

¿SE DEBE INDEMNIZAR EL DOLOR DE LAS VÍCTIMAS DEL 11 DE SEPTIEMBRE?

Un análisis económico del daño moral

Hugo A Acciarri (Departamento de Derecho, Universidad Nacional del Sur)
Andrea Castellano (Departamento de Economía, Universidad Nacional del Sur)
Andrea Barbero (Departamento de Economía, Universidad Nacional del Sur)

Sumario

- I.- Introducción**
- II.- El concepto de “daño moral” y “daño extrapatrimonial”**
- III.- La cuantificación en la evidencia empírica**
- IV.- Las estrategias de aproximación al daño extrapatrimonial en el análisis económico**
 - IV.1.- El enfoque basado en el seguro**
 - IV.1.a.- La aproximación teórica**
 - IV.2.b.- La aproximación empírica**
 - IV.2.- El enfoque basado en la disposición a pagar por la reducción del riesgo**
- V.- Un análisis crítico**
 - V.1.- La deducción teórica de la decisión de contratar seguro**
 - V.2.- La investigación empírica de la decisión de asegurarse**
 - V.3.- Algunas acotaciones generales sobre la teoría del aseguramiento**
 - V.4.- Las orientaciones basadas en la disposición a pagar para reducir el riesgo**
- VI.- Reflexiones Finales**

I.- Introducción

Los atentados del 11 de septiembre de 2001 proyectaron repercusiones de una magnitud difícil de precisar en los aspectos más diversos de la realidad social. En el campo económico, las consecuencias macroeconómicas han sido el sector más profusamente estudiado, aunque existen, también, áreas menos rutilantes pero merecedoras de atención.

Una de ellas es la compensación de los daños personales sufridos por las víctimas de dichos episodios. La política del gobierno federal de los Estados Unidos al respecto, fue ofrecer una compensación uniforme, vinculada sólo a la cantidad de reclamantes, en el caso de los daños morales, y una indemnización sujeta a liquidación, para los daños materiales. Esta dualidad entre uniformidad, para una clase de daños personales y liquidación particular -y por lo tanto, desigualitaria- para otros, puede sugerir cierta perplejidad y revive un problema que lleva milenios de debate: la cuestión de la compensación pecuniaria del daño moral y las decisiones empíricas sobre el punto. En el caso que sirve de disparador a estos párrafos, puede resultar cuanto menos, llamativo, que se valúe, en una suma única y fija, pérdidas de bienestar muy diferentes desde el punto de vista subjetivo, ¿debe compensarse igual a un hijo que odiaba a su padre, que a otro, para quien la presencia o el amor de su progenitor era su bien más preciado? Aunque la respuesta negativa parece evidente, el cuestionamiento podría, entonces, extenderse. Si no debe pagarse lo mismo, ¿cuánto debería pagarse en uno y en otro caso?

El derecho de daños suele partir de la hipótesis general que establece que la indemnización a pagar debe igualar al daño sufrido y jurídicamente atribuible a un responsable¹. Cuando se trata de daños que se consideran de naturaleza patrimonial (gastos de atención hospitalaria, pérdidas de ingresos, etc.), la cuestión de la valuación, aunque pueda presentar dificultades prácticas, no parece insalvable. Sin embargo esa situación se invierte cuando la compensación procura resarcir daños de los denominados extrapatrimoniales.

Es sabido que el análisis económico del derecho de daños, en su corriente principal, atiende a la eficiencia asignativa como meta normativa del subsistema jurídico de Derecho de Daños. Usualmente el análisis emplea criterios Pareto-potenciales, para definir esa propiedad y asume que las reglas de responsabilidad operan como incentivos que afectan las conductas de los agentes, en cuanto imponen (o no) consecuencias indeseables, constituidas por los costos de verse sometido a la carga económica de un daño, sea por tener que afrontar una indemnización (el dañador), sea por verse imposibilitado de reclamarla (la víctima). Un sistema correcto de responsabilidad civil, desde esta perspectiva, alineará los incentivos para que el accionar privado, autointeresado, conduzca a su vez a la mejor situación social posible. Se trata, en síntesis, de encontrar la mejor relación entre costos y beneficios sociales.

En lo que aquí interesa, resulta clave observar que los resultados de los modelos estándar dependen fuertemente de la definición y valuación de los daños sufridos por la víctima, en cuanto suponen una identidad entre el valor de esos daños sufridos, y la indemnización que deba (o no) pagarse, por parte del dañador, para compensarlos. En este punto, entonces, el daño extrapatrimonial introduce una particularidad de relevancia, precisamente por esos graves problemas de determinación.

Existe una extensa literatura jurídica que expone un razonable acuerdo sobre la necesidad de compensar de algún modo el daño no patrimonial. La evidencia empírica muestra, de hecho, una tendencia creciente a conferir indemnizaciones por estos conceptos. La teoría económica, desde su perspectiva, ha aportado algunas conclusiones útiles para abordar el problema. No obstante, resulta difícil extraer de las conclusiones teóricas una propuesta normativa de política legislativa que pueda ser directamente aplicable y que permita definir un marco jurídico sólido para resolver esas hesitaciones. El objeto de este trabajo, en consecuencia, es revisar las principales posiciones en torno de la cuestión y, en ese marco, sugerir algunas líneas de acción.

II.- El concepto de “daño moral” y “daño extrapatrimonial”

El concepto jurídico de daño moral o daño extrapatrimonial es de difícil definición y está lejos de presentar un tratamiento uniforme en la literatura. Se asume, en general, que un hecho dañoso puede determinar para la víctima una desutilidad, por las consecuencias del hecho en su esfera patrimonial o en el campo extrapatrimonial. La víctima de un choque de automotores puede sufrir esa pérdida de utilidad por el efecto de la destrucción de su coche, por el dinero que deba gastar en atención médica, por la incapacidad laboral que sufra de modo permanente (todos estos conceptos entendidos como patrimoniales), y también, de modo conjunto o no, con lo anterior, por los sufrimientos ocasionados tanto en el instante del choque, como en lo sucesivo (durante la faz de tratamiento), como asimismo por las consecuencias de su estado psicofísico

¹ Alterini (1997) en pág. 7, señala que “En la teoría de la responsabilidad civil se predica generalizadamente el principio de reparación integral. La responsabilidad civil tiene por finalidad procurar volver al *status quo ante* del daño, esto es “la reposición de las cosas a su estado anterior” (art. 1083, Código Civil, según ley 17.711)”.

remanente, no vinculadas a su capacidad de generar ganancias patrimoniales. La pérdida de un ojo, por ejemplo, además de reducir, en general, la probabilidad de conseguir un empleo o de mejorar en el mercado laboral, acarrea otro tipo de desutilidad, que no se mide con los mismos parámetros ni se identifica con la primera. La pérdida de un hijo pequeño, para una madre, suele ponerse como ejemplo emblemático de estas situaciones.

Un primer problema surge cuando se intenta definir con alguna precisión este tipo de daños. Sin ingresar a ese debate, se puede señalar que algunos trazan la línea divisoria apoyándose en el concepto de *bienes* patrimoniales y extrapatrimoniales. Otros, en cambio distinguen *intereses* de diversa clase, aún sobre los mismos bienes. Para la primera posición, por ejemplo, el honor de una persona, podría entenderse como un *bien* extrapatrimonial. La segunda, en cambio, podría distinguir dentro del *derecho al honor* un *interés* (entendido como facultad de actuar y gozar) patrimonial, que se puede identificar con las derivaciones patrimoniales de la reputación, y otro, extrapatrimonial, relacionado con la estima social que no genere cambios patrimoniales. Una tercera posición, de resultados prácticos bastante asimilables, habla de *consecuencias* de la afectación. Entiende que lo que distingue al daño patrimonial del extrapatrimonial no es el bien sobre el cual recae el menoscabo, sino las consecuencias de esa afectación: si son patrimoniales, se tratará de daño patrimonial, y si son extrapatrimoniales, de un daño de esa naturaleza.

Frecuentemente la aplicación de esas concepciones teóricas no termina de definir ciertas cuestiones prácticas. Algunos casos muestran estos puntos de tensión ¿Debe pagarse una indemnización a una víctima que queda en estado vegetativo y que no puede percibir ninguna sensación? Ese tipo de casos prácticos sirve para mostrar la tendencia a la ampliación del concepto. Si se tiene en mente que se paga “el precio del dolor”, no tendría sentido conferir una indemnización, cuando no hay dolor que se pueda percibir. Sin embargo, la tendencia en todos los sistemas jurídicos es favorable a esa ampliación, aún cuando algunos sistemas jurídicos son abiertamente más favorables a la reparación que otros.

Esa tendencia ha determinado incluso una cuestión terminológica, en cuanto algunos autores identifican el término “daño moral” con esa idea restrictiva, relacionada con el dolor perceptible, y “daño extrapatrimonial” con la tendencia amplia a indemnizar otros menoscabos. El proyecto de Código Civil Argentino de 1998, en esta línea, define el daño extrapatrimonial como el “*que interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida; así como al que causa molestias en la libertad, en la seguridad personal, en la dignidad personal, o en cualesquiera otras afecciones legítimas*”². En lo sucesivo, no obstante, usaremos la designación “DE” en un sentido amplio para designar ese tipo de daños y “DP”, para los que suelen incluirse dentro de los perjuicios patrimoniales.

² Artículo 1571 del Proyecto en su versión incluida en el Dictamen de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados, del 1 de noviembre de 2001. Cabría agregar que la definición requiere para su precisión, una exclusión: se trata de los daños que se describe, en tanto y en cuanto no se trate de “*la pérdida o la disminución de bienes o de intereses no contrarios a la ley; y por lucro cesante, a la frustración de ganancias, en su caso, en razón de la mengua o la privación de la aptitud para realizar actividades remunerables*”, y todavía debería agregarse que la distinción asume la diferencia entre “bienes o intereses” patrimoniales y no patrimoniales. No obstante, el concepto de “patrimonial”, que califica a *bienes, intereses, derechos*, etc. suele emplearse en las obras jurídicas que tratan el tema, de modo bastante intuitivo, y sin una delimitación rigurosa. El tema excede los propósitos de este trabajo. Otros temas incluidos en el aspecto definitorio y que exceden este estudio son, por ejemplo, el carácter exhaustivo o no de la distinción entre “daño patrimonial y “extrapatrimonial”, dado que existen importantes corrientes que sostienen la conveniencia de distinguir otros géneros (“daño estético”, “psicológico”, etc.), además de estas dos clases de daño.

