

# InDret

## *S'ha d'indemnitzar el dolor de les víctimes de l'11 de setembre?*

*Una anàlisi econòmica del dany moral*

**Hugo Alejandro Acciarri**  
Departament de Dret  
Universitat Nacional del Sud (Argentina)

**Andrea Castellano**  
Departament d'Economia  
Universitat Nacional del Sud (Argentina)

**Andrea Barbero**  
Departament d'Economia  
Universitat Nacional del Sud (Argentina)

Working Paper núm.: 210

Barcelona, abril de 2004

[www.indret.com](http://www.indret.com)

### ***Abstract***

*L'objectiu d'aquest treball és discutir els fonaments de la indemnitzabilitat dels danys no patrimonials en el sistema de responsabilitat civil, des del punt de vista de l'anàlisi econòmica del dret. Se sol entendre que aquest tipus de danys presenten particularitats -bàsicament, dificultats de determinació- que justifiquen el seu estudi dissociat del que correspon als danys patrimonials. Des de la perspectiva econòmica, el plantejament sobre la conveniència o no d'indemnitzar-los sol partir de les decisions d'assegurar-se contra aquest tipus de danys, per part de les víctimes potencials, o de la seva disposició a pagar per reduir el risc de patir-los. A la primera part del treball es realitza una revisió crítica de les principals posicions que es poden trobar a la literatura que ha abordat el tema, i dels seus fonaments. A la segona, i en aquest marc, es suggereixen algunes propostes normatives.*

### ***Sumari***

- 1. Introducció**
- 2. El concepte de dany moral i dany extrapatrimonial**
- 3. La quantificació a l'evidència empírica**
- 4. Les estratègies d'aproximació al dany extrapatrimonial de l'anàlisi econòmica**
  - 4.1. L'enfocament basat en l'assegurança**
    - a) L'aproximació teòrica**
    - b) L'aproximació empírica**
  - 4.2. L'enfocament basat en la disposició a pagar per la reducció del risc**
- 5. Una anàlisi crítica**
  - 5.1. La deducció teòrica de la decisió de contractar una assegurança**
  - 5.2. La investigació empírica de la decisió d'assegurar-se**
  - 5.3. Algunes acotacions generals sobre la teoria de l'assegurament**
  - 5.4. Les orientacions basades en la disposició a pagar per reduir el risc**
- 6. Reflexions finals**
- 7. Bibliografia**

## 1. Introducció

Els atemptats de l'11 de setembre de 2001 van projectar repercussions d'una magnitud difícil de precisar en els aspectes més diversos de la realitat social. En el camp econòmic, les conseqüències macroeconòmiques han estat el sector més profusament estudiat, encara que també existeixen àrees menys rutilants però mereixedores d'atenció.

Una d'elles és la compensació dels danys personals patits per les víctimes dels esmentats episodis. La política del govern federal dels Estats Units consistí en oferir una compensació uniforme, vinculada només a la quantitat de reclamants, pel cas dels danys morals, i una indemnització subjecta a liquidació, pels danys materials o patrimonials. Aquesta dualitat entre uniformitat, per una classe de danys personals, i liquidació particular –i, per tant, desigual– per d'altres, pot donar lloc a certa perplexitat i reviu un problema que porta mil·lennis en debat: la qüestió de la compensació pecuniària del dany moral i les decisions empíriques sobre el punt. Al cas que serveix de partida a aquests paràgrafs, pot resultar, com menys, cridaner, que es valori, en una suma única i fixa, pèrdues de benestar molt diferents des del punt de vista subjectiu. S'ha de compensar igualment a un fill que odiava el seu pare, que a un altre, per qui la seva presència era el seu bé més apreciat? Encara que la resposta negativa sembla evident, la qüestió es podria, llavors, estendre. Si no s'ha de pagar el mateix, quant s'hauria de pagar en un i altre cas?

El dret de danys sol partir de la hipòtesi general que la indemnització a pagar ha d'igualar el dany patit i jurídicament atribuïble a un responsable.

Encara que aquesta primera assumptió és clarament qüestionable forma part de la *communis opinio* dels juristes. ALTERINI per exemple, -abans de criticar aquesta afirmació- senyala 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 antes del daño* (ALTERINI, 1997, pág. 7), això és “*la reposición de las cosas a su estado anterior*” (Codi Civil Argentí, segons llei 17.711, art. 1083).

Quan es tracta de danys que es consideren de naturalesa patrimonial (despeses d'atenció hospitalària, pèrdues d'ingressos, etc.), la qüestió de l'avaluació, encara que pugui presentar dificultats pràctiques, no sembla insalvable. No obstant, aquesta situació s'inverteix quan la compensació procura el rescabament dels danys denominats extrapatrimonials.

Se sap que l'anàlisi econòmica del dret de danys, a la seva corrent principal, adopta l'eficiència assignativa com a meta. Normalment, l'anàlisi utilitza criteris Pareto-potencials per definir aquesta propietat i assumeix que les regles de responsabilitat operen com a incentius que afecten les conductes dels agents, doncs imposen (o no) conseqüències indesitjables, constituïdes pels costos de veure's sotmès a la càrrega econòmica d'un dany, sigui per haver d'afrontar una indemnització (el danyant), sigui per veure's impossibilitat de reclamar-la (la víctima). Un sistema correcte de responsabilitat civil, des d'aquesta perspectiva, alinearà els incentius perquè l'acció privada, autointeressada, condueixi al seu torn a la millor situació social possible. Es tracta, en síntesi, de trobar la millor relació entre els costos i els beneficis socials.

En allò que aquí interessa, resulta clau observar que els resultats dels models estàndard depenen fortament de la definició i avaluació dels danys patits per la víctima, en quant suposen -com la teoria jurídica tradicional- una identitat entre el valor d'aquests danys patits, i la indemnització que s'ha (o no) de pagar, per part del danyant, per compensar-los. En aquest punt, llavors, el dany extrapatrimonial introdueix una particularitat de rellevància, precisament per aquests greus problemes de determinació.

Hi ha una extensa literatura jurídica que exposa un acord raonable sobre la necessitat de compensar d'alguna manera el dany no patrimonial. L'evidència empírica mostra, de fet, una tendència creixent a conferir indemnitzacions per aquests conceptes. La teoria econòmica, des de la seva perspectiva, ha aportat algunes conclusions útils per abordar el problema. No obstant, resulta difícil extreure de les conclusions teòriques una proposta normativa de política legislativa que pugui ser directament aplicable i que permeti definir un marc jurídic sòlid per resoldre aquestes qüestions. L'objecte d'aquest treball, en conseqüència, és revisar les principals posicions al voltant de la qüestió i, en aquest marc, suggerir algunes línies d'acció.

## ***2. El concepte de dany moral i dany extrapatrimonial***

El concepte jurídic de dany moral o dany extrapatrimonial és de difícil definició i està lluny de presentar un tractament uniforme a la literatura. En general, s'assumeix que un fet danyós pot determinar una pèrdua d'utilitat per la víctima, tant per les conseqüències del fet a la seva esfera patrimonial, com per les seves repercussions al camp extrapatrimonial. La víctima d'un xoc d'automòbils pot patir aquesta pèrdua d'utilitat per l'efecte de la destrucció del seu cotxe, pels diners que hagi de gastar en atenció mèdica, per la incapacitat laboral que pateixi de manera permanent (tots aquests conceptes entesos com a patrimonials), i també, de forma conjunta o no amb l'anterior, pels patiments ocasionats tant en el moment del xoc, com en el successiu (durant l'etapa de tractament mèdic i recuperació), així com per les conseqüències del seu estat psicofísic romanent que no estiguin vinculades a la seva capacitat de generar guanys patrimonials. La pèrdua d'un ull, per exemple, a més de reduir la probabilitat d'aconseguir una ocupació o de millorar al mercat laboral, ocasiona un altre tipus de pèrdua d'utilitat, que no es mesura amb els mateixos paràmetres ni s'identifica amb la primera. La pèrdua d'un fill petit, per una mare, se sol posar com a exemple emblemàtic d'aquestes situacions.

Un primer problema sorgeix quan s'intenta definir amb alguna precisió aquest tipus de danys. Sense aprofundir en aquest debat, es pot senyalar -dins les opinions vigents- que alguns tracen la línia divisòria recolzant-se en el concepte de béns patrimonials i extrapatrimonials. Altres, en canvi, diferencien *interessos* de diversa classe sobre aquests béns. Per a la primera posició, per exemple, l'honor d'una persona es podria entendre com un bé extrapatrimonial. La segona, en canvi, podria distingir dins del *dret a l'honor* un *interès patrimonial*, que es pot identificar amb les derivacions patrimonials de la reputació, i un *interès extrapatrimonial*, relacionat amb les possibilitats subjectives i l'estima social que correspon a la víctima, però en una dimensió desvinculada de tota generació de canvis patrimonials. Per aquesta corrent, un *interès* és una facultat d'actuació o de gaudi, i un *dret* pot tenir com a base un o més interessos, encara que

siguin de naturalesa diversa. Una tercera posició, de resultats pràctics bastant assimilables a l'anterior, parla de les *conseqüències* de l'afectació. Entén que allò que diferencia el dany patrimonial de l'extrapatrimonial no és el bé sobre el que recau el perjudici, sinó les conseqüències d'aquesta afectació sobre les diferents esferes de la persona: si incideixen a la seva esfera patrimonial, es tractarà de dany patrimonial, i si ho fan sobre l'extrapatrimonial, serà un dany d'aquesta naturalesa. Això amb independència que el bé afectat es pugui considerar patrimonial o no.

Freqüentment l'aplicació d'aquestes concepcions teòriques no acaba de definir certes qüestions pràctiques. Alguns casos molt coneguts mostren aquests punts de tensió: S'ha de pagar una indemnització a una víctima que queda en estat vegetatiu i que no pot percebre cap sensació? Aquests tipus de situacions serveixen per demostrar la tendència empírica a l'ampliació del concepte. Si es té present que es paga *el preu del dolor*, no tindria sentit conferir una indemnització quan no hi ha dolor que es pugui percebre. No obstant, la tendència a tots els sistemes jurídics és favorable a aquesta ampliació, si bé alguns són més favorables a la reparació que d'altres.

Aquesta propensió general a l'ampliació del camp indemnitzable fins i tot ha determinat una qüestió terminològica, doncs alguns autors identifiquen el terme *dany moral* amb el concepte més restrictiu i clàssic, relacionat amb el dolor perceptible, i *dany extrapatrimonial* amb la idea àmplia que inclou la indemnització d'un altre tipus de perjudicis afins. Alguns dels cossos normatius més recents adscriuen aquesta possibilitat.

El projecte de Codi Civil Argentí de 1998, per exemple, defineix el dany extrapatrimonial com aquell "*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*" (Projecte de Codi Civil Argentí, 1998, art. 1571, a la versió inclosa al Dictamen de la Comissió de Legislació General de la Cambra de Diputats de l'1 de novembre de 2001).

Altres temes inclosos en l'aspecte definitori i que excedeixen aquest estudi són, per exemple, el caràcter exhaustiu o no de la distinció entre *dany patrimonial* i *extrapatrimonial*, atès que importants corrents sostenen la conveniència de diferenciar altres gèneres (*dany estètic, psicològic*, etc.), a més d'aquestes dues classes de danys. Les restriccions imposades pels diferents drets nacionals a la reparabilitat del dany extrapatrimonial constitueixen bona part de la motivació dels juristes per, a cadascun d'aquests àmbits locals, integrar amb uns o altres elements la seva definició. A partir d'ara, no obstant, utilitzarem la designació DE en un sentit ampli per designar aquest tipus de danys i DP, pels que se solen incloure dins els perjudicis patrimonials.

### **3. La quantificació a l'evidència empírica**

Respecte les formes d'avaluació del DE, l'evidència empírica mostra una dispersió bastant important, segons les jurisdiccions i els casos. Bàsicament, es pot pensar en tres procediments de quantificació:

a) *Quantificació en concret*: en general, això succeeix als casos d'avaluació judicial. El jutge o tribunal fixa una quantitat, que vincula únicament a algun paràmetre que no explicita però que, de vegades, es pot inferir de l'anàlisi de les seves decisions. En situacions d'inestabilitat monetària alguns jutges, en general de manera inconfessa, solen vincular les sumes al valor de certs béns (algun model d'automòbil o un immoble). En aquests casos s'ha utilitzat, per exemple, un mòdul d'aquest valor, per mort d'un pare, donades circumstàncies ordinàries. En absència d'aquelles fluctuacions, aquest procediment és més simple i basta decidir una quantitat (i.e, \$50.000), com a mòdul. Allò més notable és que, en definitiva, aquest tipus de procediment tendeix a convertir-se en un barem implícit. Sovint se sol admetre, sense dir-ho, que el rescabament per DE només es fixa en forma proporcional a l'atorgat per DP. Es pot pensar que també influeixen a la composició mental del jutge altres factors com, per exemple, el grau d'incapacitat laboral resultant, encara que la indemnització per DP, per un mateix grau d'incapacitat, sigui diferent per a demandants amb ingressos diferents.

b) *Quantificació mitjançant barems*: en alguns sistemes s'indemnitza el DE d'acord amb criteris preestablerts i rígids, vinculats a paràmetres clarament definits i explicitats. Això és freqüent als sistemes administratius de compensació, com l'establert als Estats Units, pels fets de l'11 de setembre. En aquell any es va constituir el Fons de Compensació per les Víctimes de l'11 de Setembre (Title IV of Public Law 107-42, 2001). L'objectiu d'aquest fons fou donar una compensació a les persones lesionades físicament l'11 de setembre del 2001 a causa dels impactes, i proporcionar compensació als parents dels morts, incloent el reconeixement de DP i DE.

L'abast es limità a les persones que viatjaven en els avions en el moment dels impactes (exclosos, òbviament, els terroristes) i a les persones presents en el World Trade Center, el Pentàgon i el lloc del xoc d'avió a Shanksville, Pennsylvania en el moment dels atemptats.

Pel que fa als DP, s'atorgà discrecionalitat a un auxiliar judicial per determinar la suma de la indemnització "*con base en el daño al reclamante, a los hechos del reclamo y a las circunstancias individuales del reclamante*" (<http://www.usdoj.gov/victimcompensation/espanol.html>, secció 405(b)(1)(B)(ii)). Respecte la quantificació del DE, en canvi, i després d'investigar extensament els fets, sol·licitar les opinions del públic i analitzar els comentaris rebuts, es va arribar a la conclusió 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*" (Fons de Compensació de l'Any 2001 per les Víctimes de l'11 de Setembre, Reglament final, cap. B, 2, Pèrdues no econòmiques <http://www.usdoj.gov/victimcompensation/espanol.html>). Per tant, es van establir indemnitzacions presumptes per les pèrdues no econòmiques patides que van ascendir a \$250.000, més una suma addicional de \$100.000 pel cònjuge i cada persona dependent de la víctima morta. A la fonamentació de la suma s'assenyalà que la selecció d'un valor monetari per les pèrdues no econòmiques era inherentment subjectiva i es va concloure que un punt de partida apropiat era la compensació que el Congrés havia establert a programes federals existents per agents de l'ordre públic i membres de les forces armades que morien en complir el seu deure mentre prestaven servei (vegi's 38 U.S.C 1967, Personal Militar, 42 U.S.C 3796, Programa de Beneficis per Agents de l'Ordre Públic).

Aquest mateix procediment ja s'havia adoptat abans en diverses ocasions. No obstant, en altres sistemes de compensació administrativa, les xifres determinades als barems administratius comprenen tant DP com DE. És el cas, per exemple, de la llei argentina 24.441 i les que la modifiquen, que confereixen un benefici únic per a "*...las personas que...se encuentren en situación de desaparición forzada...*".

Els barems, com se sap, no són exclusius dels procediments administratius. Existeixen diversos sistemes de compensació de determinació judicial que també es basen en barems creats per la llei i que són, en alguns casos, comprensius tant de DP com DE (PINTOS AGER, 2000).

*c) Quantificació amb sostres o límits:* a diferència dels barems, són sistemes de determinació en concret, però el resultat del qual no pot superar (encara que pot ser inferior) certes sumes determinades de manera explícita. Els seus efectes econòmics no coincideixen amb els que es segueixen dels barems (ACCIARRI et al., 2000) si bé freqüentment es tracten a la literatura de manera indiferenciada als primers.

#### **4. Les estratègies d'aproximació al dany extrapatrimonial de l'anàlisi econòmica**

El plantejament sobre la indemnitzabilitat dels DE des d'una perspectiva econòmica es fonamenta bàsicament en les decisions d'assegurament contra aquest tipus de danys per part dels agents implicats i en la disposició a pagar per la reducció del risc de patir-los. Entre les corrents que tenen com a arrel comuna la decisió dels agents d'assegurar-se es poden identificar dos tipus d'enfocaments. El primer intenta, mitjançant una deducció teòrica, distingir els casos on s'hauria de pagar i aquells on no s'hauria de compensar DE, prenent com a base la decisió d'assegurar-se contra aquest tipus de perjudicis que adoptaria un agent racional. El segon renuncia a deduir aquesta decisió des de bases teòriques i investiga empíricament si els agents estan disposats a contractar una assegurança d'aquesta classe. L'enfocament restant intenta fonamentar la indemnitzabilitat dels DE en el valor que la víctima potencial assigna al risc, i en la seva disposició a pagar per reduir-lo. A continuació s'exposen els principals trets de cadascuna d'aquestes tendències preponderants.

##### **4.1. L'enfocament basat en l'assegurança**

###### **a) L'aproximació teòrica**

En aquesta línia d'arguments s'exposa a continuació l'aportació teòrica realitzada per SHAVELL (1987), que és una referència ineludible en la literatura sobre el tema. Com a punt de partida a la discussió sobre la magnitud dels danys en general, es distingeix el DP del DE. Per això presenta un model amb tres béns: la *riquesa* (que pot ser consumida o utilitzada per la producció d'altres béns), un bé de consum que pot ser *produït* amb  $c$  unitats de riquesa (per ex. ordinadors, automòbils, etc.), i un bé de consum que no pot ser produït i que no es pot obtenir utilitzant la riquesa (per ex. un retrat familiar, la salut, la integritat física), anomenat *bé irremplaçable*. La utilitat de l'agent s'obté de la suma del nivell de riquesa que posseeix (suposa que la utilitat

derivada de cada unitat de riquesa és un), de la utilitat del bé produït  $u$  (suposa que  $u > c$ , és a dir, que la utilitat és major que el cost de producció) i de la utilitat del bé irremplaçable  $z$ . Considera com a mesura del benestar social la suma de les utilitats individuals.

Dins d'aquest marc, un DP es produeix quan es dona una pèrdua de *riquesa* o del *bé produït*. Per quantificar aquest tipus de dany es considera directament la suma de la reducció de la riquesa al primer cas o el nombre d'unitats de riquesa requerides per obtenir el bé produït al segon cas. Així, si el cost de producció del bé produït és \$3, la suma de DP és \$3. La reducció del benestar social com a conseqüència de la pèrdua només és el cost de producció  $c$  i és independent de la utilitat que produeix a l'individu. En canvi, un DE es produeix amb la reducció del *bé irremplaçable* i la suma de la pèrdua es correspon amb  $z$ , la utilitat que aquest bé genera a l'individu. Com el bé no es pot reemplaçar, la reducció del benestar social coincideix amb la utilitat del bé en qüestió.

D'aquesta manera, el problema crucial del tractament del DE és clarament el de la seva quantificació. Els DP coincideixen amb les pèrdues reals de riquesa o amb el cost de reemplaçament dels béns  $i$ , per tant, aquest problema és menor. Contràriament, els DE no es poden observar directament  $i$ , per tant, són difícils d'estimar.

En aquest marc analític i en una instància més refinada SHAVELL incorpora els canvis que el DE pot provocar a la funció d'utilitat. Així, considera que, en molts casos, patir una pèrdua d'aquest tipus no altera la utilitat marginal de la riquesa; a d'altres, en canvi, entén que pot augmentar l'esmentada utilitat marginal (com al cas on l'individu necessita serveis especials de transport, etc.). I també estima que és possible que la mateixa es redueixi (a causa de la impossibilitat de gaudir dels diners, etc.).

El seu estudi, considera, bàsicament, el cas dels agents amb aversió al risc (SHAVELL, 1987, p. 186). Per això diferencia la funció d'utilitat de la riquesa *ex-ante* i *ex-post* a la concurrència del fet danyós amb un component no patrimonial. Defineix així:

$W_n(w)$  com la utilitat de la riquesa  $w$  *ex-ante* a l'accident, amb  $W_n'(w) > 0$ ;  $W_n''(w) < 0$ ;

$W_a(w)$  com la utilitat de la riquesa  $w$  *ex-post* a l'accident, amb  $W_a'(w) > 0$ ;  $W_a''(w) < 0$ ;

essent  $W_a(w) \leq W_n(w)$ .

L'accident que involucra un DE de  $z$  unitats afecta per dues vies la utilitat de l'agent. D'una banda, desplaça la funció d'utilitat en la suma del DE  $z$ , mentre que, de l'altra, pot alterar la utilitat marginal de la riquesa pel factor  $s$  provocant un canvi de pendent a la funció. Llavors, si es produeix un fet danyós, la utilitat de l'agent serà:

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

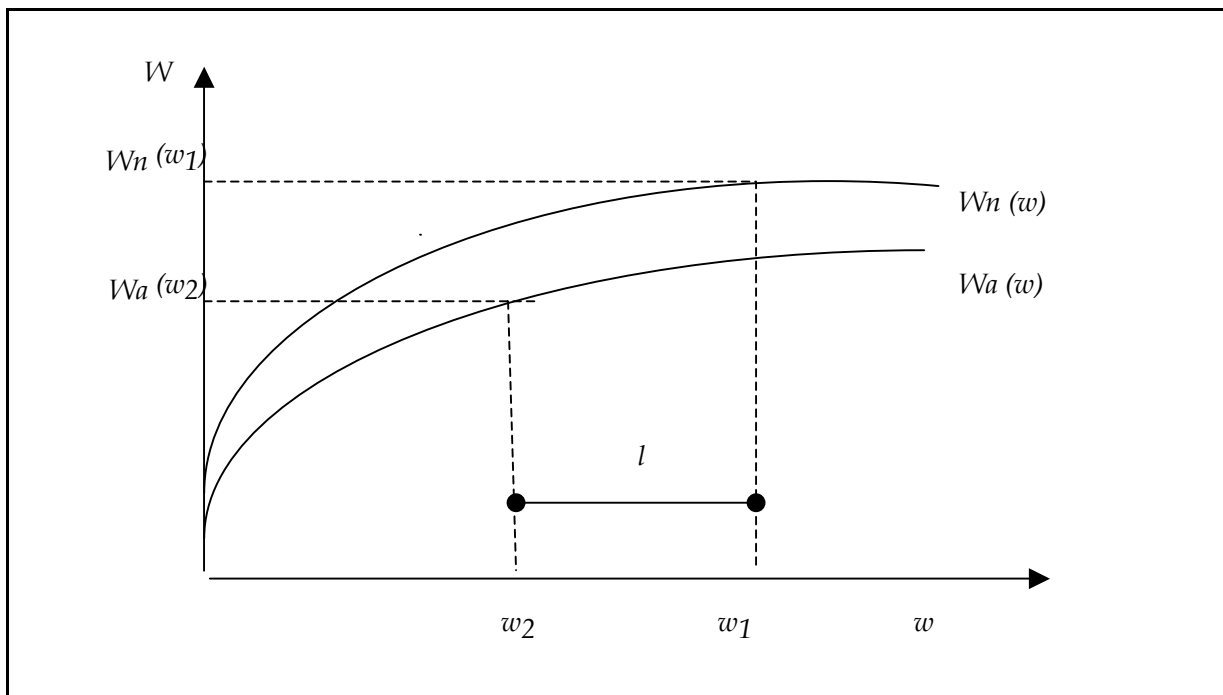
Si es considera que els individus poden patir, a més, un DP de  $l$  al mateix fet, llavors la utilitat de



l'individu després de succeït l'accident serà :

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

Gràficament l'efecte del fet danyós sobre la utilitat de l'agent es pot representar de la manera següent:



El desplaçament de  $W_n(w)$  a  $W_a(w)$  és el resultat del DE, si el desplaçament és fa de forma paral·lela i a la suma se suposa que el fet no alterà la utilitat marginal de la riquesa; pel contrari, si  $W_a(w)$  té una pendent diferent a  $W_n(w)$ , el fet modifica la utilitat marginal de la riquesa, sent més aplanada si aquesta hagués disminuït. Si addicionalment es produeix un DP, el nivell de riquesa es redueix de  $w_1$  a  $w_2$ . D'aquesta manera, per compensar l'agent completament s'hauria d'establir una indemnització que li permetés aconseguir el nivell d'utilitat ex- ante a l'accident  $W_n(w_1)$ . En canvi, si el dany patit només té naturalesa patrimonial, no es produeix cap desplaçament a la funció, i es podria aconseguir la restitució plena establint una indemnització igual a  $(w_1 - w_2)$ ; el problema se circumscriu a determinar la suma de la indemnització al primer cas.

Una aproximació per quantificar el canvi en la utilitat provocada per la idea del fet danyós es pot realitzar si es considera la decisió de l'agent que tendeix a assegurar-se quan l'accident inclou un component no patrimonial. Partint d'aquesta base, si l'agent està disposat a assegurar-se davant d'aquest risc, la suma de la indemnització es podria determinar en coincidència amb el premi de l'assegurança corresponent. SHAVELL estableix que la suma de la cobertura de les assegurances

contra DE que un individu està disposat a adquirir depèn clarament de com es vegi afectada la utilitat marginal dels diners. Per això, suposa que el risc de producció de l'esdeveniment és fix, i independent de la conducta de l'agent i reconsidera la teoria general de l'assegurança, assumint que els accidents involucren DE. Si la probabilitat de l'accident és fixa i l'individu adquireix una cobertura  $q$ , la seva utilitat esperada serà  $(1-p)W_n(w-\pi) + pW_a(w-\pi+q-l)$  on el premi  $\pi = pq$  equival al cost esperat de la cobertura. Substituint  $\pi$  i diferenciant respecte a  $q$  s'obté la següent condició de primer ordre:

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

que estableix que la utilitat marginal de la riquesa abans i després de produït l'accident s'ha d'igualar. Quan  $W_a(w) = W_n(w) - z$ , això és, quan la utilitat marginal de la riquesa no es veu afectada per l'accident, l'equació anterior implica que  $q = l$ , de manera que la decisió òptima consisteix a assegurar-se únicament contra el DP. Si  $W_a'(w) < W_n'(w)$ , aquesta equació implica que  $w-pq > w-pq+q-l$  (doncs  $W_a''(w)$  i  $W_n''(w)$  són negatives), i llavors  $q < l$ , és a dir, no s'assegura ni tan sols pel total del DP. Finalment, si  $W_a'(w) > W_n'(w)$  l'equació implica que  $q > l$ , prenent una cobertura major a la suma del DP.

SHAVELL conclou que sota la política d'assegurances de maximitzar la utilitat esperada, la cobertura ha d'igualar el DP quan la utilitat marginal de la riquesa no es veu afectada per l'accident; la cobertura ha de ser menor que el DP quan la utilitat marginal de la riquesa es redueix per l'accident, i ha d'excedir el DP quan l'accident incrementa la utilitat marginal de la riquesa. Com es pot veure, només quan el fet incrementa la utilitat marginal de la riquesa l'agent estaria disposat a concertar una assegurança que compregués el DE. En canvi, a la resta de casos, la víctima potencial no estaria disposada a concertar una assegurança, la qual cosa -segons la seva visió- seria equivalent a dir que hi ha suficient fonament per no concedir-li cap indemnització per DE.

### **b) L'aproximació empírica**

Part de la literatura explora una estratègia diferent de la ressenyada. En comptes de *deduir* la decisió d'assegurar-se de bases teòriques, intenta *investigar* si l'evidència empírica dóna fonaments per pensar que els agents s'assegurarien si existís aquesta possibilitat. Alguns intenten extreure fonaments per aquesta investigació de dades existents al mercat. D'altres, a través de tècniques experimentals, intenten respondre la mateixa pregunta.

En aquesta línia s'ubiquen els treballs de DANZON, (1984), VISCUSI, (1990) i CALFEE i WINSTON, (1993). Una breu exposició de les principals conclusions obtingudes per aquests autors, així com algunes crítiques als mètodes i resultats emprats en aquests treballs, es poden veure a AVRAHAM, (2003).

DANZON analitza l'evidència empírica de la demanda d'assegurances *first-party* contra DE i troba que només el 20% de la força laboral té una assegurança de llarg termini contra la pèrdua

d'ingressos per incapacitat, amb una cobertura que es limita al 70% del salari. D'aquí conclou que la demanda d'assegurances al mercat privat és baixa i que aquesta conducta obeeix al fet que els agents en general perceben que la utilitat marginal de la riquesa es redueix amb posterioritat a l'accident (DANZON, 1984).

VISCUSI considera que la demanda d'assegurances contra DE no es pot determinar *a priori* i que depèn de l'impacte que té l'accident sobre la utilitat marginal de l'ingrés de la persona. Conclou, de manera semblant a SHAVELL, que si aquesta no es modifica, la compensació òptima només ha d'abastar els DP; si disminueix, la compensació ha de ser menor que els DP; i si augmenta, ha de ser major. Estableix que no hi ha bases teòriques per determinar la pendent de la funció d'utilitat i llavors dissenya diferents estudis empírics de tipus experimental per aproximar la pendent de la funció d'utilitat real de l'individu, limitant-se a indagar sobre una taxa que expressi el *trade-off* existent entre risc i diners, entre els que destaquen el realitzat als treballadors d'una indústria química i als consumidors en un centre comercial. D'aquests s'evidencia que la utilitat marginal dels diners decreix quan l'accident té conseqüències greus i creix quan l'accident és menys sever. En base a aquests resultats conclou que els individus no compren una cobertura contra DE perquè en general decreix la utilitat marginal de la riquesa després de la producció de l'accident (VISCUSI, 1990).

CALFEE I WINSTON s'acosten a l'estudi de la demanda d'assegurança a través d'una enquesta a les víctimes potencials (utilitzant el mètode de l'avaluació contingent), que pretén no només estimar la demanda d'aquest tipus d'assegurances sinó identificar les diferències existents entre la disposició dels consumidors a pagar per l'assegurança i la despesa en prevenció. Parteixen de la suposició que si el dany provoca una reducció en la utilitat marginal de la riquesa, els individus estaran disposats a gastar més en prevenir l'accident que en comprar una assegurança contra les conseqüències d'aquest. L'argument és que si els agents paguen més per prevenir, no desitgen una cobertura contra DE. Plantegen el cas dels pares que envien els seus fills a un campament d'estiu i argumenten que estarien disposats a pagar sumes importants per reduir el risc d'un accident però molt poc per una assegurança contra les conseqüències d'aquell risc. Intenten inferir les preferències dels agents a través d'experiments que plantegen dos escenaris que són gairebé idèntics excepte que un ofereix prevenció i l'altre assegurança. Conclouen que els consumidors estan disposats a pagar més per prevenir que per assegurar-se i que això significa que no desitgen una cobertura per DE (CALFEE I WINSTON, 1993).

#### **4.2 L'enfocament basat en la disposició a pagar per la reducció del risc**

Un enfocament diferent als anteriors considera la disposició a pagar dels individus per reduir el risc de patir accidents. Aquesta alternativa s'exposa a la literatura sobre el valor de la vida i consisteix en considerar el valor que la víctima potencial assigna al dany esperat o al risc imposat pel causant sobre ella. Una aportació fonamental en relació a la determinació del valor de la vida humana és el realitzat per MISHAN (1971), que intenta mesurar les conseqüències que la implementació de nous projectes d'inversió pot tenir a la vida d'una persona, prenent com a referència el criteri d'eficiència de Pareto, establint que s'ha de considerar la quantia que les persones estan disposades a pagar o a rebre pel canvi en el risc estimat. Emfatitza que el concepte

introduït a l'article no és una alternativa als mètodes existents, sinó que és l'únic consistent en l'aplicació del criteri de Pareto al càlcul del cost-benefici.

Es refereix al cas de l'avaluació d'un projecte d'inversió específic que pot provocar que alguns membres de la societat millorin la seva situació, que d'altres empitjorin i que d'altres es mantinguin indiferents. Si una persona millora, la variació compensadora (CV) mesura la magnitud d'aquesta millora al benestar a través de la seva disposició a pagar. Pel contrari, si empitjora, es tracta d'establir quants diners acceptaria perquè el projecte es pogués realitzar (MISHAN, 1971).

Aquesta és la base del criteri de la propensió a pagar per reduir diferencials de risc- *Willigness to Pay* (WTP)- o el de la propensió a acceptar per assumir-los- *Willigness to Accept* (WTA)-. Ambdós casos tracten d'extrapol·lar linealment el valor assignat a aquest diferencial o a aquesta fracció de risc a les decisions adoptades quotidianament. D'aquí s'estableix que el cost social d'una activitat arriscada es construeix sobre la quantitat necessària per rescabalar cada persona pel risc que pateix, amb independència que en algun moment aquesta persona resulti lesionada o no.

Aquest criteri sorgeix després de l'observació d'individus que accepten realitzar treballs perillosos a canvi d'elevades remuneracions (una anàlisi d'aquest tipus realitzada pel mercat laboral es pot veure a VISCUSI, 1993). Tots aquests subjectes estan posant preu, implícitament, a fraccions de la seva vida i integritat física. També es produeix aquesta avaluació quan s'accepta pagar una determinada quantitat de diners a canvi de reduir la probabilitat de morir (amb la compra d'un cotxe amb coixí de seguretat, amb el sotmetiment a un reconeixement mèdic, etc.). Encara que no sigui immediat, resulta raonable mesurar com determinades activitats afecten la probabilitat de morir; i, de fet, hi ha medicions fiables conegudes (especialment per les companyies d'assegurances) com l'efectivitat dels cinturons de seguretat, dels coixins de seguretat, etc.

La seva utilització, fins al moment, ha estat molt escassa a l'àmbit del dret de danys, perquè encara es discuteix, no només sobre els procediments concrets amb què dur a terme l'avaluació, sinó també sobre la validesa mateixa del mètode. Una discussió sobre les limitacions de l'enfocament es pot trobar a BROOME (1978), que sosté que són menyspreables els avantatges de l'avaluació *ex-ante* si es coneix la identitat de les víctimes, objectant la possibilitat d'assignar un valor monetari a la vida. Els comentaris que responen a les objeccions de BROOME es poden trobar, entre d'altres, a BUCHANAN i FAITH (1979).

## 5. Una anàlisi crítica

Els resultats de les anàlisis que intenten determinar la quantia òptima de les reparacions abunden en perplexitats. Les conclusions de les aproximacions que es basen en la teoria de les assegurances, per exemple, mostren una fonamentació que resulta xocant. Parteixen d'assumir que certs esdeveniments danyosos determinen una pèrdua d'utilitat per la víctima, addicional a qualsevol que es relacioni amb els seus béns patrimonials. Entenen, no obstant, que aquest tipus de danys és peculiar i que els seus caràcters diferencials en relació als DP són rellevants per jutjar

la seva quantificació i la seva pròpia indemnitzabilitat. A més, proposen un procediment pel càlcul de la compensació corresponent a aquesta pèrdua basat en allò que s'ha denominat el *paradigma de l'equivalència entre l'assegurament òptim i la compensació òptima*. En aquest punt, com s'ha dit, dues tendències, una teòrica i una altra empírica, procuren completar el procediment per camins diferents. El límit d'ambdues posicions sosté que mai s'haurien d'indemnitzar els DE, almenys en algun sector específic com, per exemple, el dret de responsabilitat per productes de consum. Les corrents basades en la disposició a pagar per reduir el risc mostren aspectes de discussió propis. A les línies següents es diferenciaran objeccions comunes a les dues corrents basades en la teoria d'assegurances, altres que afecten particularment cadascuna d'aquestes línies i, finalment, les relatives a les orientacions basades en la disposició a pagar per reduir el risc.

### 5.1 La deducció teòrica de la decisió de contractar una assegurança

Com es va exposar en el capítol corresponent, SHAVELL (1987) defensa la possibilitat de la primera aproximació. Distingeix entre fets danyosos que modifiquen la utilitat marginal dels diners per a la víctima i d'altres que no ho fan. En el seu raonament, la suma de la cobertura d'una assegurança contra DE que un agent està disposat a adquirir depèn de com el fet danyós afecta la utilitat marginal de la seva riquesa. Entén que, seguint la teoria de la maximització de la utilitat esperada, l'individu adquirirà una assegurança contra DE només si, després de la producció del fet, la utilitat marginal de la riquesa s'incrementa.

L'anàlisi que condueix a aquestes conclusions ha estat fortament criticat per AVRAHAM (2003), que centra les seves objeccions en les característiques de la funció d'utilitat utilitzada i en les seves propietats. L'objecció se centra entorn les propietats de les funcions d'utilitat que pertanyen a la família de funcions de von Neumann-Morgenstern (en endavant, *funcions vNM*) i les de Bernoulli (en endavant, *funcions B*). Al desenvolupament del seu anàlisi, SHAVELL utilitza explícitament una funció d'utilitat vNM, però part de les seves conclusions, segons AVRAHAM, només s'aconsegueixen *si aquesta funció d'utilitat reuneix, a més, les propietats d'una funció d'utilitat B*. Donada la importància del punt és convenient detallar, almenys de manera breu, les propietats de les funcions considerades.

Ambdós tipus de funcions d'utilitat es caracteritzen per ser quelcom més que purament *ordinals*. Per parlar d'aquesta propietat, se sol dir que són *cardinalment mesurables*. Aquesta afirmació s'ha d'entendre de manera diferent per a cadascuna d'aquestes famílies de funcions, ja que encara que ambdues proporcionen informació sobre quelcom més que la mera ordenació, donen informació diferent sobre l'estructura de preferències d'un agent. Les funcions B representen, no només l'ordenament de canastres de béns en condicions de certesa, sinó que proveeixen informació sobre la *preferència relativa sobre les canastres*. En aquest cas, la concavitat de la funció importa una propietat cardinal, doncs permet interpretar que l'individu extreu una utilitat marginal decreixent de la riquesa. En canvi, la funció d'utilitat vNM proporciona informació sobre l'ordenament de preferències sobre loteries formades amb canastres sota situacions de risc. Aquí, la concavitat de la funció d'utilitat expressa que l'individu és advers al risc. A diferència de les anteriors, en aquesta última família de funcions, *les diferències en la utilitat no són una mesura de la preferència relativa: la utilitat no és mesurable en el sentit que es correlacioni amb una quantitat de*

*satisfacció.*

En el cas de les funcions  $B$ , es suposa una funció d'utilitat còncava com una reacció psicològica de l'individu enfront la riquesa i que no s'estableix a partir de cap comportament sota condicions de risc, sinó de certesa. En el cas de les funcions  $vNM$ , la funció d'utilitat és la representació de les eleccions de l'individu sota risc. Així, en aquestes últimes, l'aversion al risc és una preferència com qualsevol altra i està representada per la concavitat de la funció i no explicada per ella. Cal destacar que el principi de la utilitat marginal decreixent de la riquesa en condicions de certesa no forma part de la teoria de la utilitat esperada de von Neumann-Morgenstern. És un supòsit addicional que pot ser vertader o no, segons la seva correspondència empírica.

Com s'ha dit, ambdues famílies de funcions ( $B$  i  $vNM$ ) són *cardinalment comparables*. En relació a les *comparacions interpersonals d'utilitat i mesurabilitat* de les funcions d'utilitat, es donen dos extrems: d'una banda hi ha funcions *absolutament mesurables i totalment comparables des del punt de vista interpersonal* (propietats característiques de funcions d'utilitat pre-paretianes) i, de l'altra, funcions *només ordinalment mesurables i no comparables des del punt de vista interpersonal*. Entre aquests dos pols hi ha concepcions intermèdies. En aquestes varia el *punt fins al qual es poden considerar mesurables i la possibilitat de ser comparables des del punt de vista interpersonal*. Una funció *cardinalment mesurable* transmet més informació que la que es troba en una funció d'utilitat purament *ordinal*, però menys que la que transmet una funció *absolutament mesurable*. Però es pot pensar en una funció on no tingui sentit parlar de nivells absoluts d'utilitat (la funció no diu res sobre això), però es pot parlar sobre les diferències als nivells d'utilitat. Una funció  $B$ , en aquest sentit, no només transmet informació sobre la *preferència relativa d'un canastre sobre un altre*, sinó també sobre *l'impacte que va tenir un canastre addicional*. Aquí, la seva concavitat expressa que aquest impacte serà decreixent en relació a la utilitat que proporciona a l'individu.

Un altre tipus de mesurabilitat cardinal es dona a les funcions  $vNM$ . En aquest cas, la concavitat indica que l'individu prefereix un grup segur, contra una loteria del mateix valor esperat. No obstant, les funcions  $vNM$ , si bé són *cardinalment mesurables*, *no admeten comparacions interpersonals d'utilitat*.

Com ja s'ha mostrat, SHAVELL suposa un canvi a la funció d'utilitat de l'individu després de la producció del fet danyós. L'anàlisi es correspon amb el que tradicionalment es realitza a la teoria econòmica, dins el marc de la noció d'utilitat que depèn de l'estat de la naturalesa i com a extensió de la teoria de la utilitat esperada de von Neumann-Morgenstern. El problema no està en el resultat matemàtic obtingut, que estableix que un agent racional adquirirà una cobertura contra el risc de patir DE si la seva funció d'utilitat posterior a l'accident presenta major pendent que la funció original. Existeix, en canvi, un problema a la interpretació econòmica que fa SHAVELL en el resultat obtingut, en considerar que la utilitat marginal de la riquesa és major. Sota la noció d'utilitat de von Neumann-Morgenstern no es pot afirmar que un augment de la pendent de la funció d'utilitat post-accident signifiqui que hagi augmentat la utilitat marginal de la riquesa de l'individu. Per poder afirmar això cal suposar que la funció d'utilitat pertany a la família de  $vNM$  i *ahora* posseeix les propietats de les funcions  $B$ , i interpretar que la funció

d'utilitat emprada *proporciona informació sobre diferències relatives d'utilitat entre diferents estats del món, a més de proveir informació sobre l'ordenament de preferències sota risc.*

En relació a les diferents funcions d'utilitat considerades abans i després de l'accident, existeix un problema de magnitud. Pensar en dues funcions diferents per un mateix individu (perquè les seves preferències han canviat) planteja el problema de l'assignació de recursos entre els dos estats del món, la qual cosa equival al de l'assignació entre dos individus diferents. Per això, *cal suposar algun tipus de comparabilitat interpersonal, i com s'ha dit, les funcions d'utilitat de vNM no admeten comparació entre agents.* En conseqüència, s'hauria d'admetre que les funcions utilitzades pertanyen a la família de les funcions B i, a més, que és possible, simultàniament, comparar les preferències dels individus entre loteries sota situacions de risc i les seves preferències relatives sobre grups en condicions de certesa.

En síntesi, SHAVELL, de manera més o menys implícita, suposa que les funcions d'utilitat utilitzades són cardinals en el sentit de vNM i també, en el sentit de B, i interpersonalment comparables, supòsits mai admesos a la teoria de l'elecció del consumidor.

Com es veu, si no es pot derivar consistentment la decisió de no assegurar-se de la representació funcional utilitzada, aquesta objecció debilita de manera decisiva un argument molt fort que sosté que el sistema de responsabilitat civil no hauria d'indemnitzar (en tots o alguns casos) les víctimes que pateixen DE.

## 5.2 La investigació empírica de la decisió d'assegurar-se

Com s'ha exposat, part de la literatura explora a l'evidència empírica els fonaments per pensar que els agents decidrien assegurar-se si existís aquesta possibilitat. AVRAHAM realitza objeccions als resultats establerts als treballs esmentats, que suposen una debilitació de les posicions que sostenen que no s'ha d'indemnitzar el DE perquè els agents no estan disposats a assegurar-se contra ells (AVRAHAM, 2003).

Respecte el primer, qüestiona la conclusió de què la demanda d'assegurances sigui reduïda; d'una banda, senyala les limitacions de les dades obtingudes considerant que és problemàtic reunir una evidència del mercat d'assegurances ja que hi ha falles de mercat (bàsicament, problemes de *moral hazard* i selecció adversa) al costat de l'oferta. D'altra banda, senyala que DANZON troba que el 45% de la força laboral té cobertura a través d'una pensió privada per casos d'incapacitats que sobrevenen aviat, i que la seguretat social dona una cobertura que cobreix el 40% dels que guanyen per sobre del salari mínim i fins al 86% pels que perceben el mínim; els beneficis pagats per aquests sistemes ascendeixen a vuit vegades allò que s'ha pagat per les asseguradores privades; d'aquí AVRAHAM conclou que en realitat la demanda d'assegurances no és baixa, sinó que està ajustada pel fet que els agents entenen que estan assegurats per altres vies (com els programes socials) i llavors els seus incentius a comprar una assegurança es veuen reduïts.

Respecte l'aportació realitzada per VISCUSI, entre d'altres objeccions, AVRAHAM senyala que als experiments dissenyats s'utilitzen probabilitats de risc baixes i sosté que les bases sobre les quals s'extreuen les conclusions no són clares, ja que la distinció entre danys menors i severos pot semblar artificial i que pot ser la forma de dissenyar els experiments la que condueix als resultats obtinguts.

En relació al treball de CALFEE i WINSTON, AVRAHAM sosté que si bé és cert que els individus prefereixen gastar més en prevenció que en la compra d'una assegurança quan decreix la utilitat marginal dels diners, succeeix el mateix si la utilitat marginal es manté constant o fins i tot si augmenta, i que llavors no es pot extreure conclusions, dels resultats obtinguts, sobre la naturalesa de la pèrdua, és a dir, sobre com es veu afectada la utilitat marginal dels diners. A més, observa que si el cost de reducció del risc és menor que la reducció a la pèrdua esperada, els agents sempre preferiran assignar la despesa a la prevenció abans que a la compra d'una assegurança. La compra de l'assegurança només és rellevant un cop s'han assumit tots els costos de prevenció eficients, i això també se sosté als casos de pèrdues patrimonials. D'aquí que, seguint els autors, es podria sostenir l'eliminació de l'assegurança també pel cas de les pèrdues patrimonials.

### 5.3 Algunes acotacions generals sobre la teoria de l'assegurament

Als paràgrafs precedents s'ha fet referència a la validesa de les conclusions de les investigacions dirigides a determinar si els agents decidirien assegurar-se, o no, per DE. Als següents paràgrafs, es discutirà la legitimitat mateixa de la teoria de l'assegurança, com a guia per decidir si s'han d'indemnitzar o no aquesta classe de danys.

El valor de la teoria de l'assegurança se sol basar, com a guia normativa d'aquesta matèria, en la seva consistència amb la maximització del benestar. Convencionalment, s'accepta que, segons supòsits econòmics d'ús general, a situacions basades en relacions contractuals prèvies -com en els casos d'adquisició de productes-, l'aplicació de la teoria d'assegurances duu, com la responsabilitat civil, a situacions de prevenció òptima i conseqüent maximització del benestar. Això succeeix d'aquesta manera en absència de costos de transacció i, en aquestes condicions, se suposa, és indiferent raonar dins el camp de la teoria de l'assegurança o de la responsabilitat civil. Intentar determinar la quantitat asseguable, doncs, implica trobar una suma d'indemnització també òptima. L'assegurança, com la responsabilitat civil, no és en si un objectiu autònom general per l'anàlisi econòmica del dret (a les seves versions més generalment difoses), sinó que és un instrument per l'objectiu de maximització del benestar.

Les posicions que identifiquen assegurament òptim amb maximització del benestar (fins i tot, en un sector parcial del dret de danys), introdueixen una bifurcació paradoxal en el tractament de l'assumpte. Evidentment, l'elecció de l'objectiu a perseguir, que adopti un estudi que involucri aspectes normatius, pot ser discrecional per l'analista, però després de triada una meta, es pot exigir consistència entre les particularitats normatives que aconselli i aquella finalitat. A més, si l'objectiu que es decideix perseguir és la *maximització del benestar*, l'assegurament òptim serà



valuós si és consistent amb aquesta meta. Per tant, no serà *valuós en si* sinó *instrumentalment valuós*.

La conclusió estàndard, per DP, sol donar per assentat que en un model com l'anteriorment descrit la teoria d'assegurances és un esquema conceptual indiferent al de la responsabilitat civil per aconseguir aquest objectiu. Aquesta *identitat circumstancial* pot fer pensar erròniament que es tracta d'una *identitat general* i portar a raonar de manera transitiva, com si les conclusions de la teoria d'assegurances fossin, *a tots els casos*, conclusions equivalents a les requerides per la maximització del benestar. En concret, es pot pensar que si la teoria d'assegurances donés com a resultat que un individu, en un determinat gènere de casos, no s'asseguraria, equivaldria a afirmar (de manera universal i incondicionada) que no se li ha d'atorgar una indemnització en aquests mateixos casos, com a condició per la maximització del benestar. Aquest raonament, com és fàcil d'advertir, és defectuós.

Un exemple pot il·lustrar respecte això. En allò que SHAVELL denomina *accidents unilaterals* (casos de causació unilateral del dany) entre parts no relacionades per un contracte, la probabilitat i magnitud del perjudici depèn, exclusivament, del danyant. Si aquest no ha de respondre pels danys que produeix, evidentment no tindrà incentius per adoptar cap mesura de prevenció. Com les parts no estan vinculades abans del dany, el benefici del danyant no es veurà afectat pel dany que produeixi a la víctima. Si només està implicada la possibilitat de causar un DE, i si s'admetés la problemàtica conclusió que, en alguns d'aquests casos, es donen les condicions perquè la víctima preferís no assegurar-se, s'hauria de concloure que (en aquests casos) el damnificat no ho estarà amb independència del nivell de risc, sense que importi la seva magnitud. En un món ideal, la víctima estaria disposada a *subornar* el danyant perquè adoptés les mesures de precaució òptimes. