

EL CUERPO HUMANO COMO PROPIEDAD Y EL PROBLEMA DE LOS DAÑOS

Lucas S. Grosman*

1. El principio de equivalencia

Supongamos que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires planea construir una autopista que permita que sus habitantes se desplacen más rápidamente por esta congestionada urbe. Para que la obra sea posible, el Gobierno debe expropiar y demoler numerosas viviendas. Como es sabido, el poder expropiatorio significa que, en procura de la utilidad pública, el Gobierno puede privar a los individuos de su propiedad contra su voluntad. Recurriendo a la terminología acuñada por Calabresi y Melamed,¹ frente al poder expropiatorio, el derecho de propiedad de los dueños de esas viviendas no está protegido por una regla de propiedad, sino por una regla de responsabilidad: el Gobierno tiene derecho a “comprar” compulsivamente ese derecho a cambio de una indemnización.

Sin embargo, para que la expropiación no vulnere el derecho de propiedad, es necesario que la indemnización sea suficiente, es decir, que tenga una entidad tal que el patrimonio del dueño expropiado –su propiedad en sentido amplio– no sufra menoscabo. La idea es que el individuo reciba algo equivalente a lo que perdió. Lo mismo se aplica a los casos en que la cosa no es expropiada sino dañada de manera ilícita por un tercero. Por ejemplo, si un camión fuera de control se estrella contra mi casa y la destruye, mi derecho de propiedad exige que el causante del daño me provea de una suma de dinero equivalente al bien que perdí.

* Profesor de derecho, Universidad de San Andrés. J.S.D., LL.M., Yale Law School.

¹ Véase “Property Rules, Liability Rules and Inalienability. A View of the Cathedral”, *Harvard Law Review*, vol. 85, 1972, pp. 1089-1128.

En consecuencia, un aspecto central del derecho de propiedad sobre una cosa es la potestad de recibir una indemnización adecuada cuando esa cosa es lícitamente expropiada por el Estado o ilícitamente destruida por un tercero. En uno y otro caso, el derecho de propiedad demanda que el titular sea compensado con una suma de dinero que resulte razonablemente equivalente a la cosa. Llamaré a esta exigencia “principio de equivalencia”.

El principio de equivalencia no requiere que la indemnización deje al titular en la misma posición que ocupaba antes de verse privado de la cosa, contrariamente a lo que suele afirmarse. En efecto, a los fines de calcular la indemnización, no importa, en principio, el valor *subjetivo* que la cosa tenía para el titular, sino su valor *objetivo*. Así, por ejemplo, si mi casa tiene para mí un gran valor afectivo porque mi familia ha vivido en ella desde tiempos inmemoriales, y por ende yo no estaría dispuesto a venderla por su valor de mercado, esta circunstancia será irrelevante a la hora de indemnizarme si el bien es expropiado o destruido. Por distintas razones –entre ellas, la dificultad epistemológica de descubrir el valor subjetivo de las cosas–, el principio de equivalencia aspira a que se alcance un valor indemnizatorio que resultaría satisfactorio para *la mayoría* de las personas, aunque no lo sea para todas.

Para determinar las condiciones en que se satisface el principio de equivalencia, el juzgador debe cuantificar el daño, esto es, averiguar su valor intrínseco. Las circunstancias ajenas al daño en sí, como por ejemplo cuán rica es la víctima o cuál es el valor social de la actividad generadora del daño, en general resultarán irrelevantes para calcular el daño.² Podemos así identificar una implicancia crucial del principio de equivalencia: la cuantificación del daño debe ser independiente de sus circunstancias.

² Esto no obsta a que factores tales como la profesión de la víctima o su nivel de ingresos actual o esperado sí sean tenidos en cuenta, ya que ellos determinan la cuantía del lucro cesante, y, en consecuencia, son un elemento intrínseco del daño.

2. Casas y piernas

Resulta bastante obvio que el principio de equivalencia enfrentará dificultades mayúsculas cuando el daño en cuestión sea la pérdida de una pierna, la vista o la propia vida. Pero esto no debería llevarnos a sacar conclusiones apresuradas. Para empezar, vale la pena detenerse a reflexionar sobre qué es lo que distingue estos casos de aquellos que involucran daños a las cosas. Al fin y al cabo, no basta con decir que se trata de bienes irremplazables, dado que el problema de la ausencia de reemplazos no es exclusivo del cuerpo humano. Objetos tales como una carta manuscrita de Borges o un cuadro de Picasso tampoco son reemplazables. No obstante, existen precios a cambio de los cuales los dueños de estos bienes “raros” están dispuestos a venderlos. Si yo le pago al dueño de las cartas manuscritas de Borges que destruí negligentemente la suma de dinero que la mayoría de la gente hubiera exigido para venderlas, la víctima habrá recibido algo razonablemente equivalente a lo que perdió; a la mayoría de las personas en su posición le resultaría indiferente tener los bienes en cuestión o la suma entregada en concepto de indemnización. En estas condiciones, se puede decir que el principio de equivalencia se verá satisfecho, por más que esa persona no pueda reponer el bien destruido porque este es irremplazable.

No hay ninguna razón conceptual para que este análisis no sea aplicable a los daños corporales. Pensemos, para empezar, en daños relativamente menores, como por ejemplo la fractura de una pierna o la disminución de nuestra capacidad auditiva. La inexistencia de un mercado de piernas –y la consiguiente imposibilidad de reemplazar una pierna fracturada por otra sana– no obsta *conceptualmente* a que la persona que sufrió esa pérdida pueda ser indemnizada de modo que se cumpla razonablemente con

el principio de equivalencia. Existe, en teoría, un precio al cual la mayoría de las personas están dispuestas a sacrificar distintos aspectos de su integridad corporal. En principio, cabría pensar que ese precio, y no uno menor, compensa adecuadamente a la víctima de tales daños, al menos si pretendemos honrar el principio de equivalencia.

