

Descripción de los criterios de cuantificación del daño no patrimonial a partir de una perspectiva legal económica

Elizabeth Jimena Villanueva Juipa**

Hemos dicho palabras
palabras para despertar muertos,
palabras para hacer un fuego,
palabras donde poder sentarnos
y sonreír
(...)

*Alejandra Pizarnik, Cenizas en Poesía completa,
Lumen, Argentina, 2011*

Key words: Daño moral, daño a la persona, cuantificación, non pecuniary loss, law & economics, comparative tort law, pain and suffering, computation of damages, VSL, WTP.

Esquema: I. Estado de la cuestión II. El Tort Law y los daños no pecuniarios IV. Métodos de cuantificación V. Nuestra perspectiva y conclusiones.

I. Estado de la cuestión

A más de uno no ha dejado de llamarle la atención en nuestra realidad jurídica, el proceder de nuestro formante jurisprudencial al señalar montos tan dispares¹

* Bachiller en derecho por la UNMSM, ex Coordinadora (2012) del Taller de derecho civil Carlos Fernández Sessarego.

¹ Para muestra, cuantificación de daños no patrimoniales a los familiares por la muerte de un ser querido: Exp.Nº3616-2015 Sala Civil Transitoria: 570 mil soles por daño moral a los padres de un ciudadano asesinado por un miembro del serenazgo de la Municipalidad de San Isidro, Exp. Nº 18707-11 Primera Sala Penal para procesos con reos en cárcel: 1 millón por daño moral y daño al proyecto de vida truncado de la víctima, reparación civil que es otorgada a los familiares de Ivo Dutra por su muerte a causa de un accidente automovilístico por un conductor de la empresa Orion, Daño no patrimonial por atentados contra el honor, la imagen, difamación: Exp.Nº1853-2006 Primera Sala Civil: 200 mil por daño al proyecto de vida y 200 mil por daño moral (dado el buen nombre y dignidad del peticionante) de un Juez expulsado de la función pública, RN Nº 449-2009 Primera Sala Penal Tránsitoria: 200 mil nuevos soles de reparación civil por afectación al derecho al honor-difamación, habiendo difamado a Paolo Guerrero contra Magaly Medina Vela y Empresa multimedios y prensa sociedad anónima cerrada, daño no patrimonial por lesiones graves a las víctimas, RN Nº 1208-2011 Sala Penal Transitoria: 350 mil soles por daño moral, daño a la persona (DPV) y daño emergente en un proceso penal donde el atropellado presentaba signos de ebriedad altos, RN Nº1249-2003: 400 mil soles por daño económico y moral a Augusta Merino Alburqueque (Caso Clímaco Basombrio). Téngase en cuenta que los montos señalados corresponden a indemnizaciones otorgadas en su mayoría por las Salas Civiles de Lima o las Salas Penales de Lima; sin embargo la realidad en las Cortes de los distritos de Lima Norte, Lima Este, o en provincias es ínfima y diametralmente opuesta. Asimismo, montos risibles han sido documentados por el profesor Espinoza Espinoza: “10 mil soles como indemnización a los familiares de un padre de familia muerto en la ciudad de Piura, hasta \$3 mil dólares como indemnización a los familiares de un niño

por daños no patrimoniales; sin embargo la realidad foránea no es distinta, se fijan montos dispares en los fallos de las Cortes y aún más distintos entre países; adicionalmente, no es menos preocupante el porcentaje que éstos daños representan de la cuantificación total; así estudios empíricos realizados en el 1991 que han usado el ISO para evaluar el porcentaje que los pagos por pérdidas no pecuniarias representan del total del monto cuantificado por daños, obtienen como resultado entre un 30 %-57% del total, mientras que estudios más recientes (2001) muestran que el monto otorgado por pérdidas no pecuniarias y pérdidas pecuniarias se ha equiparado².

En cuanto al escenario de extensión (y caos) en la nominación, identificación de los daños no económicos es distinta tanto en la tradición Romana-Germánica³ como en la del Common Law⁴ (al respecto se ha señalado que somos más cercanos a Inglaterra que ha EEUU); sin embargo este estudio no se pronunciará en favor o en contra de dicha identificación de diversos daños, pues aceptamos que dicho proceder va más allá de la ético⁵, estableciéndose ahora como una convención social, esto es: en este determinado momento de la historia dicho proceder se considera aceptable.