III.- La cuantificación en la evidencia empírica

En cuanto a los modos de valuación del DE, la evidencia empírica muestra una dispersión bastante importante, según las jurisdicciones y los casos. Básicamente, puede pensarse en tres procedimientos de cuantificación:

a) Cuantificación en concreto: en general, esto sucede en los casos de valuación judicial. El juez o tribunal fija una cantidad, que vincula únicamente a algún parámetro que no explicita pero que, a veces, se puede inferir al analizar sus decisiones. En épocas de inestabilidad monetaria, algunos jueces, de modo inconfeso, vinculaban los montos al valor de ciertos bienes (un cierto automóvil o un inmueble). En estos casos conferían, por ejemplo, un módulo de ese valor, por muerte de un padre, dadas circunstancias ordinarias. En épocas de estabilidad, este procedimiento se simplificó y bastó decidir una cantidad (i.e, \$ 50.000), como módulo. Lo notable, es que en definitiva este tipo de procedimiento tiende a convertirse en un baremo implícito. Suele admitirse que, en muchos casos, sin decirlo, el resarcimiento por DE se fija únicamente en forma proporcional al otorgado por DP. Se suele pensar que también influye, por ejemplo, el grado de incapacidad resultante, aún cuando difiera la indemnización por DP, por la misma. En el anexo se presenta un estudio empírico elemental, tendiente a verificar algunas de estas intuiciones³.

b) Cuantificación mediante baremos: en ciertos sistemas se indemniza de acuerdo a criterios tabulados y rígidos, vinculados a parámetros claramente definidos y explicitados. Esto es frecuente en sistemas administrativos de compensación, como el establecido en Estados Unidos, para los hechos del 11 de septiembre. En dicho año se constituyó el Fondo de Compensación para las Víctimas del 11 de Septiembre⁴. El propósito de este fondo fue proveer compensación a las personas que fueron lesionadas físicamente como resultado de los impactos de las aeronaves el 11 de septiembre del 2001, y proporcionar compensación a los deudos de los fallecidos⁵, incluyendo el reconocimiento de DP y DE. En cuanto a los DP, se otorgó al Auxiliar Judicial discrecionalidad para determinar el monto de la indemnización *“con base en el daño al reclamante, los hechos del reclamo y las circunstancias individuales del reclamante”*⁶. Con relación a la cuantificación del DE, en cambio y después de investigar extensamente los hechos, solicitar las opiniones del público y analizar los comentarios recibidos, el Auxiliar Judicial y el Departamento de Justicia concluyeron que *“...la forma más racional y justa de abordar la tarea imponderable de asignarle un valor monetario al dolor, el sufrimiento emocional, la pérdida de goce de la vida y la angustia mental sufrida por los miles de víctimas es evaluar las pérdidas no económicas para categorías de reclamantes”*⁷. Por lo tanto, se establecieron indemnizaciones presumidas para las pérdidas no económicas sufridas que ascendieron a U\$S 250.000, más un monto adicional de U\$S 100.000 para el cónyuge y

³ Se realizó sobre datos obtenidos de la Base de Montos Indemnizatorios por Daños Personales de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de IIJusticia. Se tomaron los montos otorgados por los Juzgados Civiles de Primera Instancia de la Capital Federal independientemente de si habían quedado firmes o no. Los datos utilizados, así como mayores precisiones sobre la organización de la base de datos pueden consultarse en la página www.iijusticia.edu.ar

⁴ El *“September 11th Victim Compensation Fund of 2001”*, fue convertido en ley el 22 de septiembre del año 2001 bajo el nombre *Title IV of Public Law 107-42*.

⁵ El alcance fue limitado a las personas abordo de los aviones en el momento de los impactos (excluidos los terroristas) y a las personas presentes en el World Trade Center, el Pentágono y el sitio del choque de avión en Shanksville, Pennsylvania al momento de los atentados.

⁶ <http://www.usdoj.gov/victimcompensation/espanol.html>, sección 405(b)(1)(B)(ii).

⁷ <http://www.usdoj.gov/victimcompensation/espanol.html> Fondo de Compensación del Año 2001 para las Víctimas del 11 de Septiembre, Reglamento final, cap. B, 2, Pérdidas no económicas.

cada persona dependiente de la víctima fallecida. En la fundamentación del monto se señaló que la selección de un valor monetario para pérdidas no económicas era inherentemente subjetiva y se concluyó que un punto de partida apropiado era la compensación que el Congreso había puesto a disposición bajo programas federales existentes para agentes del orden público y miembros de las fuerzas armadas que morían al cumplir su deber mientras prestaban servicio⁸.

Este mismo procedimiento había sido adoptado antes en muchas ocasiones. No obstante, en otros sistemas de compensación administrativa, las cifras determinadas en los baremos administrativos comprenden tanto DP como DE. Es el caso, por ejemplo, de la ley argentina 24.441 y sus modificatorias, que confieren un beneficio único para “...*las personas que...se encuentren en situación de desaparición forzada...*”.

Los baremos no son exclusivos de los procedimientos administrativos. Ciertos sistemas de compensación, aunque de determinación judicial, igualmente se basan en baremos creados por ley, en algunos casos, comprensivos tanto de DP como DE (Pintos Ager, 2000).

c) Cuantificación con techos o topes: a diferencia de los baremos, se trata de sistemas de determinación en concreto, pero cuyo resultado no puede superar (aunque si ser inferior) a ciertos montos determinados de modo explícito. Sus efectos económicos no coinciden con los que se siguen de los baremos (Acciarri, Castellano y Barbero, (2000)) aunque frecuentemente son tratados de modo indiferenciado con los primeros.

IV.- Las estrategias de aproximación al daño extrapatrimonial en el análisis económico

El planteo acerca de la indemnizabilidad de los DE desde una perspectiva económica se fundamenta básicamente en las decisiones de aseguramiento contra este tipo de daños por parte de los agentes económicos y en la disposición a pagar por la reducción en el riesgo de sufrirlos.

Entre las corrientes que tienen como raíz común la decisión de asegurarse de los agentes, pueden identificarse dos tipos de enfoques. El primero intenta, mediante deducción teórica, distinguir casos en los cuales debería pagarse y casos en los cuales no deberían compensarse DE, tomando en cuenta para ello la decisión de asegurarse contra ese tipo de perjuicios, que adoptaría un agente racional. El segundo, renuncia a deducir esa decisión desde bases teóricas, e investiga empíricamente si los agentes están dispuestos a contratar un seguro de esa clase.

El enfoque restante, intenta fundamentar la indemnizabilidad de los DE en el valor que la víctima potencial asigna al riesgo, y a su disposición a pagar para reducirlo. A continuación se exponen los principales rasgos de cada una de estas tendencias preponderantes.

IV.1.- El enfoque basado en el seguro

IV.1.a.- La aproximación teórica

⁸ Véase 38 U.S.C.1967 (Personal Militar), 42 U.S.C.3796 (Programa de Beneficios para Agentes del Orden Público).

En esta línea de argumentos se expone a continuación el aporte teórico realizado por Steven Shavell (1987), que es una referencia ineludible en la literatura sobre el tema. Como punto de partida y en la discusión sobre la magnitud de los daños en general, Shavell distingue el DP del DE. Para ello presenta un modelo con tres bienes: la *riqueza* (que puede ser consumida o utilizada para la producción de otros bienes), un bien de consumo que puede ser *producido* con c unidades de riqueza (por ej. heladeras, automóviles, etc.), y un bien de consumo que no puede ser producido llamado *bien irremplazable* (y que no puede obtenerse empleando la riqueza, por ej. un retrato familiar, la salud, la integridad física). La utilidad del agente se obtiene de la suma del nivel de riqueza que posee (supone que la utilidad derivada de cada unidad de riqueza es uno), de la utilidad del bien producido u (supone que $u > c$, es decir la utilidad es mayor que el costo de producción) y de la utilidad del bien irremplazable z . Además considera como medida del bienestar social a la suma de las utilidades individuales.

Dentro de este marco un DP ocurre con la pérdida de riqueza o del bien producido. Para cuantificar este tipo de daño se considera directamente el monto de reducción en la riqueza en el primer caso o el número de unidades de riqueza requeridas para obtener el bien producido en el segundo caso. Así si el costo de producción del bien producido es \$3, el monto de DP es 3. La reducción en el bienestar social como consecuencia de la pérdida es solamente el costo de producción c y es independiente de la utilidad que le produce al individuo. En cambio, un DE ocurre con la reducción del bien irremplazable y el monto de la pérdida se corresponde con z , la utilidad que ese bien le genera al individuo. Como el bien no puede ser reemplazado, la reducción en el bienestar social coincide con la utilidad del bien en cuestión.

De esta manera surge claramente, que el problema crucial del tratamiento del DE es su cuantificación. Los DP coinciden con pérdidas reales de riqueza o con el costo de reemplazo de los bienes, y por lo tanto es sencilla su cuantificación. Contrariamente los DE no pueden ser observados directamente y por lo tanto son difíciles de estimar.

En este marco analítico y en una instancia más refinada Shavell incorpora los cambios que en la función de utilidad puede provocar el DE. Así considera que, en muchos casos sufrir una pérdida de este tipo no altera la utilidad marginal de la riqueza; en otros puede aumentar la utilidad marginal de la riqueza (como en el caso en que el individuo necesita servicios especiales de transporte, etc.) y también es posible que reduzca la misma (debido a la imposibilidad de disfrutar del dinero, etc.)

Para ello distingue la función de utilidad de la riqueza *ex - ante* y *ex - post* la ocurrencia del hecho dañoso con un componente no patrimonial. Define así:

$W_n(w)$ como la utilidad de la riqueza w *ex - ante* el accidente, con $W_n'(w) > 0; W_n''(w) < 0$ ⁹;
 $W_a(w)$ como la utilidad de la riqueza w *ex - post* el accidente, con $W_a'(w) > 0; W_a''(w) < 0$;
 siendo $W_a(w) \leq W_n(w)$.