Cabe hacer aquí una aclaración importante. Los daños corporales incluyen aspectos materiales. Si me quiebro una pierna, la indemnización deberá tener en cuenta elementos tales como el valor de los tratamientos médicos y los ingresos no percibidos como consecuencia del daño. A estos conceptos, los civilistas los denominan, respectivamente, daño emergente y lucro cesante. En ambos casos, se trata de daños materiales con un valor de mercado. El restante rubro indemnizatorio derivado de un daño corporal es el llamado daño moral, esto es, el sufrimiento físico o mental. Sus contornos son, por supuesto, mucho más imprecisos que los de los daños materiales. Pero esta imprecisión no debería servir para justificar cualquier cosa. Si uno se tomara seriamente el propósito de indemnizar a la víctima de conformidad con el principio de equivalencia, el daño moral debería tener una entidad tal que, sumado al daño emergente y al lucro cesante, se aproxime al valor de indiferencia de la mayoría de las personas. Es decir, a la mayoría de la gente, en tales condiciones, le debería resultar indiferente (a) sufrir el daño y ser indemnizada, o (b) no sufrir el daño. Así, si el daño emergente (gastos médicos, alquiler de muletas, etc.) derivado de la fractura de una pierna es de \$5.000 y el lucro cesante es de \$1.000, deberíamos preguntarnos cuánto más debería pagársele a la víctima en concepto de daño moral para llegar a una suma mediante la que se satisficiera la regla de indiferencia.

Otra forma de encarar este análisis es a través del siguiente planteo: si a una persona se le garantiza que la pérdida de su dedo no le significará ningún gasto médico o de otro tipo ni le ocasionará ningún sacrificio de ganancias futuras, ¿cuánto exigiría

esa persona a cambio de perder el dedo? Para responder a esa pregunta, la persona deberá tener en cuenta el sufrimiento físico y mental derivado de la pérdida del dedo, no solo en el momento mismo de perderlo sino a lo largo de su vida. Por ejemplo, si la persona toca el piano y la pérdida del dedo le dificulta esa actividad, ese padecimiento será tenido en cuenta para calcular el valor de indiferencia.³ Este análisis sugiere que, en muchos casos de daños corporales, el daño moral, juzgado a la luz del principio de equivalencia, sería el más importante de los tres rubros que hoy se toman en cuenta para fijar la indemnización.

Obviamente, los cálculos de los daños corporales así entendidos, en especial en lo concerniente al daño moral, serían muy complejos. Sin embargo, no me interesa resolver esta cuestión práctica con mayor precisión, ya que mi objetivo es mucho más modesto: me basta con dejar en claro que, si quisiésemos compensar los daños corporales siguiendo la misma lógica que aplicamos en el caso de los daños materiales – el principio de equivalencia–, las indemnizaciones serían mucho más altas que las actuales. Tal vez los ejemplos utilizados antes, en los que el aspecto de la integridad corporal que resultaba afectado era relativamente menor, no sean del todo reveladores; pero ¿cuál es el precio que bastaría a la mayoría de la gente para sacrificar aspectos importantes de su integridad corporal? Cuando hablamos de bienes corporales tales como la vista, una pierna, un brazo o la vida, las cifras se tornan colosales, muy superiores, por cierto, a las que el derecho de daños de cualquier país concede en concepto de indemnización.

³ Esto será aplicable tanto a quien toca el piano profesionalmente como a quien lo hace en forma *amateur*. No obstante, para el primero la pérdida del dedo tendrá un importante componente de lucro cesante que se sumará al daño moral derivado del pesar que le produce no poder tocar el piano como antes. En todo caso, lo que nos interesa, nuevamente, es cómo respondería *la mayoría de la gente en la posición de la víctima* a la pregunta planteada.

Esto nos obliga a reflexionar sobre la legitimidad del régimen vigente. Este régimen, según vimos, encuentra su apoyo en el principio de equivalencia como una manera de mantener incólume la propiedad: una indemnización justa es aquella que concede a la víctima algo razonablemente equivalente a lo que perdió. Una vez que comprobamos que, en el caso del cuerpo humano, las indemnizaciones vigentes poco tienen que ver con el valor *real* de los bienes afectados –entendido este, según vimos, con referencia al valor que la mayoría de la gente le atribuye a su cuerpo–, se tambalea el andamiaje del régimen.

No se sigue de esto, por cierto, que debamos reemplazar el sistema vigente por uno que atienda al valor *real* de los bienes corporales. Sin embargo, parece inevitable revisar los objetivos que perseguimos al indemnizar estos daños. La lógica de la propiedad implica reemplazar un bien por otro equivalente, de forma tal que el patrimonio de la víctima se mantenga incólume. O bien nos tomamos este objetivo en serio –algo que, como resulta fácil advertir, no sería realmente posible–, o bien nos replanteamos los fines que debe perseguir el derecho de daños cuando del cuerpo humano se trata.

Pero tal vez esté avanzando con demasiada rapidez. De hecho, alguien hasta podría pensar que las indemnizaciones vigentes no solo no son inferiores al valor real de los bienes corporales, sino que de hecho son *superiores*. Un importante argumento en ese sentido, que a continuación analizaré (y rechazaré), proviene del análisis económico del derecho.