En ese sentido, más allá de la nominación con la que se cuente, ambos sistemas jurídicos comparten un mismo problema: la cuantificación del daño no patrimonial, el daño no valorizable económicamente en ambos sistemas tiende

indigente muerto en la ciudad de Lima". Espinoza Espinoza, Juan Criterios de cuantificación para determinar el daño a la persona, diapositivas.

² S.D.Lindenbergh y P. P.M van Kippersluis, Non pecuniary losses en Tort law and economics, enciclopedia of law and economics, Edward Elgar,2009,p.217, lo mismo advierte Sebok, Punitive non economic damages, p.385

³ En Francia: prejudice d'agrément (perjuicio del placer), préjudice fonctionnel, les souffrances endurées, le préjudice esthétique, le préjudice spécifique d'agrément, le préjudice sexuel et le préjudice d'établissement, prejudice de changement dans les conditions d'existence; en Italia: Daño biológico, daño a la vida de relación, daño existencial, daño a la salud,etc.

⁴ Con el pasar de los años, sin embargo, las Cortes Americanas han continuado expandiendo la lista de daños compensables, incluyendo a diversos intangibles. Cooter, Robert and Ulen, Thomas, "Law and Economics, 6th edition" (2016). Berkeley Law Books. Book 2,p.191

⁵En el Perú justamente- como lo señala Trazegnies- la indemnización de los daños a la persona y moral chocaba con algunas perspectivas "El proyecto de la Comisión Reformadora redujo el daño moral a un recurso excepcional; y súbitamente gran número de juristas peruanos se rasgaron las vestiduras y gritaron herejía, considerando que se había atentado contra una de las bases sacrosantas de la responsabilidad extracontractual en el mundo occidental y cristiano" De Trazegnies Granda, La responsabilidad extracontractual, T.II, 8^{va} ed., Ara, 2016, p.91. Quién además señala que las indemnizaciones respecto al daño moral y a la persona responden "más al principio de venganza o de punición civil antes que al de reparación del daño".Ibidem,p.95, también en De Trazegnies Granda, La responsabilidad extracontractual en la historia del derecho peruano en Themis n°50, Revista de derecho, p.216

Ya sobre la apelación a la aceptación social de los daños no pecuniarios, para su tiempo daños morales, señalaba Eugenio Castañeda: "Nuestro pueblo con sentido profundamente realista dice que <<la pena con dinero es menos pena>>, o sea que el dolor del pobre es siempre más hondo y trágico que el dolor del hombre con fortuna". Jorge E. Castañeda, El daño aquiliano en la legislación del Perú, en Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas UNMSM, Lima,1962, p.522

a ser dejado a la apreciación subjetiva, sean éstos jurados⁶, quienes⁷ en algunos estados están sujetos a topes⁸ sobre la estimación del monto, como es en el caso de EEUU, o es dejado al criterio discrecional⁹ del juez¹⁰ para valorar un monto, que es lo que sucede tanto en Inglaterra como en Perú.

⁶ Los cuales pueden ser manipulados psicológicamente a señalar en su veredicto sumas altas, por ejemplo al verse expuestos ante fotos mórbidas: Cuando a los jurados se les presenta evidencia que es particularmente mórbida, ellos están predispuestos a experimentar emociones viscerales cargadas de sensaciones los cuales los llevarían a fallar inapropiadamente buscando la punición. (...) De acuerdo con la teoría de Schachter-Singer, las emociones son el resultado de dos componentes, nuestras respuestas fisiológicas y nuestras cogniciones, o pensamientos. (...) Investigaciones empíricas (Dolcos y Mc Carthy 2006) han mostrado, que “la base sobre la que tomamos decisiones está directamente influenciada por la naturaleza del material al que hemos sido expuestos”. Frente a lo cual instrucciones dadas por el juez, dirigidas a que los jurados ignoren cierto tipo de información es inefectiva, por lo cual la Corte Suprema de Estados Unidos en *Old Chief v. United States*, señaló el principio sobre la inadmisibilidad de evidencia que pueda provocar un riesgo injustamente perjudicial, así : “Cuando un patólogo forense necesita describir un disparo en la cabeza de la víctima, puede hacerlo con un dibujo en blanco y negro, con un modelo de espuma o una foto de la necropsia. Los tres pueden mostrar, igualmente, porqué parte de la cabeza de la víctima la bala entró, por lo que su valor probatorio es igual, sin embargo, el impacto emocional (entiéndase “injustamente perjudicial” o “engañoso”) de la foto es mucho mayor. Jules Epstein, Suzanne Mannes, “Gruesome” evidence, science, and Rule 403, disponible en <http://www.judges.org/gruesome-evidence-science-and-rule-403/> Lo cual podría parangonarse al efecto psicológico sobre los jueces peruanos al momento de valorar daños, que ciertos casos cuyas imágenes crudas del accidente han sido expuestas mediáticamente.

⁷ Aun cuando un proceso con jurado, constitucionalmente signifique una garantía para el proceso (*Hazard G y Taruffo M La justicia civil en los Estados Unidos*, traducido del it. por Gascón Inchausti Thomson Aranzadi, España, 2006 p.47,48), no ha habido quienes señalen que parte de la culpa de que el sistema norteamericano sea visto como desastroso, se deba a su presencia en la estimación de montos por resarcimiento en el veredicto (la cual es una decisión no una sentencia).

“Particularmente en EEUU, no han faltado autores que califiquen su sistema de Torts como desastroso (Bernstein 1996), entre otras cosas, por la intervención de jurados para la valuación del monto asignado por los entuertos, por los altos montos asignados en las compensaciones por pérdidas no económicas (pain and suffering, emotional distress, etc) y otros; que a la larga dificultan la eficiencia del sistema mismo y que evitan la compensación de personas que realmente requieren del sistema, lo cual podría sobrellevarse si se eliminaran los jurados, si se impusieran topes para las pérdidas no pecuniarias y otros”. John O. Ward, *Personal injury and wrongful death damages calculations:transatlantic dialogue*. Emerald,UK, 2009, p.35,36

⁸ La imposición de topes distintos entre los estados de EEUU, se justifica dado que los Estados están subordinados al Estado federal, pero tienen una amplia autonomía de gobierno en sus respectivos ámbitos. (...) La Constitución (1787) instituyó el Estado federal y definió sus poderes, dejando a los Estados los poderes residuales, no atribuidos al Estado federal. (...) En el ámbito de sus poderes, el Estado federal se halla jurídicamente supra ordenado a cada uno de los Estados. Esta relación se expresa en la Supremacy Clause de la Constitución, según la cual el Derecho federal es <<la Ley Suprema del País>> *Hazard G y Taruffo M La justicia civil en los Estados Unidos*, traducido del it. por Gascón Inchausti Thomson Aranzadi, España, 2006 p.47, 48. Un trabajo de referencia respecto a los topes de cada estado puede revisarse en Avraham, *Database of state tort law reforms (5th)*, disponible en <http://ssrn.com/abstract=2439198> (En la cual también se podrá encontrar las reformas 1980-2012 correspondientes al tort law en cada estado)

⁹ Cuando el juez valora equitativamente el daño lo hace en uso de un arbitrio discrecional; fija discrecionalmente la medida justa del daño resarcible, tal discrecionalidad está dirigida y conformada por la equidad. Adriano de Cupis, *El daño*, trad. del it. por A. Martínez, Bosch,p.551

¹⁰ La apreciación del juez (quien no es un siquiatra o sicólogo) se puede ver falseada por ciertos patologías que pueda presentar la víctima desde antes de ocurrido el accidente, como por ejemplo casos de víctimas hipocondriacas o aquellas que presentaban antes del evento dañosas enfermedades psiquiátricas, las cuales contribuyen a una falsa representación de los hechos acaecidos y la subsecuente

Y aun cuando en los ordenamientos se han ensayado propuestas como la fijación de baremos¹¹, de topes¹², la fijación de porcentajes teniendo como referencia-el cálculo más exacto-que ofrecen otros daños¹³, estas no han dejado de ser discutibles.

En ese sentido, el presente trabajo expondrá los diversos métodos¹⁴ que sirviéndose de la herramienta del law & economics se proponen a fin de dejar de lado la discrecionalidad que más de las veces se percibe como arbitrariedad en la fijación de montos compensatorios.

Iniciaremos el desarrollo del estudio señalando que hemos dejado en su lengua original algunas instituciones dada la carga cultural que la palabra conlleva y su no parangón en nuestra lengua; adoptando¹⁵ así dicho término extranjero.

II. El Tort¹⁶ y los daños no pecuniarios

inflación de montos. Por ejemplo: “Una mujer atacada en el trabajo, que se siente menospreciada por sus colegas y sus empleadores, que ha tenido un historial psiquiátrico que revela un trauma que ha marcado su niñez, un subsecuente trauma durante la guerra, con insatisfacción sobre cómo la vida la ha tratado. En su mente aspiraría a una suma dineraria por compensación, que en realidad la compensaría por todos los traumas que en la vida ha sufrido. (...)”. Sara Morgan y Dr. Davin Enoch, Lawyer or counsellor, en *The journal of personal injury law*, Sweet & Maxwell, Thomson, 2008, p.84

¹¹ España.

¹² Que varían según las legislaciones adoptadas por los estados de EEUU, se critica sin embargo a este proceder dado que ayudan a ingresar al rango establecido a los montos que traspasan dicho rango, sin embargo, en nada ayudan respecto a montos que se señalan por dentro del rango.

¹³ En experiencias pasadas en Italia, cuando se liquidaba al daño moral por un 1/3 o ½ del monto liquidado por el daño biológico. Busnelli, Non c'è quiete dopo la tempesta (...) *Rivista di diritto civile* 2/2012 p.136

¹⁴ Ya Gabba señalaba que “la estimación pecuniaria de dichos intereses no patrimoniales podría producirse solamente en méritos a una autoridad irresistible, como el **consenso unánime**, único que **puede establecer** la equivalencia entre un daño moral y una suma de dinero. Pero no advertimos el por qué deba el juez renunciar a su propia función cuando falte aquel consenso, al que deberá ampliar con su propio criterio valorativo”. Adriano de Cupis, *El daño*, trad. del it. por A. Martínez, Bosch, p.366

¹⁵ Sacco, quién señala que el método traducción-adopción es legítima. Sacco, *R Lingua e diritto*, p.131, disponible en www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_sacco.pdf

¹⁶ Luego que los Normandos conquistaran Inglaterra en 1066, ellos pronto perdieron el lenguaje francés, pero retuvieron una forma peculiar de ésta para redactar sobre derecho. Tort es “law-french”, el cual deriva de la palabra en Latin tortus (twisted). Cooter, Robert and Ulen, Thomas, “Law and Economics, 6th edition” (2016). Berkeley Law Books. Book 2, p.188. “De latin tortus (torcido, entuerto), es un ilícito civil, acto u omisión, distinto de uno que constituya sólo sólo un breach o contract o un breach of trust, y por el que puede obtenerse en un tribunal civil una indemnización. Al dar la acción por tort (actio ex delicto) primariamente una indemnización, tort se distingue así del crimen.” Extraído del Glosario incluido en W.W Buckland y Mc Nair *Derecho Romano y Common Law Una comparación en esbozo*, traducido del ing. Por Cremades Ugarte, Facultad de derecho Universidad Complutense de Madrid, p.428 Se precisa que en el presente estudio no se empleará la palabra derecho de daños como tort dado que ambas acepciones no son equivalentes; en el Common Law por ejemplo existen torts que no requieren la causación efectiva del evento dañoso, sino sólo la transgresión del derecho : “ Los Torts que tienen como función principal es proteger derecho mas que compensar daños son accionables sin necesidad de prueba de lesión. En esos casos todo lo que el demandante debe de probar es que su derecho ha sido infringido, por ejemplo el trespass y el libel, en los cuales donde exista infracción del derecho sin daño o *injuria sine damno*, el demandado será declarado responsable.” Kearns Martin Legal english Colex, 2007, p.172

En el siglo 19 y a inicios del 20, en un esfuerzo por racionalizar el common law, los juristas Angloamericanos hicieron el préstamo de las ideas de los escritores continentales y las usaron para reorganizar su derecho preexistente¹⁷; antes de los siglos citados el sistema de torts era particular¹⁸, cada uno con sus propias reglas, muy distintas a nuestro sistema continental concebido bajo un concepto unificador del tort- la cláusula general de responsabilidad.

En ese sentido, las formas de acción, trataron de ser identificadas según **intereses jurídicamente protegidos**¹⁹, de esta manera se diferenciaron: la acción por battery que buscaba proteger ante los daños por lesiones inferidos al cuerpo²⁰, la acción por defamation, libel, slander sobre la protección de la dignidad, el trespass to land por ofensas contra la propiedad, y otros que surgieron a posterioridad.

Junto a la noción de interés, los juristas del Common law también han acogido las distintos títulos de responsabilidad²¹, diferenciando el tort por negligencia²²-observancia de estándares de cuidado y caución, razonabilidad- del tort intencional-battery²³, assault²⁴, etc- y del tort de responsabilidad estricta-del propietario y por el manejo de cosas peligrosas.

¹⁷ Paraf. Gordley, Foundations of private law Oxford, 2006, p.159

¹⁸ W.W Buckland y Mc Nair Derecho Romano y Common Law Una comparación en esbozo, traducido del ing. Por Cremades Ugarte, Facultad de derecho Universidad Complutense de Madrid, p.319

¹⁹ Ampliar en Gordley, Foundations of private law Oxford, 2006, p.170,171

²⁰ En un inicio sólo los hechos debían ser producto del ejercicio físico contra el individuo, lo cual a partir de Wilkinson fue modificado, aceptando cualquier medio cuyo resultado sea el ocasionar una lesión al cuerpo. En dicho caso una mujer sufre desmedro en su salud luego de recibir una notica falsa sobre la supuesta muerte de su marido.

²¹ Aun cuando, el resultado de dichos esfuerzos no han sido lo suficientemente exitosos, así en el caso del intentional tort se ha tenido que pasar de la noción de intención de dañar a la intención de invadir, perturbar el interés jurídicamente protegido, dado que el primero permitía alarmantemente la excepción de responsabilidad; la literatura del Common Law se pronuncia fuera de las formas de acciones que antiguamente caracterizaban su derecho, así Pollock “ Nosotros somos independientes ahora de las formas de acciones (...) una racional exposición del Tort Law es libre de desarrollarse ajena a las extrañas materias de las que se formó, como lo hemos mostrado, de las exigencias prácticas de condiciones que ya no existen más”. Gordley Foundations of private law Oxford, 2006, p.181

²² Se dice que éste Tort es un hijo de los cambios acontecidos en la sociedad industrial (transporte, consumo, etc.). “El principal requisito de este tort es que el demandado debió de haber observado un deber de cuidado con el demandante”. Kearns Martin Legal english Colex, 2007, p.181 Se identifica el deber a partir del estándar del hombre razonable.

²³ Battery es la inercial o temeraria aplicación de fuerza física sobre alguien sin su consentimiento. Kearns Martin Legal english Colex, 2007, p.201

²⁴ Assault es la amenaza o intento de aplicar fuerza sobre otra persona lo cual provoca en la persona un miedo razonable de un ataque físico que se le pueda causar. Kearns Martin Legal english Colex, 2007, p.200

Veamos los remedios con los que puede contar la víctima del tort, entre los cuales el más importante es la compensación de daños.

Es importante señalar que la oportunidad de accionar judicialmente por los daños que sufre la víctima es única, lo que significa que aun cuando ésta pueda probar en otro juicio que el daño sufrido fue más grave, le está prohibido accionar nuevamente sobre los mismos hechos.²⁵

Los daños que se compensan son:

“*General damages*” son compensaciones pecuniarias que el juez o jurado asigna a partir de la prueba de la comisión del *tort*; “*special damages*” son montos asignados por la pérdida o lesión consecuencia del *tort*, los que la ley exige que el demandante especifique en sus alegatos y los cuantifique con precisión. (...) las demandas por lesiones personales en las que se han ocasionado daños como *pain and suffering* son generales, ellas no necesitan ser cuantificadas en la demanda, y le corresponde a la corte o jurado asignarlas. Contrariamente, las pérdidas en las ganancias durante el periodo de incapacidad ocasionado por la lesión, o los daños respecto a los gastos médicos en los que se incurrió, son “*special*” y deberán ser cuantificados y determinados en la demanda²⁶.

Los daños no compensatorios pueden ser contemptuos²⁷, nominal²⁸, exemplary o punitive²⁹; sin embargo no nos pronunciaremos sobre ellos dado que excede

²⁵ Es más crítico en el caso en que la víctima haya sufrido lesiones personales, cuya mejoría o empeoramiento depende del estado de salud de las personas, lo que implica variación en los costos, ante lo cual sumas periódicamente revisables parecerían una mejor opción ante un monto determinado de dinero asignado una sola vez. Sin embargo las ventajas de dicho sistema no son uniformes. Ampliar en Rogers W.V.H., Winfield and Jolowicz on Tort 11th edition, Sweet & Maxwell, London, 1979 p.609-611. En el derecho inglés-no estadounidense- están excluidos de dicha regla situaciones en las que se haya ocasionado diversas violaciones a los derechos de una persona, por ejemplo en el caso de un accidente de tránsito, es posible entablar una acción por daños al bien y otra por daños a la persona. Otra excepción es que exista continuidad en la lesión, etc. Rogers W.V.H., Winfield and Jolowicz on Tort 11th edition, Sweet & Maxwell, London, 1979 p.591

²⁶ Philip S, James General principles of the law of torts 3ed edition, Butterworths,London, 1969, p.398

²⁷ Son otorgados en base a la pérdida efectiva que se le ha ocasionado al demandante, sin embargo a criterio del tribunal no merecen ser valuados íntegramente pues “la corte se ha formado una negativa opinión sobre los argumentos contenidos en la demanda, o la conducta del demandante fue tal que merecía, en todo caso moralmente, lo que el acusado le hizo (...) Estos montos no son infrecuentes en casos de difamación”. Rogers W.V.H., Winfield and Jolowicz on Tort 11th edition, Sweet & Maxwell, London, 1979 p.592

²⁸ Son otorgados cuando el derecho del demandante ha sido infringido pero éste no ha sufrido actual damage (pérdida). “Los montos asignados pueden ser de un shilling o penny (monedas de baja nominación), cuyas sumas son valuadas con el propósito de no dar una real compensación”. Pollock The law of torts: A treatise on the principles of obligations arising from civil wrongs in the common law 4th ed. 1886, p.91

²⁹ Estos montos no son compensatorios, sino son determinados a fin de punir al demandado y para disuadirlo de un comportamiento similar que pueda darse en el futuro. (...) Para Lord Devlin’s, estos *exemplary damages* son en principio objetables porque en ellos se confunden las funciones civiles y criminales del derecho, y fuera de los casos permitidos por el estatuto, estos daños sólo pueden ser

el objeto del presente estudio dedicado a los daños no patrimoniales compensatorios.

Las pérdidas no pecuniarias, conocidos como *non-pecuniary loss* que se pueden dar como consecuencia de ofensas contra la integridad física, contra el buen nombre, etc.; son aquellas pérdidas que no son fácilmente cuantificables en términos monetarios. “Sin embargo, el derecho inglés ha buscado valorar dichas pérdidas. El problema parte, sin embargo, en cómo dichas pérdidas sería valuadas. ¿Qué valor tiene la pérdida de un brazo o una pierna? ¿Cuánto dinero podría compensar la pérdida de la habilidad de jugar fútbol o bailar? Sin dudas cualquier valoración que se haga por dichas pérdidas serían percibidas como arbitrarias”³⁰.

La tutela resarcitoria se justifica en que estos costos no monetizables, como la pérdida de un brazo, pies no podrían ser tutelados por una regla de propiedad, pues dicho costo de transacción no podría ser negociado en el mercado. En estos casos, el mercado nos sirve de poco para medir su valor.³¹

Para Cooter y Ulen, la esencia económica del *tort law* es el uso de la responsabilidad para internalizar externalidades creadas por altos costos de transacción³². Dejando los autores claro que el *tort law* es sólo uno de los varios instrumentos estatales³³ disponibles para internalizar dichas externalidades (...).

Veamos entonces los métodos propuestos por el law & economics

IV. Métodos de compensación

El problema de las pérdidas no pecuniarias es su valuación monetaria.

La propuesta a partir del *willingness to pay* (el cuánto se estaría dispuesto a pagar), considera el costo de oportunidad entre el dinero y el riesgo que es

considerados en dos casos: Donde la acción de los empleados del Gobierno sean opresivos, arbitrarios e inconstitucionales (...) y en los casos en los que la conducta del ofensor haya calculado la obtención de ganancias, las cuales excederían cualquier monto que le fuera asignado como compensación al demandante. Rogers W.V.H., Winfield and Jolowicz on Tort 11th edition, Sweet & Maxwell, London, 1979 p.593,594

³⁰ A.Mullis, K.Oliphant. Torts, Macmillan, 2nd, London, 1997 p.313. En Inglaterra las Cortes suelen guiarse para establecer los montos reparatorios del Judicial Studies Board's Guidelines for the Assessment of General Damages in Personal Injury Cases o las **Ogden Tables**.

³¹ Calabressi La Catedral, traducida del ing. por Zavala y Sotelo, Themis, p.66

³² Cooter, Robert and Ulen, Thomas, "Law and Economics, 6th edition" (2016). Berkeley Law Books. Book 2, p.190 “Los economistas describen los daños que están fuera de los acuerdos privados como externalidades. El objetivo de la responsabilidad por *tort* es inducir a los ofensores y las víctimas a internalizar el costo del daño que puede ocurrir si no se toman el cuidado necesario.” *Ibidem*, p.189

³³ Entre ellos, estatutos penales, regulaciones, incentivos tributarios. Cada cual tiene sus ventajas y desventajas. *Ibidem* p.190

asumido en muchas elecciones de mercado. Lo cual puede ser bastante útil en los casos de pérdida de una foto familiar, pero se vuelve más compleja cuando se trata de evaluar la pérdida de un brazo o más aun de la vida³⁴.

Viscusi propone 3 métodos para valorizar la pérdida de la vida humana, según:

- a) La compensación de la víctima; si se realizara ex post el análisis del monto necesario para compensar la pérdida, resultaría un valor infinito. Lo que explica por qué el Value of a Statistical Life (VSL) parte de considerar decisiones realizadas por individuos. El VSL es el valor que las personas asignan a su vida ex ante³⁵.
- b) La necesidad de disuasión; el valor asignado tiene como objetivo establecer incentivos a quienes toman medidas para evitar accidentes.
- c) El monto por aseguración que uno podría preferir; así, las personas tratan de igualar las utilidades marginales³⁶ después y antes del accidente. El accidente al cambiar el disfrute, satisfacción³⁷ que la persona tenía cotidianamente, es probable que la renta preferida después del accidente sea diferente de la preferida antes del accidente³⁸.

Con respecto a la propuesta del willing to pay (el cuánto se estaría dispuesto a pagar) utilizado para valorizar las lesiones físicas, integridad o muerte de la persona antes descrito, se le ha objetado que dado que su enfoque es preventivo dirigido hacia la conducta del ofensor; acaba siendo una propuesta deficiente, pues se parte del supuesto en que el tort law es la única herramienta de control social de la que se vale el estado para incentivar un comportamiento concorde a las normas o disuadir un comportamiento contrario, lo cual- a postura de la crítica- no es correcto toda vez que el sistema “preventivo” ex post del tort no es el más eficiente y ni el único del cual se vale el derecho. Por lo cual en un futuro el rol disuasorio que se instrumentaliza en el tort, deberá ser limitado a ciertos contextos y no homogéneamente a todos los ámbitos a los que ahora se extiende: responsabilidad por productos defectuosos, malas prácticas médicas, accidentes automovilísticos, etc³⁹.

³⁴S.D.Lindenbergh y P. P.M van Kippersluis, Non pecuniary losses en Tort law and economics, enciclopedia of law and economics, Edward Elgar,2009,p.223

³⁵ S.D.Lindenbergh y P. P.M van Kippersluis, Non pecuniary losses en Tort law and economics, enciclopedia of law and economics, Edward Elgar,2009,p.224

³⁶ Es la satisfacción adicional o beneficio (utilidad) que un consumidor obtenga al comprar una unidad adicional de algún bien o servicio. El concepto implica que la utilidad o beneficio para un consumidor de una unidad adicional del producto es inversamente relacionado al número de unidades del producto que éste posee. Enciclopedia británica, consultada en <https://www.britannica.com/topic/marginal-utility>

³⁷ Utility function.

³⁸ S.D.Lindenbergh y P. P.M van Kippersluis, Non pecuniary losses en Tort law and economics, enciclopedia of law and economics, Edward Elgar,2009,p.224

³⁹ Dennis C. Taylor, Your Money or Your Life?: Thinking About the Use of Willingness-to-Pay Studies to

Otro método es el NBAAM:

Partiendo de que el tort law es un sistema eficiente, el cual debe asignar montos por pain and suffering, el método del Nonbinding ageadjusted multipliers (NBAAM), señala que alcanzar la equidad horizontal en la valorización de lesiones similares no es el único fin de un óptimo sistema de torts. Para lo cual, se alcanzaría de mejor manera dicho fin si se eliminaran la valuación de pérdidas no pecuniarias, lo cual no parece muy convincente⁴⁰.

El método del NBAAM, propone la adopción de multiplicadores (distintos a los usados para los punitives damages), los cuales al estar predeterminados ayudarían a la predictibilidad de los montos⁴¹.

El método realiza el siguiente proceso: Las cifras multiplicadoras⁴² se multiplican por los costos médicos pasados y futuros asociados a la lesión (i.e tratamiento psicológico o tratamiento de recuperación médica, etc) y posteriormente pueden variar de acuerdo a la edad del agraviado, dado que se parte del hecho que las personas jóvenes que han sido pasibles de lesiones, deberán soportar el vivir con la incapacidad por más años a comparación de las personas mayores, quienes soportarán menos años de incapacidad, dado que su expectativa de vida se reduce según su edad⁴³.

V. Conclusión

Quizá lo mejor sea un esfuerzo mayor por parte de la doctrina por estudiar los métodos que en base al law & economics se han diseñado, antes de importar los daños punitivos⁴⁴; asimismo es necesario prestar preocupada atención a nuestros daños no patrimoniales mediático-punitivos a los cuales nos estamos acostumbrando, como los que parten de la culpa, la reincidencia de la conducta del responsable para incrementar el monto de indemnización.

Calculate Hedonic Damages, 51 Wash. & Lee L. Rev. 1519 (1994)

⁴⁰ Ronen Avraham, Putting a price on pain and suffering damages: a critique of the current approaches and a preliminary proposal for change, Northwestern University Law Review, Vol. 100, 2006, p.92

⁴¹ Ronen Avraham, Putting a price on pain and suffering damages: a critique of the current approaches and a preliminary proposal for change, Northwestern University Law Review, Vol. 100, 2006, p.118

⁴² Según la seriedad de la lesión: 0.5, 0.75, 1, 1.25.

⁴³ Ronen Avraham, Putting a price on pain and suffering damages: a critique of the current approaches and a preliminary proposal for change, Northwestern University Law Review, Vol. 100, 2006, p.111

⁴⁴ Así, para Viscusi, basándose en resultados empíricos señala que los daños punitivos no tienen efecto respecto al establecimiento de conductas precautorias, sin embargo dichas incertidumbres y costos de transacción que se imponen a los potenciales ofensores concluye, ello sí aminora la eficiencia económica. D.P.Kessler, D.L. Rubinfeld Empirical Study of the civil justice system, Handbook Law and economics, p.366