mode of analysis assumes that it is appropriate and desirable for courts, legislatures, and other policy-making bodies to pursue economic efficiency. If the rules these institutions fashion are <<efficient>>, that counts strongly in their favor; if not, they are to be replaced by efficient ones”. El otro tipo de análisis trata de justificar la opción por la eficiencia como supremo criterio de las políticas y decisiones públicas y lo hace con argumentos morales y de justicia. Posner sería representante de esa orientación, por ejemplo en los trabajos recopilados en su libro *The Economics of Justice*, de 1981. “Instead of asking whether a legal rule is efficient, Posner tries to answer the more fundamental question of why the law or public policy should promote efficiency: What, if anything, justifies efficiency?” (COLEMAN, 1982c, p. 1105).

En lo que a las decisiones judiciales se refiere, existe una ulterior dificultad, derivada de que no todo actor o agente institucional está autorizado para perseguir la eficiencia en cualquier circunstancia y sea cual sea su rol institucional. “The question is whether judges have the authority to seize upon a private dispute framed by and in terms of the respective litigant’s interest as an opportunity to promote desirable social policies, for example, efficiency and distributional justice” (COLEMAN, 1980b, p. 550). Para Coleman, es mejor verlo de esta otra manera: lo que tiene que mover a los jueces al decidir es la determinación de cuál de los litigantes en un pleito tiene los derechos legales de su parte. Para eso un argumento económico puede ser relevante y digno de ser tomado en consideración, pero no puede ser el argumento dirimente y superior a cualquier otro.²⁰

operativos del teorema de Coase. Pero de ese modo Posner está justificando la intervención del poder público en el mercado y la reasignación de títulos desde el poder y sus normas, en aras de la eficiencia, el suplir al mercado en el logro de la máxima eficiencia cuando ello no cabe con las simples reglas del mercado. De esa manera, Posner se alejaría del “libertarianism” y se acercaría más al utilitarismo vid. (COLEMAN, 1982c, p. 1110). “When the market fails and transaction costs foreclose further trades, it is tempting to think that the decisionmaker has only a choice between the autonomy of the inefficient market and coercitive, utility maximizing market intervention” (COLEMAN, 1982c, p. 1110). Se rompería así, en Posner, aquella “frágil alianza” que en Coase se daba “entre moralidad política utilitarista y libertarista” (COLEMAN, 1982c, p. 110).

20 En la conclusión de Coleman en *Efficiency, Utility and Wealth Maximization* vemos la transición de este autor desde una anterior influencia grande del análisis económico del derecho hacia otros patrones teóricos en clave de derechos o de justicia: “Even were we to agree that pursuing efficiency would be morally defensible, we would argue that it is a further question whether judges have the authority to do so. In addition, we argue that adjudication primarily -or always- concerns rights rather than the promotion of some useful social policy while at the same time it provides a substantial and meaningful role for economic argument. The economic theory of adjudication, however, because it views private disputes in terms of global interests and social goals explains the reference

Es de gran relevancia que nos fijemos en un aspecto particular de la postura de Coleman en esos primeros años ochenta en los que todavía está bajo una fuerte influencia del análisis económico del derecho, aunque discuta con algunos de los autores más significativos de tal tendencia. Cuando asuma Coleman la justicia correctiva como idea directriz de la responsabilidad por daño extracontractual, uno de los problemas más relevantes estará en la relación con la justicia distributiva. La justicia correctiva, dirá Coleman, exige anular mediante compensación las pérdidas injustas (*wrongful*), pero con independencia de dos cosas: justicia distributiva (del reparto social) y justicia del título (la base por la que es del dañador el bien por cuyo daño se le compensa).

La indemnización o compensación²¹ por daño, en cuanto impuesta por la agencia estatal (decidida por los jueces en aplicación de la norma jurídica) supone una transacción impuesta, no derivada del libre juego de los actores en el mercado. Para el análisis económico del derecho, según explica Coleman en *Efficiency, Exchange, and Auction*, la búsqueda de la eficiencia económica justifica que el poder público juegue con los costes de transacción y las externalidades mediante tres mecanismos: tasas y subsidios, reglas de propiedad y reglas de responsabilidad (*liability rules*) (COLEMAN, 1980a, p. 238). Cada uno de esos mecanismos “supone cierta forma de intervención en el mercado mediante una autoridad central (pública)” (COLEMAN, 1980a, p. 238).

Tanto el mecanismo de las reglas de propiedad como el de las reglas de responsabilidad implican vías para el control de externalidades y tienen en común “la asignación inicial de títulos” (COLEMAN, 1980a, p. 238). Las reglas de propiedad protegen los títulos dando al titular el derecho a no renunciar a lo suyo si no es a cambio de un precio consentido. Las reglas de responsabilidad juegan cuando un no titular reduce el valor del título sin consentimiento de su titular, haciendo que ese dañador tenga que pagar por ese daño, pero no lo hacen atendiendo al precio que el titular habría puesto por su título o esa parte del mismo (1980a, p. 238). Viene a ser como si al dañador se le impusiera por la autoridad pública (el juez) un precio mediante el que “compra” todo o parte de ese título que era del otro (COLEMAN, 1980a, p. 238-239).

Así pues, bajo ese prisma del análisis económico del derecho, las *liability rules* operan sin cuestionamiento del título, basta que ese título exista. Puede que sea este uno de los problemas de la justicia correctiva, que manda que se anule la pérdida injusta que alguien sufre en algo que es suyo, pero con independencia de la justicia del título por el que es o era suyo. ¿Queda ahí un resto del punto de partida del análisis económico del derecho? Explica Coleman que “Economists are more often concerned

to economic argument in adjudication at the expense of the common sense view of law as concerned with rights and obligations -rights and obligations it is the court’s duty to enforce rather than create” (COLEMAN, 1980, p. 531).

21 Refiriéndose a toda la obra de Coleman, subraya Berryman que llama la atención que haya dedicado tan escasa atención a los pormenores de la compensación y su concreto funcionamiento y formas (BERRYMAN, 2008, p. 102, nota 41).

with the question of how entitlements are to be protected once assigned than with the question of how they are to be assigned” (COLEMAN, 1980a, p. 239, nota 22). Pero si atendemos a la eficiencia, el supremo criterio del análisis económico del derecho, dice Coleman que “the initial assignment of entitlements will affect the efficiency of the ultimate outcomes”, pues “any number of costs (usually transaction costs and information costs) makes it impossible to internalize externalities through private exchange” (COLEMAN, 1980a, p. 239). Por tanto, el asunto está en “mediante qué principio deben ser asignados los títulos”²² (COLEMAN, 1980a, p. 239).²³

En sus escritos de los años 1979-80, Coleman se adhiere críticamente al análisis económico del derecho. Por un lado, manifiesta que hace sus objeciones “desde dentro” de ese patrón teórico y asumiendo la importancia del criterio de eficiencia. Concluye con estas palabras su artículo *Efficiency, Exchange, and Auction...*: “my goal has been to look at aspects and examples of the economic approach to law <<from inside>>, not as a critic of the entire enterprise, but as someone trying to work his way through it. This essay does not attempt to rebut all of law and economics. For even if efficiency does not carry the day in matters of social policy, arguments for efficiency must be taken seriously” (COLEMAN, 1980a, p. 249). Pero, por otro lado, ve las limitaciones del principio de eficiencia como principio abarcador o exclusivo a la hora de orientar y justificar la acción de las instituciones: “every economic notion of efficiency is of derivative and limited use in the public policy arena” (COLEMAN, 1980a, p. 248). Entre otras cosas, porque las nociones de eficiencia, como la de Kaldor-Hicks, “derives from some deeper noneconomic theory of desert and entitlement” (COLEMAN, 1980a, p. 248) o porque hasta una noción como la de superioridad paretiana, tan ligada a ciertas concepciones de la eficiencia, “is useless as a basis of policy independent of a *noneconomic justification* of the initial or primary distribution with which the reallocation are to be compared” (COLEMAN, 1980a, p. 249).²⁴

22 Critica Coleman la propuesta de Posner al respecto (COLEMAN, 1980a, p. 239ss).

23 Al fin y al cabo, mientras Coleman andaba cerca del análisis económico del derecho y, en consecuencia, del enfoque normativo positivo del mercado y de la asunción de la eficiencia como principio rector de las “*policies*”, coqueteaba también con el teorema de Coase y el modo en que por ese camino se ligan los títulos y sus cambios, dentro del mercado, por un lado, y la eficiencia, por otro. vid., v.gr., (COLEMAN, 1980a, p. 223ss). Pero, ¿qué justifica la justicia de los títulos que en la responsabilidad por daño se protegen cuando ya es la justicia correctiva la que rige?

24 Esa postura se repite una y otra vez en el Coleman de los primeros ochenta: “I do not mean to suggest that there are never any good reasons for pursuing efficiency or that doing justice is invariably inconsistent with promoting efficiency. My point is the more modest one that Kaldor-Hicks wealth maximization is not a defensible conception of justice. This does not mean that there are never any grounds for making Kaldor-Hicks improvements or for promoting social wealth. Rather, whether or not a Kaldor-Hicks efficient change in policy is warranted or an institution designed to maximize wealth is justified depends on a much richer conception of moral agency, the good, justice, institutional competence, and the nature of the state than Posner and other advocates of economic analysis have conceived” (COLEMAN, 1982c, p. 1131).

En consecuencia, el criterio de eficiencia no puede dejar de ser tributario de una idea de la justicia o del merecimiento, sea en cuanto a la distribución, sea en cuanto a la atribución inicial de títulos sobre las cosas.

4 Conclusiones

Cuando tratamos del fundamento del derecho de la responsabilidad civil extracontractual estamos buscando el criterio que permita dar cuenta de su autonomía como parte o rama de lo jurídico, justificar o criticar los principios que orientan las regulaciones en este campo, explicar las relaciones y diferencias con otras materias jurídicas y entender los modos de interacción posible con otros ámbitos de la regulación y la vida social.

En la teoría general y la filosofía del derecho del daño extracontractual son dos las grandes orientaciones en las que podemos encuadrar las doctrinas concurrentes. Una es aquella que cree que esta rama del derecho tiene su sentido y razón de ser en una concreta y específica pauta de justicia. En los más importantes autores que a este grupo pueden ser adscritos, dicha pauta suele ser la justicia correctiva. Con los esquemas o estructuras constitutivas de la justicia correctiva, la relación que se establece entre dañado y dañador con motivo del daño fuerza racionalmente a que sean los elementos y peculiaridades de dicha relación los que determinen el tipo de tratamiento del daño. Esa relación es bilateral y, por tanto, la solución para el daño no puede dejar de ser bilateral; es decir, es la configuración anterior de la relación entre esos dos sujetos lo que se ha alterado cuando ha habido un daño de los que debe tomar en consideración el derecho de la responsabilidad extracontractual, y aquello a lo que tal daño razonablemente fuerza es a la recomposición de esa situación anterior entre esos concretos sujetos y en la forma que sea materialmente posible. Que la relación bilateral sea lo que la justicia correctiva toma en consideración implica que no cuenta la situación relativa de cada uno de esos sujetos en el conjunto social, aspecto que ya no pertenecería al punto de vista de la justicia correctiva, sino al de la justicia distributiva, si de parámetros de justicia hablamos.

La otra gran orientación dentro de la fundamentación del derecho de daños es la que corresponde a las doctrinas que a menudo se denominan instrumentalistas. Su característica principal está en que no se atienen a esa idea básica de bilateralidad. El daño que importa para el derecho de la responsabilidad extracontractual sigue siendo el que un sujeto provoca a otro. En eso y nada más que en eso queda, para las corrientes instrumentalistas, lo peculiar del derecho de daños, su elemento constitutivo. De ahí que del derecho de daños no formen parte los daños o perjuicios derivados de eventos naturales o de desgracias o accidentes que a uno le pueden suceder sin que se deban a la acción u omisión de otro, de la que otro sea relevantemente responsable.

Lo específico de las corrientes instrumentalistas viene por el lado de las soluciones para el daño que un sujeto padece así, de resultas de la conducta relevante de otro.

El daño es nada más que el pretexto o el factor desencadenante para una medida que debe incrementar algún resultado socialmente beneficioso. Ese es el planteamiento del análisis económico del derecho, el planteamiento instrumentalista por antonomasia. El fin social en cuestión suele describirse como el de eficiencia, en cuanto maximización de los recursos sociales disponibles. También podemos verlo como el de máximo ahorro en gastos por accidentes, por daños debidos a accidentes y desgracias imputables a la conducta de alguien. Poco cambia de lo dicho si algún autor, como Posner, introduce el matiz de que ese objetivo rector global es el de maximización de la riqueza, por ejemplo.

Lo que se persigue es que la regulación jurídica en este ámbito coopere para una situación social mejor, pero limitándose a entender que la situación social mejor es aquella en la que se maximizan los recursos económicos de los que globalmente se dispone para un objetivo que, al fin y al cabo, es un objetivo de crecimiento económico, de maximización de la riqueza y de maximización de la utilidad global de esa riqueza. No importa cuánto tenga cada uno ni para qué, sino que en conjunto se tenga lo más posible y se use de la mejor manera para que se tenga cada vez más. Las regulaciones jurídicas son vistas como incentivos para los individuos, incentivos cuyo valor se mide bajo ese parámetro de maximización de la eficiencia económica colectiva.

En este trabajo hemos visto algunas de las críticas y argumentos que Jules Coleman ha puntuado a los criterios instrumentalistas del análisis económico del derecho. Ha cuestionado ese autor si el criterio de la eficiencia – sea cual sea la pauta – es preferible a otro tipo de criterio, a ejemplo de la justicia correctiva u otros criterios morales – en cuanto guía de las instituciones y regulaciones sociales. Según Coleman, la riqueza no tiene valor intrínseco, y como tal no serviría de parámetro de eficiencia.

Coleman argumenta también que la acepción de la compensación no significa – por parte del dañado – en el consentimiento del daño, a la vez que su rechazo tampoco puede caracterizarse como consentimiento de este daño.

Por ende, Coleman critica aún tanto la manera de cultivar el análisis económico del derecho al elegir la eficiencia como criterio supremo de la política, de la norma y decisiones, bien cuando no sea la eficiencia la pauta jurídico-política fundamental y principal. Para aquél autor, un argumento económico puede ser relevante para un juez, por ejemplo, pero no dirimente y superior a cualquier otro.

Referencias

- BERRYMAN, J. Compensation Principle in Private Law, *The. Loy. LAL Rev.*, 42, 91-130, 2008.
- COLEMAN, J. L. Book Review: Tragic Choices (with W. Holahan). *California Law Review*, 67, 1379-1393, 1979.
- _____. Mental Abnormality, Personal Responsibility, and Tort Liability, 107-133 Springer. 1980.
- _____. Efficiency, Exchange, and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law. *California law review*, 68, 221-249, 1980a.
- _____. Efficiency, Utility, and Wealth Maximization. *Hofstra L.Rev.*, 8, 509-551, 1980b.
- _____. Corrective justice and wrongful gain. *The Journal of Legal Studies*, 421-440, 1982a.
- _____. Moral theories of torts: Their scope and limits: Part I. *Law and Philosophy*, 1(3), 371-390, 1982b.
- _____. The Normative Basis of Economic Analysis: A Critical Review of Richard Posner's "The Economics of Justice". *Stanford law review*, 1105-1131, 1982c.
- _____. Second thoughts and other first impressions. *Analyzing Law*, 257-322, 1998.
- EPSTEIN, R. A. A Theory of Strict Liability. *The Journal of Legal Studies*, 151-204, 1973.
- OWEN, D. G. Why Philosophy Matters to Tort Law", en: Owen, David (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 1-27, 1995.
- ROSENKRANTZ, C. F. El riesgo y la responsabilidad extracontractual: Algunas consideraciones filosóficas, jurídicas y económicas acerca de una difícil relación. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 3, 45-80, 1998.
- _____. Introducción. La justicia correctiva y la responsabilidad extracontractual: donde la Filosofía del Derecho y la Economía se encuentran", en: Carlos F. Rosenkrantz (comp.), *La responsabilidad extracontractual*, Barcelona, Gedisa, 9-53, 2005.