3. La teoría de la equivalencia del riesgo

La dificultad para valorar los daños al cuerpo humano presenta un duro escollo para el análisis económico del derecho, ya que resulta imposible realizar un análisis

costo-beneficio y sostener la eficiencia de tal o cual solución si no se puede determinar con alguna precisión el valor de los bienes afectados. Al fin y al cabo, ¿con qué autoridad puede afirmarse que resulta eficiente o ineficiente prevenir cierto tipo de accidente que causa una cantidad determinada de muertes al año si no se sabe a ciencia cierta cuánto valen las vidas perdidas?

Podría pensarse que el economista puede contentarse con tomar como referencia para sus cálculos el valor que los jueces de un lugar determinado asignan en promedio al cuerpo humano, sin preocuparse por que ese valor refleje el valor *real* de los bienes afectados. Sin embargo, como explicaré, el economista no puede hacer tal cosa. Todo su análisis depende de que el valor “judicial” del cuerpo humano se corresponda con su valor objetivo.

Supongamos que una empresa encargada de la construcción de redes cloacales debe decidir qué medidas de seguridad adopta para evitar daños a los inmuebles cercanos. Esa decisión dependerá de la estimación de los costos por indemnizaciones que haga la empresa. Ella solo adoptará aquellas medidas precautorias cuyo costo sea inferior al costo esperado de las indemnizaciones; las restantes medidas precautorias serían ineficientes, y por ello, sostiene el economista, es socialmente deseable que no se adopten: es preferible, en tal caso, dejar que ocurra el daño e indemnizarlo.⁴

Nótese que el economista no se limita a afirmar que el ahorro en cuestión sería conveniente para la empresa constructora, lo que resultaría trivialmente cierto, sino que insiste en que ello es deseable socialmente porque de esa manera se evita la dilapidación de recursos sociales. Toda la sociedad, arguye el economista, es más rica si no se adoptan medidas de precaución ineficientes, esto es, medidas de precaución cuyo costo

⁴ Esta es la lógica detrás del llamado test de Learned Hand, que propone una comparación entre el costo del daño descontado por las probabilidades de que ocurra y el costo de las medidas preventivas que evitarían ese daño. Hay culpa, según este test, cuando el primer término de la comparación es superior al segundo. G. Calabresi analiza en profundidad y critica este test en *The Cost of Accidents* (1970) y, junto con J. Hirschhoff, en “Toward a Test for Strict Liability in Torts”, *Yale Law Journal*, vol. 81, nro. 6, 1972.

es superior a sus beneficios, entendidos estos como los costos esperados de los daños que se evitarían.

Más allá de lo que se pueda pensar acerca de las bondades de este argumento en general, me interesa mostrar, como dije, que él depende de que los jueces, al fijar la indemnización, tomen en cuenta el valor *real* de los bienes afectados. Imaginemos que en determinado país los jueces consideran que la indemnización aplicable a los daños ocasionados a los bienes inmuebles debe basarse en el valor fiscal de cada propiedad; y este valor, como ocurre en algunos lugares de Argentina, es en promedio un 75% inferior al valor de mercado del inmueble. En ese contexto, la empresa constructora de nuestro ejemplo decidirá no adoptar ciertas medidas precautorias que no se justifican dado el costo de las indemnizaciones judiciales esperadas, pero que sí se justificarían si se tomara en cuenta el valor de mercado de los bienes en cuestión. En este caso, aunque es indudable que la decisión seguiría siendo la más eficiente para la empresa, ya no se podría decir que ella es también la más eficiente socialmente. Para poder afirmar esto último, que es, en definitiva, lo que pretende el economista, el valor fijado judicialmente en concepto de indemnización debe corresponder al valor real que la sociedad le asigna a los bienes en cuestión, algo que, es fácil advertir, no se da en el ejemplo propuesto.

Esta preocupación lleva a que desde el análisis económico del derecho se intente encontrar, justamente, un método para calcular el valor *real* del cuerpo humano y de la vida. A tal fin, Cooter y Ulen proponen la teoría de la equivalencia del riesgo, consistente en extrapolar el valor que una persona le asigna a su integridad corporal cuando asume distintos riesgos en el mercado.⁵ Pensemos en el caso de una persona que acepta un trabajo peligroso para obtener un salario más alto, a pesar de poder optar por otros trabajos más seguros pero peor pagos. A partir de una correlación entre el

⁵ Cooter, Robert y Thomas Ulen. *Derecho y economía* (1998), p. 435-7.

adicional salarial por riesgo y el aumento de las probabilidades de sufrir un accidente mortal, el método de la equivalencia del riesgo aspira a calcular cuánto valora ese trabajador su vida. Supongamos, entonces, que cierto trabajo implica un aumento del riesgo de muerte del 1%, y que el salario de ese trabajo es \$1.000 más alto, *ceteris paribus*, que el de otros trabajos que no aumentan el riesgo de muerte. En este caso, el trabajador que elige ese trabajo “compra” un riesgo de muerte del 1% por \$1.000; extrapolando ese dato, se podría inferir que por \$100.000 estaría dispuesto a asumir un riesgo de muerte del 100%. En otras palabras, ese trabajador valora su vida en \$100.000. El presupuesto es que el trabajador conoce plenamente el riesgo involucrado en el trabajo en cuestión y tiene auténticas alternativas.

Un análisis parecido se aplica a la persona que elige una aerolínea menos segura porque es más barata o que, por igual razón, se compra un auto sin *air-bag* y ABS. De hecho, toda persona está constantemente tomando decisiones en las que compensa seguridad con precio; esas decisiones, según Cooter y Ulen, pueden ayudarnos a estimar el valor que cada uno asigna a su integridad corporal.

Creo que este análisis es erróneo por varias razones. Para empezar, existen obvios problemas prácticos para determinar el valor de bienes tales como una vida, un brazo o un ojo de la manera descrita. Ya en 1970, Guido Calabresi, en su pionera obra *The Cost of Accidents*, mencionaba la equivalencia del riesgo como un modo de lograr que el mercado determinara el valor de los bienes corporales, pero reconocía que las dificultades de implementación de un sistema así resultaban decisivas.⁶ Rara vez existirán casos en los cuales dos trabajos o dos productos sean totalmente comparables en todo excepto en el nivel de riesgo; en general, la cantidad de variables y sus distintas combinaciones imposibilitarán la pretendida extrapolación. Más aún, dado que un

⁶ Calabresi, Guido. *The Cost of Accidents* (1970), p. 206-8.

trabajo o un producto no significan un solo riesgo (*e. g.*, de morir) sino múltiples riesgos (de morir, de sufrir dolor, de perder un brazo, de quedar ciego, de estar un mes sin trabajar, etc.), es prácticamente imposible aislar uno solo de esos riesgos para determinar su valor. Además, el presupuesto de este análisis es una *perfecta* movilidad entre trabajos o entre productos, lo cual difícilmente se dará en un mercado real. Cabe agregar, finalmente –y esto ya no es un problema práctico sino teórico–, que la teoría de la equivalencia de riesgos presupone neutralidad frente al riesgo, cuando en realidad resultaría mucho más razonable pensar que la gente tiene *aversión* al riesgo. Esto no es sino una consecuencia del valor marginal decreciente del ingreso.

Sin embargo, hay otro problema más profundo que afecta la teoría de la equivalencia del riesgo. Recordemos que el objetivo de esta teoría es epistemológico: pretende ayudarnos a averiguar cuál es el valor que una persona asigna a ciertos bienes corporales ajenos al mercado, incluso su vida. No es el propósito de la teoría prescribir el valor que cada persona *debería* asignar a esos bienes, sino averiguar el valor que *de hecho* les asigna. Ahora bien, si le preguntáramos al trabajador del ejemplo, que supuestamente valora su vida en \$100.000, si efectivamente está dispuesto a sacrificar su vida a cambio de esa suma, seguramente dirá que no. Cabe suponer que lo mismo dirá si aumentamos esa cifra, por ejemplo para dar cuenta de su aversión al riesgo. Esto revelaría, tal vez, que ese trabajador no es racional respecto de los riesgos que asume en el trabajo, pero nada habría de extraordinario en ello, ya que todos tendemos a ser irracionales respecto de ciertos riesgos. Si a mí me dicen que anualmente una de cada mil personas que conduce un automóvil muere o sufre lesiones graves en un accidente de tránsito, probablemente piense que no será justo *yo* el que tenga tamaña mala suerte. Claro que de cada mil personas que piensan lo mismo, una se equivoca. Esa actitud excesivamente confiada, si de eso se trata, me llevará a no tomar medidas de seguridad

cuyo costo tal vez esté justificado (por ejemplo, comprar un auto con *air-bag*), pero esto, más que revelar el valor de mi vida, mostraría que yo, como la mayoría de las personas, no soy totalmente racional acerca de los riesgos que asumo. Si la teoría de la equivalencia del riesgo aspira a cumplir la función epistemológica descripta, mal puede pasar por alto un rasgo de irracionalidad arraigado en la mayoría de las personas.⁷

Claro que alguien podría retrucar que, en realidad, la teoría de la equivalencia del riesgo no tiene una función epistemológica sino prescriptiva. El argumento sería que el hecho de que una persona revele una (relativamente) baja valoración de su integridad corporal en las decisiones que ha tomado en materia de seguridad da derecho al resto de la sociedad a indemnizarlo de manera igualmente baja.

No me resulta nada obvio de dónde surgiría ese supuesto derecho a subindemnizar. Más aún, a nadie se le ocurriría plantear un argumento similar en relación con las cosas. En efecto, el mero hecho de que una persona, por ejemplo, haya preferido no construir su casa a prueba de incendio o de terremotos porque ello era muy costoso de modo alguno justificaría que, en caso de expropiación, el Gobierno pagase una indemnización inferior al valor de mercado de la casa en cuestión. Tal planteo, de hecho, sería ridículo. ¿Por qué, entonces, habríamos de tomarlo más seriamente cuando se refiere al cuerpo humano?

⁷ Es posible que algunas personas no presenten ese rasgo de irracionalidad o lo presenten en un grado mínimo. Eso no afectaría el argumento de que *en general* las personas actúan del modo descripto. Debe tenerse en cuenta que la irracionalidad de la que hablo se refiere a cierto tipo de riesgos; no pretendo alegar que la gente es irracional respecto de cualquier riesgo. Un rasgo característico de los riesgos analizados es que ellos afectan a personas físicas y no a empresas, de las que se podría esperar un grado mayor de racionalidad. Se puede replicar a esto que hay casos donde los daños inmateriales de una persona afectan a una empresa, como, por ejemplo, cuando una empresa responde por los accidentes laborales de su empleado. Sin embargo, lo que nos interesa averiguar es cuánto valora su vida una persona, no cuánto la valora su empleador. Los cálculos que la empresa empleadora realice para decidir qué medidas de seguridad adopta estarán informados por las sumas que las leyes (laborales y civiles) o los jueces fijan en materia de indemnización, y no por los valores que la potencial víctima le asigna a los bienes en juego, que es lo que pretende averiguar la fórmula analizada.

4. Contra el daño moral

Mientras que la teoría de la equivalencia del riesgo propuesta desde el análisis económico del derecho presupone la adhesión plena al principio de equivalencia, pero no logra satisfacerlo, desde los mismos cuarteles se ha defendido una visión alternativa que de hecho rechaza dicho principio. Según explicaré a continuación, creo que tampoco esta visión alternativa resulta aceptable, pero, al indagar las razones de su rechazo al principio de equivalencia, podremos vislumbrar un enfoque más promisorio.

Hacia fines de los años ochenta, comenzó a instalarse en los Estados Unidos una creciente insatisfacción frente a las elevadas indemnizaciones que los tribunales, y en especial los jurados, otorgaban en supuestos de daños corporales. En ese contexto, se gestó la *Insurance Theory of Compensation*. Uno de sus expositores fue Alan Schwartz.⁸ Schwartz defiende la idea de la soberanía del consumidor, según la cual las relaciones entre productores y consumidores deben estar reguladas por cláusulas contractuales que un hipotético consumidor racional, bien informado y libre habría aceptado. Esta regla sirve tanto para juzgar la validez de las cláusulas contractuales efectivamente firmadas como para determinar qué cláusulas deben aplicarse supletoriamente a las relaciones de consumo. Schwartz encuentra la base filosófica de la teoría de la soberanía del consumidor en Rawls y Scanlon.⁹

Usando esta herramienta de análisis, Schwartz se pregunta cuál sería el contrato óptimo que gobernase las indemnizaciones por daños causados por productos elaborados. Dado que las indemnizaciones que el fabricante debe pagar se reflejan en el

⁸ Schwartz, Alan. "Proposals for Products Liability Reform: A Theoretical Synthesis", *Yale Law Journal*, vol. 97, 1988, p. 353.

⁹ *Id.*, pp. 360-361. Es mayor la similitud entre el planteo de Schwartz y el de Ronald Dworkin en su "Equality of Resources", ya que ambos apuntan a la fuerza normativa de las hipotéticas decisiones que adoptaría una persona actuando en el mercado de seguros ideal. Véase *Sovereign Virtue. The Theory and Practice of Equality* (2000). Ni para Rawls, ni para Scanlon, ni para Dworkin, sin embargo, la maximización de la utilidad ocupa el lugar que le otorga Schwartz.

precio del producto, en algún sentido el derecho de daños funciona como un seguro compulsivo. Por ejemplo, si una norma imperativa establece que un fabricante de licuadoras deberá indemnizar al consumidor si este se lastima al usar diligentemente el artefacto, eso quiere decir que se está obligando al consumidor de licuadoras a comprar un seguro contra ese riesgo en particular; la prima de ese seguro es parte del precio que el consumidor pagará al comprar el bien. En consecuencia, y siguiendo el principio de la soberanía del consumidor, debemos preguntarnos si un hipotético consumidor bien informado, racional y libre compraría ese seguro.

Para responder esa pregunta, Schwartz parte de tres presupuestos: en primer lugar, que el consumidor desea maximizar su utilidad esperada; en segundo lugar, que la utilidad del consumidor depende del estado en que este se encuentre después del daño; y en tercer lugar, que los fabricantes cobran primas de seguro actuarialmente justas. Con esos presupuestos, a una persona le va a convenir asegurarse contra un daño sólo si la utilidad marginal del dinero creciera en caso de que el daño ocurriera. Por ejemplo, si el daño en cuestión es el incendio de una casa, es claro que es racional para la persona asegurarse: la utilidad marginal del dinero es mayor una vez que la casa se incendió, debido a que la persona es más pobre si eso ocurre y, por ende, obtendrá más utilidad que antes por cada peso. En otras palabras, a la persona le conviene transferir pesos del estado pre-daño al estado post-daño, porque en el estado post-daño esos pesos valdrán más (en términos de utilidad) que en el estado pre-daño. El mismo razonamiento será aplicable a todos los daños materiales, incluidos tanto el daño emergente como el lucro cesante. De allí que es racional para un consumidor asegurarse contra esos daños.

Sin embargo, sostiene Schwartz, no todos los daños incrementan la utilidad marginal del dinero. Es dudoso que eso ocurra en el caso del daño moral. Por ejemplo, ¿es racional asegurarse contra el mero dolor? Dejando de lado los gastos en

medicamentos y la imposibilidad de trabajar mientras dure el dolor (que no son daños morales), el mero sufrimiento físico o mental no necesariamente incrementa mi necesidad de dinero; es decir, no necesariamente afecta la utilidad marginal del ingreso.

Schwartz propone el siguiente ejemplo. Supongamos que una empresaria que sale a correr por recreación pierde un pie en un accidente. El dolor físico y mental que de tal pérdida resulte, ¿aumentará la necesidad de dinero de la empresaria? No necesariamente. Si ella decide leer en lugar de salir a correr (para obtener con eso la misma cantidad de recreación que antes), su necesidad de dinero será menor; si, en cambio, opta por asistir a conciertos en busca de la recreación perdida, su necesidad de dinero aumentará.

El punto de Schwartz es que no podemos saber cómo reaccionará la gente frente a un daño inmaterial. Ante esa incertidumbre, no cabe decir que el consumidor racional en general se aseguraría contra daño moral. Por lo tanto, no corresponde que los tribunales invaliden las cláusulas contractuales que eximen al fabricante de responsabilidad por daño moral ni que apliquen supletoriamente una regla que imponga tal responsabilidad en los casos en los que el contrato nada dice al respecto. De lo contrario, se estaría obligando al consumidor a comprar un seguro que él, de hecho, no compraría voluntariamente, vulnerando así el principio de soberanía del consumidor.¹⁰

La *Insurance Theory of Compensation* ha despertado distintas críticas, tanto internas como externas al análisis económico del derecho. Entre las críticas internas, se

¹⁰ Para llegar a igual conclusión, distintos autores de *Law & Economics* han puesto énfasis en que de hecho no se ofrecen en el mercado seguros contra daño moral, lo cual constituye evidencia de que no hay demanda de tales seguros por parte de los consumidores. Véase por ejemplo Danzon, Patricia. "Tort Reform and the Role of Government in Private Insurance Markets", *Journal of Legal Studies*, vol. 13, p. 524. Esta constatación empírica ha sido criticada por otros autores, que encuentran alguna evidencia de demanda de estos seguros. Véase Croley, Steven y Jon Hanson. "The Nonpecuniary Costs of Accidents: Pain and Suffering Damages in Tort Law", *Harvard Law Review*, junio de 1995, p. 1.785. El propio Schwartz considera de escaso valor la evidencia relativa a la ausencia de demanda por parte de los consumidores, dadas ciertas fallas de los mercados en cuestión, como la selección adversa y la dificultad para distinguir entre distintos asegurados sobre la base de su capacidad para tolerar el sufrimiento. Véase Schwartz, *op. cit.*, p. 365.

ha alegado que a los individuos no les interesa solo maximizar su utilidad, sino también igualarla (o “emparejarla”) a lo largo de distintos momentos de su vida; el individuo trataría de evitar encontrarse en cierto momento con muy poca utilidad (por ejemplo, por haber sufrido un daño personal), aunque ese sacrificio de utilidad sirviera para lograr una utilidad proporcionalmente mayor en otro momento.¹¹ Desde fuera del análisis económico del derecho, se ha dicho que la teoría no logra interpretar adecuadamente las necesidades y preferencias de los enfermos e incapacitados.¹²

Me interesa señalar un problema distinto. Una limitación crucial del argumento de Schwartz es que solo resulta aplicable a los daños *inevitables*. Supongamos que una persona muy rica sufre un agudo dolor en un accidente. Probablemente, poco le aporte a esta persona recibir una indemnización como consecuencia de este daño. Hasta podríamos decir que a esta persona le resultará prácticamente indiferente recibir tal indemnización. Ello es perfectamente posible. Sin embargo, esto nada tiene que ver con el interés de esa persona en *evitar* el daño en cuestión. Sin lugar a dudas, esa persona estaría dispuesta a pagar importantes sumas de dinero para prevenir ese dolor, con total independencia de que poco le importaría recibir esa misma suma como compensación una vez que el dolor haya ocurrido.

Esta distinción apunta a las dos funciones que cumple el derecho de daños: por un lado, indemnizar a la víctima; por el otro, generar incentivos para reducir los riesgos. El planteo de Schwartz tiene sentido solamente cuando esta segunda función pierde relevancia porque no hay nada razonable que se pueda hacer para evitar un daño, y la única cuestión es distributiva: cómo asignar el costo del daño entre víctima, victimario y terceros (incluida la comunidad). Cuando, en cambio, el daño es evitable, la víctima

¹¹ Croley y Hanson, *id.*, pp. 1.814-1.822.

¹² Smith Pryor, Ellen. “The Tort Law Debate, Efficiency, and the Kingdom of the Ill: A Critique of the Insurance Theory of Compensation”, *Virginia Law Review*, febrero de 1993, p. 101.

tiene razones valederas para desear que se maximicen las precauciones, incluso cuando no tenga demasiadas razones para desear una compensación una vez ocurrido el daño. Dado que la indemnización del daño moral genera incentivos para que los potenciales victimarios tomen precauciones para evitar ese daño, los consumidores racionales no deberían estar dispuestos a olvidarse de ella.

No creo, por ello, que el argumento de Schwartz resulte convincente. Pero es innegable que su postura acierta al poner el foco en una cuestión que con frecuencia se pasa por alto: una persona muchas veces tiene razones *ex ante* para no desear un nivel indemnizatorio que, sin importar cuánto se acerca al valor real de los bienes potencialmente afectados, encarece demasiado ciertas actividades que esa persona considera valiosas. Dicho de otra manera, no resulta nada obvio que el principio de equivalencia sea la mejor manera de garantizar los derechos de la víctima, o al menos no como principio general aplicable sin matices en todos los casos. Exploro este punto en la próxima sección.

5. La tensión entre acceso e indemnización

Por lo analizado hasta aquí, si los daños corporales se indemnizaran de conformidad con el principio de equivalencia, las indemnizaciones serían tan altas que muchas actividades generadoras de tales daños desaparecerían. Si operamos dentro del marco del principio de equivalencia, nada de eso debería importar demasiado: la desaparición de algunas actividades que ponen en riesgo el cuerpo humano sería la consecuencia lógica del enorme valor que nosotros mismos le asignamos a nuestra integridad corporal.

El problema radica en que el principio de equivalencia, fiel a la lógica de la propiedad, aporta una perspectiva demasiado estrecha de los intereses en juego. Al decidir si se justifica que una actividad dañosa se encarezca o desaparezca, no se puede perder de vista que incluso las potenciales víctimas de esa actividad muchas veces tienen interés no solo en que la actividad subsista, sino en que ella sea accesible a un costo razonable.

Pensemos, por ejemplo, en la medicina. Aunque esta actividad es causante de gran cantidad de daños al cuerpo humano, sin dudas son más los daños que evita que los que causa. Por ello, los usuarios de la medicina –sus potenciales víctimas– tienen buenas razones para desear que esta actividad no sea demasiado cara, aunque ello implique renunciar a ser indemnizados de acuerdo con el valor que la mayoría de las personas (ellos incluidos) asignan a los bienes en juego.

En consecuencia, podemos advertir que, desde el punto de vista de las potenciales víctimas de una actividad como la medicina, existen dos intereses en tensión: por un lado, el de ser indemnizados del modo más amplio posible; por el otro, el de acceder a esa actividad al menor costo posible. El principio de equivalencia satisface solo el primero de estos dos intereses; por ello, propicia una solución que, globalmente analizada, resulta perjudicial para los propios usuarios de la actividad que se pretende proteger, esto es, los pacientes.

Sin embargo, no se sigue de esto que, como sugeriría la propuesta de Alan Schwartz antes analizada, el mejor modo de resolver la tensión descripta sea eliminando la indemnización del daño moral. Según vimos, la propuesta de Schwartz no da cuenta de una función esencial del derecho de daños: la indemnización no solo repara el daño, sino que además genera incentivos para que las actividades dañosas se realicen de manera más segura. Es verdad que alguien podría dudar de que la relación entre el nivel

indemnizatorio y el nivel de seguridad sea, en el caso de la medicina, tan lineal como el anterior razonamiento sugiere. ¿En qué medida la amenaza de indemnización funciona como incentivo para que el proveedor de servicios médicos sea más precavido? ¿No es esta una relación remota, en un contexto en el que el médico u hospital de hecho se asegurará contra el riesgo de pagar indemnizaciones por mala praxis? La cuestión es compleja y, en definitiva, solo puede ser analizada en profundidad en el plano empírico, algo que excedería el marco de este trabajo. Me contentaré con señalar que un médico u hospital que cause más daños que el promedio tendrá un peor récord en su compañía aseguradora, y que esto en algún momento determinará que ese médico u hospital deba pagar un seguro más caro que los demás. En un contexto competitivo, este mayor costo no podrá ser trasladado totalmente a los pacientes, porque de lo contrario el médico u hospital no podría hacer frente a los precios cobrados por sus competidores menos dañinos. Por ende, por más que el médico u hospital se asegure, la amenaza de tener que pagar indemnizaciones siempre obrará como un incentivo para invertir en seguridad.¹³ Por otra parte, no existe tal cosa como un “seguro total”; ciertamente, no a un costo razonable.

Con lo anterior no pretendo alegar que el único incentivo que tiene un médico para no dañar a su paciente es la amenaza de tener que pagar indemnizaciones o primas más altas. Dañar negligentemente puede significar una sanción penal para el médico, y esa amenaza sin dudas actuará como un fuerte factor disuasivo. Sin llegar a ese extremo, el impacto negativo en el prestigio del médico y del hospital (y, por ende, en su capacidad de atraer clientes) derivado de la mala praxis no debe ser menospreciado. Finalmente, existen razones éticas que llevan al médico y al hospital a velar por la

¹³ En realidad la cuestión es más compleja. El médico u hospital no “elige” ser más o menos prudente linealmente, pero toma una serie de decisiones que redundan en una mayor o menor seguridad para el paciente. Esas decisiones pueden referirse al tipo de tecnología usado, el personal subcontratado, la duración de los turnos de trabajo, etc. Hecha esta aclaración, por razones de brevedad haré de cuenta que el médico u hospital directamente decide ser más o menos prudente.

integridad corporal de sus pacientes, y probablemente estas razones pesen más que cualquiera de los incentivos mencionados. Por todo esto, el derecho civil puede aportar solo un elemento disuasorio más dentro de un marco mucho más amplio. Sin embargo, es razonable que la potencial víctima no quiera dejar ese elemento de lado, dada la importancia de los bienes involucrados. Además, el estándar de diligencia mínima del derecho penal o la ética profesional probablemente resulte inferior al deseado por el paciente, y en ese caso cobran particular importancia los incentivos derivados del derecho de daños.

En definitiva, el usuario de los servicios médicos idealmente debe aspirar a que la medicina sea accesible al menor costo compatible no solo con (a) la reparación de los eventuales daños materiales sufridos, como señala Schwartz, sino también (b) un nivel razonable de seguridad, es decir, de precaución. La sociedad, al determinar de qué manera se indemnizarán los daños corporales causados por la medicina, debe buscar el punto de equilibrio que mejor responda a los distintos intereses en juego.

Esta tensión no tiene por qué resolverse de igual manera en todas las sociedades ni, por cierto, *en todas las actividades*. En este sentido, la medicina presenta una característica singular: el grupo de las potenciales víctimas (que tienen interés en ser indemnizadas de la manera más amplia posible) y el de los beneficiarios (que tienen interés en acceder a la actividad de la manera más amplia posible) tienden a coincidir de manera absoluta. Esta característica no es común a todas las actividades que causan daños.

Esto último nos remite a una implicancia crucial del principio de equivalencia que identifiqué al inicio: para este principio, el juzgador debe indagar acerca del valor intrínseco del daño, lo que implica hacer caso omiso de las circunstancias ajenas a este. Entre esas circunstancias se encuentra la actividad causante del daño. Para el principio

de equivalencia, debería ser irrelevante que el daño se derive de una actividad que beneficia a la víctima o de otra que le es ajena. Por ejemplo, no debería importar que el daño haya sido causado por un médico que atendía a la víctima o por un individuo que se encontraba practicando caza deportiva en el momento en que la víctima tuvo la mala idea de caminar por el bosque. Sin embargo, la víctima tiene razones *ex ante* para abaratar el acceso a la medicina (y, por ende, para no exigir indemnizaciones excesivamente altas), pero no para abaratar la caza deportiva. De allí que el punto de equilibrio entre accesibilidad e indemnización al que hice referencia necesariamente debe ser distinto en uno y otro caso.

Si mi argumento es correcto, la resolución de la tensión entre accesibilidad e indemnización debe ser sensible a la actividad de la que se trate; concretamente, debe variar en función del interés que tiene la víctima, *ex ante*, en acceder a la actividad en cuestión. El principio de equivalencia, al definir los intereses involucrados de manera estrecha en torno a la preservación de la propiedad, se opone de lleno a tal distinción.

6. Algunas implicancias

Hasta aquí he argumentado que, contrariamente a lo que predica el principio de equivalencia, la indemnización de los daños corporales debe ser sensible al grado de superposición entre las víctimas potenciales de una actividad y sus beneficiarios. Aunque el derecho de daños vigente no sigue la lógica del principio de equivalencia hasta sus últimas consecuencias –pues no indemniza los daños corporales según el valor objetivo de los bienes afectados–, sí lo respeta en lo que concierne al rechazo de las distinciones entre actividades. En esta medida, el enfoque que estoy presentando implicaría apartarse del derecho de daños como hoy lo entendemos.

¿Qué consecuencias prácticas tendría, entonces, la alternativa que estoy sugiriendo? Aunque no podría responder de manera acabada a esa pregunta en este contexto, me interesa dejar sobre la mesa algunas ideas más bien generales. En este sentido, estoy menos interesado en brindar respuestas precisas que en proveer un marco que facilite la formulación de las preguntas correctas.

Para empezar, no sería sorprendente que actividades tales como la medicina se abarataran considerablemente, en especial en países en los que los seguros de responsabilidad civil de los médicos y hospitales han contribuido de manera sustancial a llevar los costos de la medicina por las nubes. Aunque rechacé la idea inspirada en la teoría de Schwartz de que el daño moral no sea indemnizado en absoluto, mi intuición es que de todas formas el punto de equilibrio entre acceso e indemnización debe encontrarse, en este caso, por debajo del vigente. Por supuesto, una implementación razonable de esta idea debería dejar amplio margen para que las partes pudieran fijar contractualmente este punto de equilibrio por encima (o, quizás, por debajo) de lo que se considere razonable como criterio general.

Deberíamos esperar, por el contrario, que otras actividades en las que potenciales víctimas y beneficiarios no coinciden se encarecieran como consecuencia de un mayor nivel indemnizatorio, y por ende se tornasen menos extendidas y menos dañinas. Sin embargo, sería erróneo creer que en estos casos la única acción estatal conducente sería aumentar las indemnizaciones, ya que el análisis precedente justificaría también una mayor presencia del tipo de medidas que Calabresi llamó “disuasión específica”¹⁴, esto es, multas, prohibiciones y sanciones administrativas o penales varias. Una vez desmitificado el principio de equivalencia, hay buenas razones

¹⁴ Véase Calabresi, Guido. *Op. cit.*

para limitar el derecho a poner en riesgo la integridad física de terceros si esos terceros no participan de los beneficios derivados de la actividad en cuestión.

Asimismo, cabe revisar la justificación de algunos de los mecanismos en virtud de los cuales el Gobierno, literalmente, “vende” a los particulares el derecho a dañar el cuerpo humano, como ocurre en Estados Unidos con el derecho a emitir determinados niveles de contaminación industrial. En particular, parecería que, a la hora de determinar la plausibilidad o al menos el precio de tal derecho, no solo debe ser relevante la cantidad de contaminación que se generará, sino también qué actividad en particular la emitirá; y, más concretamente, en qué medida las víctimas potenciales de esa contaminación se beneficiarán con la existencia de la industria en cuestión, por ejemplo, en su carácter de consumidores de los productos de esa industria. Como este ejemplo sugiere, los conceptos de víctima y beneficiario deben entenderse de manera prospectiva o dinámica, es decir, con cierta proyección en el tiempo.

A esta altura puede parecer evidente que la noción de potencial víctima y beneficiario resulta, en algunos casos, bastante imprecisa. Supongamos, por ejemplo, que debemos analizar una actividad que provee transporte público. Si bien no todas las potenciales víctimas de la actividad son a su vez sus usuarios (es decir, beneficiarios), la interconexión entre esta actividad y muchas otras es suficientemente extensa como para que todos, en algún sentido, la aprovechen directa o indirectamente. En estos supuestos, probablemente se justifique tomar como grupo relevante de potenciales víctimas y beneficiarios a la sociedad en general, lo que implicaría, previsiblemente, que a la hora de evaluar las bondades de la actividad en cuestión nos concentremos en su valor social.

La lógica de la propiedad que subyace al principio de equivalencia presupone una definición estrecha de los intereses en juego y se concentra en la víctima concreta de un daño. La visión alternativa que he sugerido, en cambio, amplía el espectro de los

intereses relevantes y los evalúa no ya en función de la víctima concreta, sino de un grupo más amplio: las potenciales víctimas de una actividad, que en algunos casos podrían llegar a identificarse con la sociedad en su conjunto. Esto implica, en alguna medida, una “desprivatización” del daño, ya que este deja de ser un problema entre víctima y victimario para insertarse en un debate más general acerca del nivel de accesibilidad y seguridad que debería imperar en una actividad. La pregunta ya no es cuánto vale el cuerpo humano, sino de qué manera nuestra sociedad debe regular, a través de la determinación de la indemnización, las actividades que lo ponen en riesgo.