El accidente que involucra un DE de z unidades, afecta por dos vías la utilidad del agente. Por un lado desplaza la función de utilidad en el monto del DE z , mientras que por otro puede alterar la utilidad marginal de la riqueza por el factor s provocando un cambio de pendiente en la función. Entonces si ocurre un hecho dañoso la utilidad del agente será:

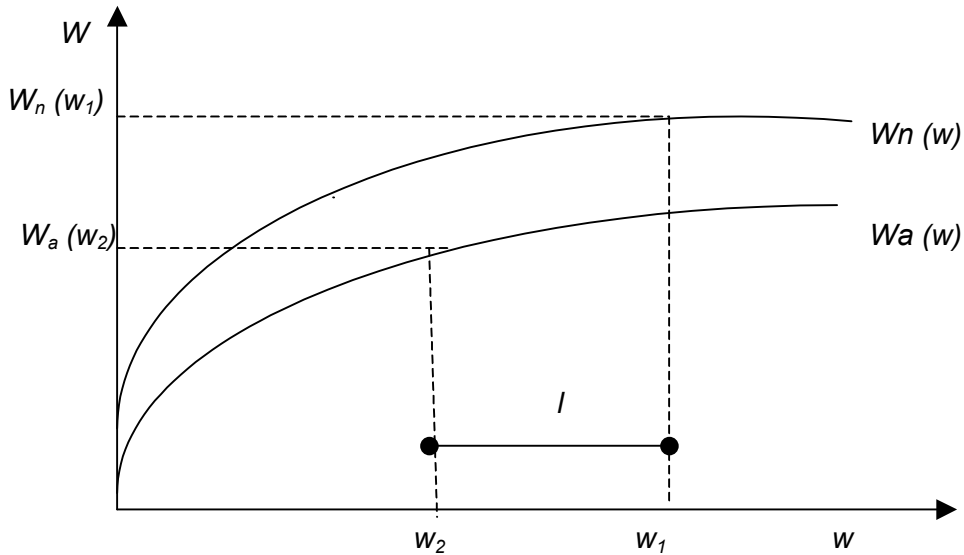
⁹ Esto implica suponer agentes con aversión al riesgo, Shavell (1987) pág. 186.

$$W_a(w) = sW_n(w) - z$$

Si se considera que los individuos pueden sufrir además un DP de l en el mismo hecho, entonces, la utilidad del individuo luego de ocurrido el accidente será

$$W_a(w-l) = sW_n(w-l) - z$$

Gráficamente el efecto del hecho dañoso sobre la utilidad del agente puede representarse de la siguiente manera:



El desplazamiento de $W_n(w)$ a $W_a(w)$ es el resultado del DE ; si el desplazamiento es en forma paralela y en el monto z se supone que el hecho no alteró la utilidad marginal de la riqueza; por el contrario si $W_a(w)$ tiene una pendiente diferente a $W_n(w)$ el hecho modificó la utilidad marginal de la riqueza, siendo más aplanada si ésta hubiera disminuido. Si adicionalmente se produce un DP el nivel de riqueza se reduce de w_1 a w_2 . De esta manera para compensar completamente al agente debería establecerse una indemnización que le permitiera alcanzar el nivel de utilidad ex – ante el accidente $W_n(w_1)$. En cambio si el daño sufrido es sólo de naturaleza patrimonial, no se produce ningún desplazamiento en la función, y se lograría la restitución plena estableciendo una indemnización igual a $(w_1 - w_2)$; el problema se circunscribe en determinar el monto de la indemnización en el primer caso.

Una aproximación tendiente a cuantificar el cambio en la utilidad provocada por la ocurrencia del hecho dañoso se puede realizar si se considera la decisión del agente para tomar un seguro cuando el accidente incluye un componente no patrimonial; si el agente está dispuesto a asegurarse ante ese riesgo, podría determinarse el monto de la indemnización en coincidencia con el premio del seguro correspondiente. Shavell establece que el monto de la cobertura de seguros contra DE que un individuo esté dispuesto a comprar depende claramente de cómo se vea afectada la utilidad marginal del dinero. Para esto supone que el riesgo de ocurrencia del evento es fijo, e independiente de la conducta del agente¹⁰ y reconsidera la teoría general del

¹⁰ Si los agentes tuviesen influencia en la ocurrencia del hecho, la aseguradora debería diseñar los mecanismos necesarios para lograr los niveles de precaución adecuados.

seguro¹¹ asumiendo que los accidentes involucran DE. Si la probabilidad del accidente es fija y el individuo adquiere una cobertura q , su utilidad esperada será $(1-p)W_n(w-\pi) + pW_a(w-\pi+q-l)$ donde el premio $\pi = pq$ es igual al costo esperado de la cobertura. Sustituyendo π y diferenciando respecto a q se obtiene la siguiente condición de primer orden:

$$W_n'(w-pq) = W_a'(w-pq+q-l)$$

que establece que la utilidad marginal de la riqueza antes y después de ocurrido el accidente debe igualarse. En el caso en que $W_a(w) = W_n(w) - z$, esto es cuando la utilidad marginal de la riqueza no se ve afectada por el accidente, la ecuación anterior implica que $q = l$, de manera que la decisión óptima consiste en asegurarse sólo contra el DP. En el caso en que $W_a'(w) < W_n'(w)$, esa ecuación implica que $w-pq > w-pq+q-l$ (debido a que $W_a''(w)$ y $W_n''(w)$ son negativas), y entonces $q < l$, es decir no se asegura ni siquiera por el total del DP. En el caso en que $W_a'(w) > W_n'(w)$ la ecuación implica que $q > l$, tomando una cobertura mayor al monto del DP.

Shavell concluye que bajo la política de seguros de la maximización de la utilidad esperada la cobertura debe igualar el DP cuando la utilidad marginal de la riqueza no se ve afectada por el accidente; la cobertura debe ser menor que el DP cuando la utilidad marginal de la riqueza se reduce por el accidente, y debe exceder el DP cuando el accidente incrementa la utilidad marginal de la riqueza. Como puede verse sólo cuando el hecho incrementa la utilidad marginal de la riqueza el agente estaría dispuesto a tomar un seguro que alcance el DE.

IV.1.b.- La aproximación empírica

Parte de la literatura explora una estrategia diferente a la reseñada. En vez de deducir la decisión de asegurarse de bases teóricas, intenta investigar si la evidencia empírica provee fundamentos para pensar que los agentes decidirían asegurarse si existiera esa posibilidad. Algunos, intentan extraer fundamentos para esa investigación, de datos existentes en el mercado. Otros, a través de técnicas experimentales, intentan responder la misma pregunta. En esta línea se ubican los trabajos de Danzon (1984), Viscusi (1990) y Calfee y Winston (1993)¹².

Danzon analiza evidencia empírica de la demanda de seguros “*first-party*” contra DE. Encuentra que sólo el 20 % de la fuerza laboral posee un seguro de largo plazo contra la pérdida de ingresos por incapacidad, con una cobertura que se limita al 70% del salario. De aquí concluye que la demanda de seguros en el mercado privado es baja, y que esta conducta obedece a que los agentes en general perciben que la utilidad marginal de la riqueza se reduce con posterioridad al accidente.

Viscusi considera que la demanda de seguros contra DE no puede determinarse *a priori*, y que depende del impacto que el accidente tiene sobre la utilidad marginal del ingreso de la persona. Concluye que si ésta no se modifica, la compensación óptima debe alcanzar sólo a los DP, si disminuye la compensación deber ser menor que los DP y si aumenta debe ser mayor.

¹¹ La presentación del modelo básico puede verse en el capítulo 8 de Shavell (1987).

¹² Una breve exposición de las principales conclusiones obtenidas por estos autores, así como algunas críticas a los métodos y resultados empleados en estos trabajos se puede ver en Avraham (2003).

Establece que no existen bases teóricas para determinar la pendiente de la función de utilidad y entonces diseña diferentes estudios empíricos de tipo experimental para aproximar la pendiente de la función de utilidad real del individuo¹³, entre los que se destacan el realizado a trabajadores de la industria química y a consumidores en un centro comercial. De estos surge que la utilidad marginal del dinero decrece cuando el accidente tiene consecuencias graves y crece cuando el accidente es menos severo. Basado en los resultados concluye que los individuos no compran cobertura contra DE porque en general decrece la utilidad marginal de la riqueza luego de la ocurrencia del accidente.

Calfee y Winston se abocan al estudio de la demanda de seguro a través de una encuesta a las víctimas potenciales (empleando el método de la valuación contingente), que pretende no sólo estimar la demanda de este tipo de seguros sino identificar las diferencias existentes entre la disposición a pagar de los consumidores por el seguro y el gasto en prevención. Parten de suponer que si el daño provoca una reducción en la utilidad marginal de la riqueza los individuos estarán dispuestos a gastar más en prevenir el accidente que en comprar un seguro contra las consecuencias del mismo. El argumento es que si los agentes pagan más por prevenir no desean una cobertura contra DE. Plantean el caso de los padres que envían a sus hijos a un campamento de verano, y argumentan que estarían dispuestos a pagar sumas importantes por reducir el riesgo de un accidente pero muy poco por un seguro contra las consecuencias del mismo riesgo. Intentan inferir las preferencias de los agentes a través de experimentos que plantean dos escenarios que son casi idénticos excepto en que uno ofrece prevención y el otro seguro. Concluyen que los consumidores están dispuestos a pagar más por prevenir que por asegurarse y que esto significa que no desean una cobertura por DE.

IV.2. El enfoque basado en la disposición a pagar por la reducción del riesgo

Un enfoque diferente a los anteriormente expuestos considera la disposición a pagar de los individuos para reducir el riesgo de sufrir accidentes. Esta alternativa es expuesta en la literatura sobre el valor de la vida, y consiste en tomar en cuenta el valor que la víctima potencial asigna al daño esperado o riesgo impuesto sobre ella por el causante. Un aporte fundamental con relación a la determinación del valor de la vida humana es el realizado por Mishan (1971), que intenta medir las consecuencias que la implementación de nuevos proyectos de inversión puede tener en la vida de una persona tomando como referencia el criterio de eficiencia de Pareto, estableciendo que debe considerarse cuánto las personas están dispuestas a pagar o a recibir por el cambio en el riesgo estimado¹⁴. Enfatiza que el concepto introducido en su artículo no es una alternativa a los métodos existentes, sino que es el único consistente con la aplicación del criterio de Pareto en el cálculo del costo-beneficio.

Esta es la base del criterio de la propensión a pagar por reducir diferenciales de riesgo- *Willigness to Pay* (WTP)- o el de la propensión a aceptar por asumirlos- *Willigness to Accept* (WTA)- En ambos casos se trata de extrapolar linealmente el valor asignado a ese diferencial o fracción de riesgo en las decisiones tomadas cotidianamente. De aquí surge que el costo social de una actividad riesgosa se construye sobre la cantidad necesaria para resarcir a cada

¹³ Se limita a indagar acerca de una tasa que exprese el trade-off existente entre riesgo y dinero.

¹⁴ Se refiere al caso de la evaluación de un proyecto de inversión específico que puede provocar que algunos miembros de la sociedad mejoren su situación, otros empeoren y otros se mantengan indiferentes. Si una persona mejora, la variación compensadora (CV) mide la magnitud de esa mejora en el bienestar a través de su disposición a pagar. Por el contrario si empeora se trata de establecer cuánto dinero aceptaría para que el proyecto se pudiera realizar.

persona por el riesgo que sufre independientemente de que en algún momento esa persona resulte lesionada o no.

Este criterio surge tras la observación de individuos que aceptan realizar trabajos peligrosos a cambio de elevadas remuneraciones¹⁵. Todos estos sujetos están poniendo implícitamente precio a fracciones de su vida e integridad física. También se produce esta evaluación cuando se acepta pagar una determinada cantidad de dinero a cambio de reducir la probabilidad de morir (con la compra de un coche con airbag, con el sometimiento a un reconocimiento médico, etc.). Aunque no sea inmediato, resulta razonable medir cómo afectan determinadas actividades a la probabilidad de morir; y de hecho existen mediciones fiables conocidas (especialmente por las compañías de seguros) tales como la efectividad de los cinturones de seguridad, de los airbag, etc. .

Su empleo ha sido muy escaso hasta el momento en el ámbito del derecho de daños, porque todavía se discute no sólo sobre los procedimientos concretos con los que llevar a cabo la evaluación, sino también acerca de la validez misma del método. Una discusión sobre las limitaciones del enfoque puede encontrarse en Broome (1978) que sostiene que son despreciables las ventajas de la evaluación ex – ante si se conoce la identidad de las víctimas, objetando la posibilidad de asignar un valor monetario a la vida. Los comentarios que responden a las objeciones de Broome pueden encontrarse en Buchanan y Faith (1979) y otros.

V.- Un análisis crítico

Los resultados de los análisis que intentan determinar la cuantía óptima de las reparaciones abundan en perplejidades. Las conclusiones de las aproximaciones que se basan en la teoría de los seguros, por ejemplo, muestran un camino de fundamentación que resulta llamativo. Parten de asumir que ciertos sucesos dañosos determinan una pérdida de utilidad por parte de la víctima, adicional a cualquiera que se relacione con sus bienes patrimoniales. Entienden, no obstante, que ese tipo de daños es peculiar y que sus caracteres diferenciales con relación a los DP, son relevantes para juzgar su cuantificación y su propia indemnizabilidad. Luego, proponen un procedimiento para el cálculo de la compensación correspondiente a esa pérdida, fundado en lo que se ha denominado el *paradigma de la equivalencia entre el aseguramiento óptimo y la compensación óptima*. En este punto, como se dijo, dos tendencias una teórica y otra empírica, procuran completar el procedimiento por caminos diversos. El extremo de ambas posiciones lleva sostener que nunca deberían indemnizarse DE, al menos en algún sector específico como, por ejemplo, en el derecho de responsabilidad por productos de consumo. Las corrientes basadas en la disposición a pagar para reducir el riesgo, muestran aspectos de discusión propios. En las líneas siguientes, se distinguirán objeciones comunes a ambas corrientes basadas en la teoría de seguros, otras, que afectan particularmente a cada una de esas líneas, y por último las que alcanzan a las orientaciones basadas en la disposición a pagar para reducir el riesgo.

V.1.- La deducción teórica de la decisión de contratar seguro

Como se expuso en el capítulo correspondiente, Shavell (1987) defiende la posibilidad de la primera aproximación. Distingue entre hechos dañosos que modifican la utilidad marginal del dinero para la víctima y otros que no lo hacen. En su razonamiento, el monto de cobertura de un seguro contra DE que un agente está dispuesto a adquirir, depende de cómo el hecho dañoso

¹⁵ Un análisis de este tipo realizado para el mercado laboral puede verse en Viscusi (1993).

afecte la utilidad marginal de su riqueza. Entiende que, siguiendo la teoría de la maximización de la utilidad esperada, el individuo adquirirá un seguro contra DE sólo si, luego de la ocurrencia del hecho, la utilidad marginal de la riqueza se incrementara.

El análisis que conduce a tales conclusiones es fuertemente criticado por Avraham (2003) que centra sus objeciones en las características de la función de utilidad empleada y sus propiedades. La objeción se centra en torno a las propiedades de las funciones de utilidad pertenecientes a la familia de funciones de von Neumann-Morgenstern (en adelante "*funciones vNM*") y las de Bernoulli ("*funciones B*"). En el desarrollo de su análisis, Shavell explícitamente emplea una función de utilidad vNM, pero parte de sus conclusiones, según Avraham, se alcanzan sólo *si esa función de utilidad reúne además las propiedades de una función de utilidad B*. Dada la importancia del punto es conveniente detallar, al menos de manera breve, las propiedades de las funciones consideradas.

Ambos tipos de funciones de utilidad se caracterizan por ser algo más que puramente ordinales. Para dar cuenta de esta propiedad, se suele decir que son *cardinalmente mensurables*. Esta afirmación debe ser comprendida en sentidos diversos para cada una de esas familias de funciones, ya que brindan información diferente sobre la estructura de preferencias de un agente. Las funciones B representan no sólo el *ordenamiento de canastas de bienes en condiciones de certeza*, sino que proveen información acerca de la *preferencia relativa sobre las canastas*. En este caso, la concavidad de la función importa una propiedad cardinal en cuanto permite interpretar que el individuo extrae una utilidad marginal decreciente de la riqueza. En cambio, la función de utilidad vNM brinda información sobre el *ordenamiento de preferencias sobre loterías* formadas con *canastas bajo situaciones de riesgo*. Aquí, la concavidad de la función de utilidad expresa que el individuo es adverso al riesgo. A diferencia de las anteriores en esta última familia de funciones, *las diferencias en la utilidad no son una medida de la preferencia relativa: la utilidad no es mensurable en el sentido que se correlacione con una cantidad de "satisfacción"*.

En el caso de las funciones B, se supone una función de utilidad cóncava como una reacción psicológica del individuo frente a la riqueza y que no se establece a partir de ningún comportamiento bajo condiciones de riesgo, sino de certeza. En el caso de las funciones vNM, la función de utilidad es la representación de las elecciones del individuo bajo riesgo. Así, en estas últimas, la aversión al riesgo es una preferencia cómo cualquier otra y *está representada por concavidad de la función y no explicada por ella*. Cabe destacar que el principio de la utilidad marginal decreciente de la riqueza en condiciones de certeza, no es parte de la teoría de la utilidad esperada de von Neumann-Morgenstern. Es un supuesto adicional que puede no ser verdadero desde el punto de vista empírico.

Como se dijo antes, ambas familias de funciones (B y vNM) son *cardinalmente comparables*. Con relación a las *comparaciones interpersonales de utilidad y mensurabilidad* de las funciones de utilidad, se dan dos extremos: por un lado funciones *absolutamente mensurables y totalmente comparables desde el punto de vista interpersonal* (propiedades características de funciones de utilidad pre-paretianas) y funciones *sólo ordinalmente mensurables y no comparables desde el punto de vista interpersonal*. Entre ambos polos, existen concepciones intermedias. En estas, *varía el punto hasta el cual pueden considerarse "mensurables" y la posibilidad de ser comparable desde el punto de vista interpersonal*. Una función *cardinalmente mensurable* transmite más información que la que está presente en una función de utilidad puramente *ordinal*, pero menos que la que transmite una función *absolutamente mensurable*. Pero puede pensarse en una función, en el cual carezca de sentido hablar de niveles absolutos de utilidad (la función no dice nada sobre eso), pero puede hablarse sobre las diferencias en los

niveles de utilidad. Una función B, en este sentido, no sólo transmite información sobre la *preferencia relativa de una canasta por sobre otra*, sino también sobre el *impacto que va tener una canasta adicional*. Aquí, su concavidad expresa que ese impacto será decreciente con relación a la utilidad que brinda al individuo.

Otro tipo de mensurabilidad cardinal se da en las funciones vNM. En este caso, la concavidad indica que el individuo prefiere una canasta segura, contra una lotería del mismo valor esperado. No obstante, las funciones vNM si bien son cardinalmente mensurables *no admiten comparaciones interpersonales de utilidad*.

Como ya se mostró, Shavell supone un cambio en la función de utilidad del individuo después de la ocurrencia del hecho dañoso. El análisis se corresponde con el que tradicionalmente se realiza en la teoría económica, en el marco de la noción de utilidad que depende del estado de la naturaleza y como extensión de la teoría de la utilidad esperada de von Neumann-Morgenstern. El problema no está en el resultado matemático obtenido, que establece que un agente racional adquirirá cobertura contra el riesgo de sufrir DE si su función de utilidad posterior al accidente presenta mayor pendiente que la función original. Existe, en cambio, un problema en la interpretación económica que brinda Shavell al resultado obtenido, al considerar que la utilidad marginal de la riqueza es mayor. Bajo la noción de utilidad de von Neumann-Morgenstern no puede afirmarse que un aumento en la pendiente de la función de utilidad post-accidente signifique que haya aumentado la utilidad marginal de la riqueza del individuo. Para poder afirmar esto es necesario suponer que la función de utilidad pertenece a la familia de vNM y al mismo tiempo posee las propiedades de las funciones B, e interpretar que la función de utilidad empleada *brinda información sobre diferencias relativas de utilidad entre diferentes estados del mundo, además de proveer información sobre el ordenamiento de preferencias bajo riesgo*.

Con relación a las diferentes funciones de utilidad consideradas antes y después del accidente, esto determina un problema de magnitud. Pensar en dos funciones de preferencias diferentes, para un mismo individuo (porque sus preferencias han cambiado), plantea el problema de la asignación de recursos entre ambos estados del mundo, lo cual es equivalente al de la asignación entre dos individuos diferentes. Para eso es necesario suponer algún tipo de *comparabilidad interpersonal*, y como ya se dijo, *las funciones de utilidad de vNM no admiten comparación entre agentes*. Debería admitirse, en consecuencia, que las funciones empleadas pertenecen a la familia de las funciones B y además, que es posible, simultáneamente, comparar las preferencias de los individuos entre loterías bajo situaciones de riesgo y sus preferencias relativas sobre canastas en condiciones de certeza.

En síntesis, Shavell, de modo más o menos implícito, supone que las funciones de utilidad empleadas son cardinales en el sentido de vNM y también, en el sentido de B, e interpersonalmente comparables, supuestos nunca admitidos en la teoría de la elección del consumidor.

Como se ve, si no puede derivarse consistentemente la decisión de no asegurarse, de la representación funcional empleada, dicha objeción al menos debilita de modo decisivo uno de los argumentos más fuertes por el cual se sostiene que el sistema de responsabilidad civil no debería indemnizar (en todos o en algunos casos) a las víctimas que sufren DE.

V.2.- La investigación empírica de la decisión de asegurarse

Como se expuso, parte de la literatura explora en la evidencia empírica los fundamentos para pensar que los agentes decidirían asegurarse si existiera esa posibilidad. Abraham (2003) realiza objeciones a los resultados encontrados en los trabajos de Danzon, Viscusi y Calfee y Winston, que llevan al menos a debilitar las posiciones que sostienen que no debe indemnizarse el DE porque los agentes no están dispuestos a asegurarse contra ellos.

Con respecto al primero, cuestiona la conclusión acerca de que la demanda de seguros es reducida; por un lado señala las limitaciones de los datos obtenidos considerando que es problemático reunir evidencia del mercado de seguros porque existen fallas de mercado (básicamente problemas de moral hazard y selección adversa) del lado de la oferta. Por otro lado, señala que Danzon encuentra que el 45% de la fuerza laboral posee cobertura a través de una pensión privada para casos de incapacidad temprana, y que la seguridad social provee cobertura por el mismo rubro que alcanza al 40% de los que ganan por encima del salario mínimo y hasta el 86% para los que perciben el mínimo; los beneficios pagados por estos sistemas ascienden a ocho veces lo pagado por las aseguradoras privadas; de aquí Avraham concluye que en realidad la demanda de seguros no es baja, sino que está ajustada debido a que los agentes entienden que están asegurados por otras vías (como los programas sociales) y entonces sus incentivos a comprar un seguro se ven reducidos.

Con respecto al aporte realizado por Viscusi, entre otras objeciones, Avraham señala que en los experimentos diseñados se utilizan bajas probabilidades de riesgo y sostiene que no son claras las bases sobre las cuales se extraen las conclusiones, ya que la distinción entre daños menores y severos pareciera artificial y que puede ser la forma de diseñar los experimentos la que conduce a los resultados obtenidos.

Con relación al trabajo de Calfee y Winston, Avraham sostiene que si bien es cierto que los individuos prefieren gastar más en prevención que en la compra de un seguro cuando decrece la utilidad marginal del dinero, ocurre lo mismo si la utilidad marginal permanece constante o aún si aumenta, y que no se puede entonces, de los resultados obtenidos extraer conclusiones acerca de la naturaleza de la pérdida, es decir acerca de cómo se ve afectada la utilidad marginal del dinero. Además, observa que si el costo de reducción del riesgo es menor que la reducción en la pérdida esperada, los agentes preferirán siempre asignar el gasto a prevención antes que a la compra de un seguro. La compra del seguro es relevante sólo después que se han asumido todos los costos de prevención eficientes, y esto se sostiene también en el caso de pérdidas patrimoniales. De aquí, señala Avraham, que siguiendo a los autores se podría sostener la eliminación del seguro también para el caso de las pérdidas patrimoniales.

V.3.- Algunas acotaciones generales sobre la teoría del aseguramiento

En los párrafos precedentes se hizo referencia a la validez de las conclusiones de las investigaciones dirigidas a determinar si los agentes decidirían asegurarse, o no, por DE. En los que siguen, se discutirá la legitimidad misma de la teoría del seguro, como guía para decidir si se deben indemnizar o no, esta clase de daños.

Se suele basar el valor de la teoría del seguro en su consistencia con la maximización del bienestar. Convencionalmente, se acepta que, según supuestos económicos de uso general, en situaciones basadas en relaciones contractuales previas -como en los casos de adquisición de productos-, la aplicación de la teoría de seguros lleva, al igual que la responsabilidad civil, a situaciones de prevención óptima y consecuente maximización del bienestar. Esto ocurre así,

en ausencia de costos de transacción y, en esas condiciones, se supone, es indiferente razonar en el campo de la teoría del seguro o de la responsabilidad civil. Intentar determinar la cantidad asegurable, así, implica encontrar un monto de indemnización también óptimo. El seguro, tanto como la responsabilidad civil, no son en sí un objetivo autónomo general para el análisis económico del derecho (en sus versiones generalmente difundidas), sino que son instrumentos para el objetivo estándar de maximización del bienestar.

Las posiciones que identifican aseguramiento óptimo con maximización del bienestar (aun, en un sector parcial del derecho de daños), introducen una bifurcación paradójica en el tratamiento del asunto. Evidentemente, la elección del objetivo a perseguir por un sistema jurídico puede ser convencional, pero si se elige uno, puede exigirse consistencia a las particularidades de su diseño. Luego, si el objetivo que se decide perseguir es la maximización del bienestar, el aseguramiento óptimo será valioso en tanto y en cuanto sea consistente con esa meta. Luego, no será *valioso en si* sino *instrumentalmente valioso*.

La conclusión convencional, para DP, suele dar por sentado que en un modelo como el antes descrito de adquisición de productos, la teoría de seguros es un esquema conceptual indiferente al de la responsabilidad civil para alcanzar ese objetivo. Esta *identidad circunstancial*, puede inducir al error de pensar que se trata de una *identidad necesaria* y llevar a razonar de modo transitivo, como si las conclusiones de la teoría de seguros fueran, necesariamente, conclusiones equivalentes a las requeridas para la maximización del bienestar. En concreto, puede pensarse que si la teoría de seguros diera por resultado que un individuo, en un cierto género de casos, no se aseguraría, esto es equivalente a afirmar (de modo universal e incondicionado) que no se le debe otorgar indemnización en esos mismos casos, como condición para la maximización del bienestar. Este razonamiento, como es fácil de advertir, es defectuoso.

Un ejemplo puede ilustrar al respecto. En lo que Shavell denomina “*accidentes unilaterales*” (casos de causación unilateral del daño) entre partes no relacionadas por un contrato, la probabilidad y magnitud del perjuicio depende, exclusivamente, del dañador. Si éste no está sujeto a responder por los daños que produzca, evidentemente no tendrá incentivos para adoptar ninguna medida de prevención. Como aquí las partes no están vinculadas antes del daño, el beneficio del dañador no se verá afectado por el daño que le produzca a la víctima. Si está implicada únicamente la posibilidad de causar un DE, y si se admitiera la problemática conclusión de que, en algunos de estos casos, se dan las condiciones para que la víctima prefiriera no asegurarse, debería seguirse que (en esos casos) el damnificado no lo estará con independencia del nivel de riesgo, sin que importe cuán alto sea¹⁶. En un mundo ideal, la víctima estaría dispuesta a “sobornar” al dañador a que tome las medidas de precaución óptimas. Pero con costos de transacción ligeramente positivos, esta solución será impracticable y el dañador no tendrá incentivos para reducir el riesgo hasta el óptimo social. ¿Podría sostenerse, entonces, que cualquier nivel de riesgo debe ser considerado óptimo con relación a la maximización del bienestar? La respuesta es claramente negativa.

Luego, la paradoja es que, en estas situaciones se produce una bifurcación clara, en la cual:

a) La teoría del aseguramiento óptimo (según los supuestos y particulares relaciones expuestas) conduciría a la conclusión de eximir de toda responsabilidad por esta clase de daños a los dañadores, mientras que,

¹⁶ Del modelo expuesto por Shavell, esto resulta así: no importa cuál sea el nivel de riesgo, para arribar a la misma conclusión.

b) La prevención óptima, exigiría imponerles responsabilidad o emplear algún otro mecanismo para lograr esa minimización deseable de costos sociales.

En estas situaciones, entonces, la teoría de seguros deja de ser una directiva consistente con la maximización del bienestar¹⁷. Y como su valor es sólo instrumental, pierde su fuerza de convicción como argumento de decisión al respecto¹⁸.

V.4.- Las orientaciones basadas en la disposición a pagar para reducir el riesgo

Estas líneas suelen ser pasibles de algunas objeciones conocidas. Las limitaciones del enfoque son expuestas con claridad en Pintos Ager (2000) . Una primera debilidad surge del sesgo derivado de aplicar al resto de la sociedad un valor estimado a partir de las preferencias de sujetos que escogen trabajos más expuestos y otros que incurren en gastos adicionales a cambio de reducciones en el riesgo de sufrir lesiones. Esta extrapolación plantea serios inconvenientes: quizás estos individuos son más amantes del riesgo que los que rechazan este tipo de empleos. Además algunos riesgos de accidentes afectan a grupos bien definidos de personas con preferencias que no necesariamente conviene generalizar a otros escenarios. La propensión a pagar para evitar accidentes no tiene porqué ser idéntica entre víctimas potenciales de accidentes en diversos ámbitos.

Otra objeción es la fuerte dependencia del nivel de riqueza de cada individuo; esto no es un obstáculo cuando el objetivo es evaluar el costo o beneficio social de una regulación que alcanza a un conjunto muy grande de agentes, pero sí cuando se intenta aplicar a una víctima particular.

De todas maneras el debate sobre la validez del enfoque y su aplicación a la evaluación del daño se centra en aspectos concretos; y uno de los puntos más vulnerables es el mecanismo empleado para convertir el valor asignado a pequeños cambios en el riesgo de sufrir accidentes en el valor total asignado a la vida a través de una extrapolación, fundamentada en la linealidad de la función de utilidad con respecto al riesgo. Resulta muy cuestionable la asunción de la linealidad como propiedad de la función de pago que adoptan estos estudios. Parece muy evidente que no hay deducción teórica ni evidencia empírica que la sustente. Un agente puede

¹⁷ Señala Shavell "...if injurer's payments are this high, then the amount victims receive will exceed optimal compensation, which will usually approximate only pecuniary losses. On the other hand if injurers' payments equal only optimal compensation, injurers' incentives to take care will be inadequate. Thus the socially ideal outcome cannot be achieved under the liability system. The magnitude of liability will inevitably result in a compromise between awarding victims correctly and creating appropriate incentives for injurers to reduce risk...". Aunque luego reconoce que en un sistema ideal de responsabilidad por culpa, la indemnizabilidad plena de los daños extrapatrimoniales sería consistente con la finalidad de maximización del bienestar, porque en definitiva el dañador tomaría la precaución adecuada y nunca respondería.

¹⁸ Más aún, en estos casos parece aún más irrazonable la extraña conclusión acerca de que agentes adversos al riesgo no se asegurarían contra un daño que podría alcanzar una altísima magnitud y elevada probabilidad, porque esa decisión los llevaría a una maximización de su utilidad. Cuando se piensa en la posibilidad de que un agente adverso al riesgo, decida igualmente no asegurarse frente a un hipotético daño (de la clase que sea), una posibilidad intuitiva es pensar que el agente lo hace -pese a su aversión al peligro-, por considerarse capaz de eliminar o reducir significativamente ese riesgo por sí mismo, a un costo menor que la prima del seguro que debería pagar. En estos casos, esa posibilidad queda analíticamente descartada. Luego, estos casos parecen también contraejemplos intuitivos de la propia conclusión de que, lo óptimo para estos agentes sería no asegurarse, que provee la literatura que sigue la línea de Shavell.

estar dispuesto a resignar muy poca riqueza a cambio de obtener una disminución en su seguridad cuando ese salto se da a ciertos niveles (por ejemplo, para pasar de una probabilidad de ocurrencia de un accidente mortal, del 0,1 al 0,3) pero probablemente no piense lo mismo en otros niveles (del 0,8 a 1).

VI.- Reflexiones Finales

¿Queda algo por decir a la teoría económica después de estas réplicas? Probablemente, la respuesta se puede dividir en dos campos diferenciables. En primer lugar, aquellos aspectos que merecen seguir siendo objeto de exploración y definición. Luego, aquellos que, aún ante una inacabada determinación de los primeros, igualmente admiten algún género, aún provisional, de respuesta asertiva.

a) La caracterización del DE: desde el punto de vista jurídico la caracterización de los casos de daño extrapatrimonial es problemática, fluctuante y casuística. Luego, sin una definición suficientemente estable y precisa, disminuye sensiblemente la seguridad de toda conclusión general referida a su indemnizabilidad o cuantificación. Por esa misma vaguedad, no queda claro que todos los casos que se incluyen dentro del concepto DE merezcan igual tratamiento. Parece necesario recordar que se integran al mismo campo, situaciones tan diferentes como las molestias que sufre un viajero a quien se le priva de su equipaje, las consecuencias no patrimoniales que impactan a un individuo que queda en estado vegetativo, como también las derivadas de la muerte de personas cercanas. La estrategia de Shavell, que parte de distinguir casos en los cuales el hecho dañoso modifica o no la utilidad de la riqueza, y conceptúa al daño como pérdida de bienes irremplazables, advierte de modo agudo estas propiedades diferenciales. No obstante, no resulta tan claro que las categorías empleadas sean las más adecuadas. Si un individuo posee una pintura original, la misma, en cuanto bien, parece ser de aquellos “irremplazables”¹⁹ según la definición de Shavell. No obstante, en la misma, caracteriza este tipo de bienes de acuerdo a tres propiedades que parece entender equivalentes:

- a) Que no pueden ser *comprados en mercados*, luego
- b) Que no pueden ser *reemplazados*, y finalmente,
- c) Que no pueden ser *producidos*.

Es igual decir que algo puede ser *comprado* a que puede ser *producido* y puede ser *reemplazado*? El cuadro del ejemplo no posee la propiedad a), porque puede ser comprado en el mercado (mientras exista). Tampoco, con ciertas prevenciones, cumple la c), si se entiende en sentido fáctico (mientras no exista). Es, en cambio, problemático decidir si cumple con la b). En rigor no existe ningún bien físico que sea exactamente idéntico a otro. Pero el criterio de sustitución suele apuntar, en Economía, más bien a la percepción del agente frente al bien que al bien mismo. Se puede pensar que un cuadro es sustituto perfecto de otro, si proporciona el mismo goce estético. Luego, si el bien comprometido no es la pintura, sino el goce estético que producía, esa pérdida sí puede ser suplida mediante el empleo de riqueza. Para un individuo,

¹⁹ Shavell indica: “...To be more precise about the definitions, consider a model in which there are two goods -- a good that can be directly consumed and from which other goods can be produced, and an irreplaceable good, which cannot be produced. In this model, assume that the utility of an individual equals the number of units of the first good and its equivalent in produced goods, plus the utility to him of the irreplaceable good if he possesses it...”

otra pintura posiblemente podría reestablecer ese goce, en un grado que iguale la utilidad perdida, y esa nueva pintura se podría adquirir con riqueza.

Podría objetarse aquí que ese bien elegido, entonces, no es irremplazable. Simplemente, porque existe un sustituto que lo reemplaza de modo perfecto. Ahora bien, si la perfección de la sustitución se mide por la modificación en la utilidad, por el impacto subjetivo de la adquisición de otro bien, entonces poco queda del contenido del concepto “*bien irremplazable*”. A ciertos niveles de utilidad, siempre es posible encontrar un conjunto de *bienes reemplazables* o una cantidad de riqueza, que equilibre la utilidad perdida. La desutilidad extrapatrimonial resultante de una pérdida de salud (aislada, obviamente, de toda repercusión en la pérdida de ingresos patrimoniales), puede compensarse con creces con el incremento de utilidad que proporcionen ciertos bienes. Muchos individuos estarían dispuestos a dar una mano o un brazo (o al menos, un dedo) por un millón de dólares. ¿Esto niega la “irremplazabilidad” y por lo tanto, la calidad de DE a las repercusiones no patrimoniales de esa pérdida de salud? Eso no es así, al menos en su consideración estándar. Luego, la relación entre “bien irremplazable” y DE, se debilita considerablemente, si no desaparece. En el caso que nos sirve de ejemplo, es seguro que de acuerdo a los conceptos normalmente aceptados, la pérdida de un cuadro no importa únicamente DE. Y en algunos casos, por más que se mantenga esa originalidad que hace la pintura diferente a todas, tampoco se entenderá que su pérdida genera DE alguno.

Sin embargo, esa posibilidad de sustitución por “equivalente de utilidad” antes expuesta, parece esfumarse en los casos extremos. ¿Cuánto estaría dispuesto a recibir un individuo sin herederos, a cambio de quedar en estado de vida vegetativa en ese mismo instante? Estas situaciones podrían dar pie a considerar que la idea de la irremplazabilidad, aunque no sea adecuada para caracterizar a *todos* los casos de DE, al menos lo es para definir a *algunos* de ellos. La duda, evidente, es si se trata de un problema de calidad o de magnitud del daño.

b) El problema de la magnitud. El tratamiento de los casos extremos, trasladando sus propiedades a todos los casos oscurece frecuentemente el problema. Los casos de difícil determinación, precisamente, son aquellos de gran magnitud. Con los restantes, la asimilación al tratamiento general de daños (el de los DP), parece menos conflictiva. La tentación evidente es pensar que se trata sólo de un problema de magnitud. No obstante, parece existir algún componente diferencial adicional. Cuando se habla de seguro, por ejemplo, si un individuo posee un bien de gran valor (exclusivamente patrimonial) y es adverso al riesgo, puede pensarse claramente en su deseo y posibilidad de asegurarse. Si alguien, adverso al riesgo, encuentra dos diamantes (que no le proporcionan ningún goce estético, ni afectivo especial), y no posee riqueza adicional suficiente para pagar la prima del seguro, puede vender uno, y con ese dinero asegurar el restante. Si en cambio, sólo posee el amor de dos seres queridos, que le proporcionan una utilidad equivalente a esos dos diamantes, no puede vender nada para asegurarse, aunque quisiera hacerlo.

En estos casos se recrea el problema del “valor de uso” y “valor de cambio”, y se advierte la histórica dificultad de la Economía para tratar con el primero. La dificultad no es menor para las restantes disciplinas del área de las ciencias sociales. No obstante, no se trata de la única situación en la cual se debe lidiar con este problema. ¿Cuánto vale su libertad para un condenado a prisión, más allá de su pérdida de ingresos patrimoniales? La respuesta es igualmente difícil, y sin embargo, ese problema no parece un fundamento suficiente para dejar de aplicar sanciones privativas de libertad, con magnitudes objetivas. Pero en lo que aquí interesa, esas peculiaridades de cuantificación, ¿hacen que el DE deba ser considerado otra cosa, que el DP y tratado de un modo diferente?

c) Daño patrimonial y extrapatrimonial: la pregunta acerca de si deben considerarse dos conceptos diferentes o sólo uno con matices, no involucra una cuestión de principio. Las propiedades diferenciales pueden servir tanto para establecer dos géneros, como dos especies de un mismo género según el propósito. A nuestros fines, es importante reconocer, sí, al menos una propiedad diferencial: la especial dificultad de cuantificación. Luego, interesa también estudiar si esa dificultad es suficiente para un tratamiento diferenciado. Trataremos a continuación el aspecto concerniente a la indemnizabilidad y la cuantificación.

d) La indemnizabilidad: los argumentos tratados con anterioridad, no parecen dar fundamento suficiente para apartarse de la situación general. Esto es, si se trata de una pérdida de bienestar, y el objeto del análisis tiende a la maximización del bienestar, entonces deben seguirse las reglas generales para el diseño de los incentivos consistentes con dicha finalidad. Si los problemas son de cuantificación, entonces, corresponde tratar ese aspecto.

e) La cuantificación: varios aspectos se relacionan con el punto.

1) Los pequeños DE: Shavell, otros autores, y la línea jurisprudencial clásica, sostiene que no deben ser indemnizados. El argumento basado en la maximización del bienestar sostiene que su cuantificación, dada la dificultad reconocida al respecto, importa más costos que beneficios. Por ello, es más conveniente denegarlos. Este razonamiento es problemático. Lo conveniente, es no insumir más costos que los beneficios que proporciona la cuantificación. Luego, si el procedimiento de cuantificación es suficientemente barato, no hay obstáculo en que se indemnicen aún estos daños.

2) Las particularidades idiosincráticas de la valuación, la utilidad de los agentes y el valor de cambio: en los casos de DP se suelen indemnizar las pérdidas sufridas de acuerdo con el valor de mercado de ciertos bienes. Ese valor refleja su escasez relativa y no la utilidad que el bien proveía a su dueño. Tal modo de indemnizar, produce una objetivación del valor que se toma en cuenta, y parece, a su vez, de un modo indirecto, compensar igualmente bien esa utilidad ligada al bien perdido. La clave de esta idea, para la mayoría de los autores, es la posibilidad de sustitución o reemplazo. Si el bien perdido tiene un sustituto perfecto en el mercado, la indemnización le permitirá a la víctima adquirir ese sustituto y el mismo, por definición, le proporcionará la misma utilidad que el bien sustituido.

Esta posibilidad, no obstante, es sólo una aproximación gruesa al problema y no es una consecuencia necesaria de esa objetivación de la valuación. En derecho, existe un debate interesante sobre cómo indemnizar algunos tipos de DP. Por un automóvil dañado luego de un choque, se suele pagar el costo de la reparación y además la disminución que sufre el valor de venta de ese automotor por efecto de la reparación. No obstante, mientras la víctima no venda el vehículo tendrá un auto dañado y reparado y algo más de dinero, mientras que antes tenía un auto sin daños ni reparaciones, y un poco menos de dinero. Si lo vende, obtendrá el dinero de la venta. Aunque difícilmente, si se trata de un auto usado, pueda adquirir con ese dinero uno que le resulte totalmente equivalente a su conocido auto antes del accidente.

La intertemporalidad es otro problema clave y general a todo el sistema. La víctima sufre un daño en un momento histórico, y recibe la compensación mucho tiempo después. Para compensar esa pérdida, se paga una tasa de interés estándar. No obstante, la utilidad de esa víctima muy probablemente sea función de variables distintas de las que determinan el nivel de esa tasa general, y por lo tanto, la compensación quizás guarde una relación con la utilidad del agente mucho más débil de la pretendida.

La objetivación de la compensación, en consecuencia, en la mayoría de los casos, tiende a ser sólo una grosera aproximación a una compensación de pérdidas de utilidad. En cuanto se

asume esa debilidad estructural del sistema de compensación de daños, la cuestión a decidir pasa a ser menos aguda. El valor de mercado, en los casos de compensación de DP, es posiblemente el mecanismo menos imperfecto de aproximación al reestablecimiento de utilidades. El desafío, entonces, es pensar no ya en sustitutos de los bienes afectados por los DE, sino en sustitutos equivalentes de ese mecanismo que se emplea para determinar DP. En otras palabras, intentar algún procedimiento que de modo repetitivo y razonablemente barato, pueda lograr la mejor aproximación posible.

f) Algunas líneas de acción: el resultado intuitivo sería intentar tomar en cuenta qué mundo preferiría cada agente, en relación con el balance de los riesgos (de sufrir daños) y beneficios de ciertos niveles y modos de realización de las actividades que generan esos riesgos y coordinar del mejor modo posible esas preferencias. Si existiera un procedimiento perfecto para lograrlo su resultado equivaldría, en un mundo ideal, al sistema de responsabilidad (igualmente ideal), en el que las indemnizaciones se determinarían por el procedimiento de la disposición a pagar para reducir esos riesgos. Si se parte de la disposición a pagar, se puede concluir que agentes perfectamente informados de sus riesgos y de sus utilidades, estarían dispuestos a pagar a los potenciales dañadores para reducir sus actividades o tomar precauciones hasta el nivel preferido. El resultado de ese mercado, sería un equilibrio en el nivel de óptimo de actividades y riesgos. Si se pensara en términos tradicionales en la disposición a asegurarse - excluyendo las especiales formulaciones ya criticadas- el resultado sería idéntico.

Los mercados convencionales actúan como mecanismos directos de coordinación de preferencias, dado que las de los agentes, en tanto participantes de ese mercado, influyen en el resultado. En el caso de los sistemas de responsabilidad, las preferencias de los agentes sometidos a la decisión (en cuanto justiciables) no influyen en el resultado a la hora de determinar indemnizaciones. La apelación al mercado, es aquí, indirecta. Se trata de una simple aproximación instrumental, de segundo orden. Un instrumento (la referencia al mercado), basada en otro instrumento (el mercado).

Cuando se advierte que la discusión discurre en torno de la conveniencia de mecanismos instrumentales e imperfectos, que se pueden distinguir conceptualmente de los objetivos²⁰, entonces la cuestión se traslada de los principios, a la tecnología disponible para satisfacer esas metas. En estas condiciones se puede comparar, por ejemplo, un sistema de responsabilidad de determinación judicial libre, con otro sistema en el cual las indemnizaciones de DE se fijan según un baremo contenido en una ley del Congreso.

Puede ser útil explorar un punto de partida poco convencional. Imagínese un sistema de determinación judicial libre, donde el juez decide fijar para un caso de DE, una indemnización de valor arbitrario, sin mayor preocupación por que refleje ningún criterio razonable. Una vez determinado ese valor en su sentencia, si el mismo fuera demasiado bajo según las preferencias de la víctima y de los restantes individuos sometidos a su jurisdicción (quienes computarán ese valor en su función de utilidad para el caso de sufrir un daño de la misma

²⁰ No está dentro del alcance propuesto para este trabajo, discutir la bondad del mercado como mecanismo de coordinación de preferencias. La distinción que se intenta es, simplemente, conceptual, y tiende a diferenciar el *objetivo (maximización del bienestar*, en alguna de sus variantes), del *instrumento* o sistema (*mercado*, en alguna de sus acepciones). Cuando se habla de reproducir los resultados de un hipotético mercado, en situaciones denominadas de “no-mercado”, esa reproducción se entiende valiosa porque se supone que cumple el objetivo de maximización, no por serlo “en si misma”. Luego, la reproducción de los resultados de un mercado imperfecto (que no conduce necesariamente a la maximización), no es ya *idénticamente* deseable. Puede, aún, serlo por tratarse del *mejor instrumento posible*, pero esa circunstancia debería discutirse sobre bases propias.

clase) lo criticarían y emprenderían las acciones suficientes para que modifique ese criterio, en futuras sentencias. Luego, la coordinación de acciones individuales llevaría el valor de la indemnización tendiente a compensar ese DE, a un punto de equilibrio que reflejaría la coordinación de las preferencias de los individuos al respecto.

Algo similar ocurriría con un baremo sancionado por una ley del Congreso: en ese mismo mundo ficticio e idílico, los legisladores actuando en su propio beneficio percibirían esa conjunción de preferencias y modificarían el baremo, originariamente arbitrario, hasta alcanzar el punto de equilibrio.

Evidentemente, ninguna de estas posibilidades funciona de ese modo en el mundo real. No obstante, otros instrumentos, como la búsqueda de un sustituto directo de mercado (propia de los DP), o el descubrimiento de la disposición ficticia a asegurarse, tampoco suelen proveer un marco más seguro para los casos de DE. Probablemente las imperfecciones reales de esos mecanismo idealmente suaves (según se describió a la determinación judicial arbitraria, y a los baremos legales), no son de una magnitud muy diferente de las que obstaculizan el funcionamiento perfecto de sus alternativas.

Luego, si se trata de procurar un objetivo a través de los mejores instrumentos posibles, ninguno de ellos será más valioso “en sí”, sino que lo será, simplemente, por su utilidad instrumental. En el Derecho Penal, por ejemplo, se acostumbra fijar las clases y magnitudes de las penas a través de un baremo flexible (con máximos y mínimos), de origen legislativo y amplia discreción judicial, y ese procedimiento no suele parecer extraño (Rosenkrantz, 2000). Las penas, se podría entender, varían a lo largo del tiempo, con relación a la variación de las preferencias de los agentes, al igual que lo hace el precio del pan o del dinero. Sólo que aquí, el mecanismo de coordinación que traslada la influencia de esas preferencias, al resultado, no es un mercado tradicional, sino un mecanismo político²¹. Parece tan inadecuado intentar determinar la cantidad de años de prisión que deba sufrir un homicida, a través de una referencia directa a algún mercado convencional (únicamente), como fijar el precio de todos los bienes por una decisión política o judicial, lo cual no implica excluir absolutamente *algún* aporte de uno de esos campos, para *algunas determinaciones* usualmente derivadas a los restantes.

Asumir estas premisas, permite pensar en cuestiones técnicas más usuales y menos fundamentales. Cada sistema concreto será “mejor” o “peor”, según las condiciones reales (según la estructura de costos de transacción) del contexto social en el que se lo intente implementar y por su consistencia, en esas circunstancias, con los objetivos tenidos en mira. La consideración institucional es aquí, definitoria, para una decisión normativa concreta sobre el punto.

Contrariamente a las propiedades esbozadas para caracterizar un mundo ideal, el sistema de determinación judicial es escasamente permeable a la crítica directa de los individuos, como procedimiento efectivo para ajustar los valores establecidos en sus decisiones. El acceso de los ciudadanos a la información relacionada con las sentencias, es prácticamente nulo. Sólo los casos más resonantes suelen llegar al gran público. Sin embargo, por otro lado, existe una

²¹ La literatura neoinstitucionalista vigente y la generalmente comprendida dentro del Análisis Económico del Derecho, suele usar el término “mercado”, en un sentido amplísimo, que abarca aún esas situaciones que identificamos como mecanismos de coordinación de preferencias. Así, como es conocido, se suele hablar de un “mercado político” y hasta de un “mercado de la violencia” (Dixit (1997), Olson (2001), North (1993)). De allí, el empleo de la calificación “mercado tradicional” o “convencional” que empleamos para intentar una distinción.

crítica especializada que es más inmediata y efectiva. Las sentencias de los jueces son comentadas por expertos e investigadores, que suelen opinar sobre su mérito y estas conclusiones de los expertos sí suelen servir de fuente directa a las sentencias futuras, sin duda, mucho más que el mismo texto de la ley. La literatura especializada, en consecuencia, suele ser una instancia intermedia entre las preferencias de los individuos y los resultados de esas sentencias.

Paradójicamente, entonces, el problema suele trasladarse desde los jueces a los juristas académicos.²² ¿Cuánto capta la literatura jurídica de las preferencias de los individuos? La respuesta no es sencilla. Las particularidades idiosincráticas son aquí, sumamente relevantes y las investigaciones de un país no son extrapolables a los restantes. En Argentina, la formación jurídica no suele otorgar relevancia a los instrumentos cuantitativos y eso se refleja en un desinterés generalizado por las investigaciones de campo sobre esa base. Luego, la literatura se suele basar en intuiciones más o menos razonables pero difícilmente controvertibles con el debido rigor.

En el caso de los baremos legales se pueden reproducir, con ciertas variantes, algunos obstáculos antes expuestos para el sistema judicial. Entre sus ventajas se cuenta la posibilidad de hacer explícitas las variables relacionadas con las indemnizaciones. Las decisiones judiciales, frecuentemente no explicitan esas relaciones, no obstante, el análisis de sus resultado da la pauta de que, más allá de lo declamado, suelen pesar de modo significativo algunas (pocas) circunstancias.

Los legisladores, a diferencia de los jueces, no son vitalicios y llegan a su puesto a través del voto popular, por lo cual la opinión del ciudadano común influye de modo diferente en su cálculo. No obstante, esa característica de su acceso a la función puede predisponerlos a una decisión legislativa demagógica en la cual se privilegie el corto plazo. Se podría pensar, por ejemplo, que una propuesta legislativa que confiera elevados montos de indemnización a ciertos casos particularmente sensibles a la opinión pública (pérdida de hijos, daños corporales de magnitud, etc.), sería siempre preferida por los votantes, sin considerar los efectos de largo plazo de esa decisión (reducción de los niveles de actividad de ciertas industrias, y sus efectos subsiguientes). La coordinación óptima de preferencias requeriría una perfecta información de esos ciudadanos, que deberían preferir un monto asociado a cierto nivel de medidas de precaución y consiguiente reducción de ciertas actividades. La segunda parte de esta afirmación, es de muy difícil consecución. No obstante, se señalan factores que operan en sentido contrario, y de modo mucho más robusto. Las actividades productoras de ciertas clases de daños y el aseguramiento suelen tener una organización de la que carecen las víctimas. Luego, el efecto la presión de las primeras suele ser inmensamente más efectivo que la inorgánica acción de las segundas, por lo cual en el caso de baremos, tienden a reducirse los montos.

Otra ventaja relativa de los baremos -quizás la más relevante- es su reducción de costos de determinación y sus ventajas de transmisión de información. Se dijo que los ciudadanos no suelen conocer con cuánto se compensa cada tipo de DE. Pero menos aún suelen conocer la variabilidad existente entre los distintos jueces y tribunales, y la dispersión es enormemente relevante. Luego, cualquier intento de cálculo sobre la base de ese tipo de información, alcanza un costo exorbitante. Los baremos, para esta clase de daños, tienen una doble ventaja. En

²² El profesor Martín Bohmer señalaba en una conferencia dada en Bahía Blanca en 1996 que los jueces no hacen lo que dicen las leyes, sino lo que dicen los profesores de derecho, y ¿quién ha votado a los profesores de derecho para esa función?

cuanto permiten conocer fácilmente los valores con que se compensará cada tipo de daño, por una lado ahorran costos a la hora de calcular si emprender o no una actividad, y por otro, permiten la crítica tendiente a modificarlos. Estas ventajas persisten aún cuando se trate de baremos indicativos, de los cuales los jueces puedan apartarse -en más o en menos- para casos excepcionales.

Posiblemente la dificultad de cuantificación de los DE, que ha dado origen a las particularidades de su tratamiento es un argumento más fuerte para proponer la vigencia de baremos que para negar su indemnizabilidad. Un argumento de raíz empírica empleado por alguna de estas tendencias puede ser especialmente redirigido en su contra. Si se entiende que no existe una demanda efectiva de aseguramiento contra DE, también debe concederse que no existe un movimiento social tendiente a suprimirlos, o siquiera, a modificarlos. Puede pensarse que esto ocurre por una información enormemente imperfecta al respecto. Pero esta disfunción afecta a ambos argumentos, de modo semejante.

La decisión estadounidense de conceder un monto baremado de compensación por DE a las víctimas del 11 de septiembre (con todas las particularidades de esa situación²³) parece consistente con buena parte de estas ideas.

Quizás, el programa de investigación del análisis jurídico y económico más razonable respecto del problema de los DE, no consista en intentar encontrar un modelo teórico único que intente dar respuestas generales a través de una pretendida reproducción de fragmentos del mercado, como lo son el particular mercado de seguros, o los mercados explícitos de reducción de riesgos. Probablemente, sea más fructífero concebir el problema en el marco de un mecanismo de coordinación más abarcativo, y como un sector sujeto a mercados, entendidos estos en un sentido más amplio, en los que se conjugan preferencias sobre mundos alternativos, compuestos por combinaciones de riesgos y actividades, pero con vías de ajuste intermediadas por instituciones. Mercados con enormes problemas de información, que oscurecen tanto las *relaciones* entre las variables implicadas, (por ejemplo, entre las indemnizaciones y las actividades que generan los riesgos), cuanto los propios valores de dichas variables (los valores reales de la probabilidad, y magnitud de sufrir esta clase de daños, los valores esperados de la indemnización a percibir, etc.). Quizás, finalmente, hacer explícitas esas relaciones y esos datos, e integrar los diversos instrumentos de investigación posibles (aún los experimentales) sea un requisito inicial del camino, siempre perfectible, para revelar las demandas y ofertas de seguridad, de indemnización, y de cobertura, y poder captar los modelos de comportamiento y estructuras de preferencias implicados.

²³ La particularidad más evidente parece ser que en los casos ordinarios, quizás el argumento de más peso a considerar es el efecto disuasivo. Aquí, el atentado lo produjo un grupo de personas, y la compensación lo pagará el estado norteamericano. Aunque pudiera pensarse que el efecto sería contra la "falta de prevención" del estado en anticipar y frustrar el hecho, no parece un argumento decisivo en esas circunstancias dado el insignificante costo de las indemnizaciones por DE en relación con los daños totales. No obstante podría pensarse, no sin verosimilitud, que los votantes norteamericanos no tolerarían con facilidad que se dejara sin compensación a esas víctimas. En esa opción comentada entre diversos mundos parece que optarían por uno que incluyera esas indemnizaciones. La decisión de crear ese fondo y compensar esos daños parece ser más consistente con las preferencias de esa sociedad que las propuestas de denegar las indemnizaciones, con base en el particular empleo de la teoría de seguros que efectúan algunas corrientes reseñadas.

Anexo

Con la intención de evaluar, los criterios implícitos seguidos por los jueces de nuestro país a la hora de determinar las compensaciones por DE se plantearon modelos alternativos de regresión lineal a partir de los datos obtenidos de la Base de Montos Indemnizatorios por Daños Personales de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de IIJusticia. La hipótesis es que, tal como se mencionó, aunque no se expliciten existen ciertas variables objetivas importantes al momento de cuantificar la desutilidad de la víctima en la esfera no patrimonial. En principio se supuso que debían considerarse la gravedad de la lesión (se toma el porcentaje de incapacidad como proxy), la edad de la víctima, su género, y la incapacidad sobreviniente que compensa las pérdidas de ingresos del damnificado.

En una primera aproximación, se intentó identificar si la edad de la víctima (EDAD), su género (SEXO), el porcentaje de incapacidad resultante de las lesiones (INCAP) y el monto en pesos recibido en concepto de incapacidad sobreviniente (SOBREV) incidían en el monto obtenido en concepto de DE ²⁴ (COMPENS). Los resultados de la regresión efectuada²⁵ para el conjunto de las 700 observaciones disponibles, se muestran a continuación.

Cuadro 1:

$$COMPENS = \alpha C + \beta INCAP + \sigma SOBREV + \psi SEXO + \varphi EDAD$$

Dependent Variable: COMPENS

Method: Least Squares

Date: 08/22/03 Time: 15:58

Sample: 1 701

Included observations: 666

Excluded observations: 35

White Heteroskedasticity-Consistent Standard Errors & Covariance

Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
EDAD	-33.71093	43.97777	-0.766545	0.4436
SEXO	269.2540	1911.712	0.140844	0.8880
SOBREV	0.405745	0.032501	12.48417	0.0000
INCAP	329.1159	64.12318	5.132558	0.0000
C	-1029.750	2381.400	-0.432414	0.6656
R-squared	0.671813	Mean dependent var		35022.25
Adjusted R-squared	0.669827	S.D. dependent var		39594.96
S.E. of regression	22751.52	Akaike info criterion		22.91013
Sum squared resid	3.42E+11	Schwarz criterion		22.94392
Log likelihood	-7624.073	F-statistic		338.2746
Durbin-Watson stat	2.292601	Prob(F-statistic)		0.000000

El porcentaje de incapacidad y el monto otorgado por incapacidad sobreviniente resultaron variables significativas, no así la edad ni el género. Esto era previsible aunque el componente patrimonial no debería, desde una perspectiva teórica ser determinante. Pero la evidencia empírica utilizada muestra resultados robustos, dado que aún, cuando se efectuaron regresiones utilizando submuestras en función del nivel de incapacidad²⁶, la variable SOBREV se mantuvo siempre significativa y con valores que oscilaron dentro del rango de 0,25 a 0,50, correspondiendo los mayores guarismos a los estratos de 40 y 50% de incapacidad.

²⁴ En los casos en que se reconocía perjuicio estético y incapacidad psicológica, los montos se sumaron al otorgado en concepto de DE.

²⁵ En la que se utilizó el método consistente de White teniendo en cuenta que el test de White había mostrado la presencia de heteroscedasticidad. Tanto el estadístico de Durbin y Watson como el test de Breusch Godfrey mostraron ausencia de autocorrelación.

²⁶ Se consideraron 8 grupos: 10%, 20%, 30%, 40%, del 48 al 52%, 60%, 66 al 75%, más del 75%.

Cuando se realizaron regresiones analizando separadamente la incidencia de las variables INCAP y SOBREV los resultados (Cuadros 2 y 3) permitieron inferir un mayor poder explicativo de esta última²⁷.

Cuadro 2

$$COMPENS = \alpha C + \beta INCAP + \psi SEXO + \varphi EDAD$$

Dependent Variable: COMPENS

Method: Least Squares

Date: 08/22/03 Time: 17:02

Sample: 1 701

Included observations: 701

White Heteroskedasticity-Consistent Standard Errors & Covariance

Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
EDAD	-334.2155	51.42993	-6.498463	0.0000
SEXO	349.9680	2258.855	0.154932	0.8769
INCAP	990.7039	80.43954	12.31613	0.0000
C	4000.005	2980.182	1.342202	0.1800
R-squared	0.417312	Mean dependent var		33996.82
Adjusted R-squared	0.414804	S.D. dependent var		38987.35
S.E. of regression	29824.58	Akaike info criterion		23.44974
Sum squared resid	6.20E+11	Schwarz criterion		23.47572
Log likelihood	-8215.135	F-statistic		166.3936
Durbin-Watson stat	2.075193	Prob(F-statistic)		0.000000

Cuadro 3

$$COMPENS = \alpha C + \sigma SOBREV + \psi SEXO + \varphi EDAD$$

Dependent Variable: COMPENS

Method: Least Squares

Date: 08/22/03 Time: 17:01

Sample: 1 701

Included observations: 666

Excluded observations: 35

White Heteroskedasticity-Consistent Standard Errors & Covariance

Variable	Coefficient	Std. Error	t-Statistic	Prob.
EDAD	12.87994	47.85691	0.269134	0.7879
SEXO	1481.069	1944.875	0.761524	0.4466
SOBREV	0.483476	0.040631	11.89913	0.0000
C	6540.037	3301.260	1.981073	0.0480
R-squared	0.647824	Mean dependent var		35022.25
Adjusted R-squared	0.646228	S.D. dependent var		39594.96
S.E. of regression	23550.59	Akaike info criterion		22.97768
Sum squared resid	3.67E+11	Schwarz criterion		23.00471
Log likelihood	-7647.566	F-statistic		405.9136
Durbin-Watson stat	2.210919	Prob(F-statistic)		0.000000

²⁷ Considerándose la posible no linealidad de la relación entre COMPENS Y SOBREV se incluyó en la regresión el cuadrado de esta última. Los resultados fueron consistentes en tanto mostraron que la compensación se incrementa menos que proporcionalmente a medida que crece el monto en concepto de incapacidad sobreviviente. El test de Ramsay aplicado a esta última regresión no muestra errores de especificación, y el test de Wald permite confirmar la pertinencia de la inclusión de SOBREV y SOBREV².

Referencias Bibliográficas

- **Acciarri, H., Barbero, A. y Castellano, A. (2000)**, "Riesgos y Accidentes de Trabajo: el Caso Argentino. Algunas Reflexiones desde la Perspectiva del Análisis Económico del Derecho", *Anales de la AAEP*, Córdoba.
- **Alterini, A. (1997)**, "La Limitación Cuantitativa de la Responsabilidad Civil", Ed. Abeledo-Perrot.
- **Avraham, R. (2003)**, "Pain-and-Suffering Damages in Tort Law: Revisiting the Theoretical Framework and the Empirical Data", *Working Paper, University of Michigan, John M. Olin Center for Law and Economics*.
- **Broome, J. (1978)**, "Trying to Value a Life", *Journal of Public Economics*, Volume 9, No. 1, February.
- **Buchanan, J. and Faith, L. (1979)**, "Trying Again to Value Life", *Journal of Public Economics*, Volume 12, No. 2, October.
- **Cooter, R. and Ulen, T. (1997)**, "Law and Economics", 2nd Edition, Addison-Wesley.
- **Cook, P., and Graham, D., (1977)**, "The Demand for Insurance and Protection: the Case of Irreplaceable Commodities", *Quarterly Journal of Economics*, No.91 (1).
- **Dixit, A. (1997)**, "The Making of Economic Policy", The MIT Press, Cambridge.
- **Gómez Pomar, F. (2001)**, "Daño Moral", *Responsabilidad Civil y Seguros*, Año III, No. 6, Noviembre-Diciembre.
- **Jones Lee, M. (1979)**, "Trying to Value a Life: Why Broome does not Sweep Clean", *Journal of Public Economics*, Volume 12, No. 2, October.
- **Mishan, E.J. (1971)**, "Evaluation of Life and Limb: a Theoretical Approach", *Journal of Political Economy*, Volume 79, July/August.
- **North, D. (1993)**, "Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico", Ed. Fondo de Cultura.
- **Olson, M. (2001)**, "Poder y Prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas", Ed. Siglo Veintiuno
- **Pintos Ager, J. (2000)**, "Baremos, Seguros y Derecho de Daños", Ed. Civitas, Universidad Carlos III de Madrid.
- **Posner, R. (1992)**, "Economic Analysis of Accident Law", 4th Edition, Little, Brown and Company, Boston.
- **Rosenkrantz, C. (2000)**, "El Daño Moral o no Pecuniario, las Reglas de la Economía y el Derecho del Consumidor". *Revista Apuntes de Derecho No. VIII*. Universidad Diego Portales, Santiago de Chile.
- **Shavell, S. (1987)**, "Economic Analysis of Accident Law". Harvard University Press.
- **Viscusi, W.K. (1993)**, "The Value of Risks to Life and Health", *Journal of Economic Literature*, Volume XXXI, Number 4, December.
- **Williams, A. (1979)**, "A Note on Trying to Value a Life", *Journal of Public Economics*, Volume 12, No. 2, October.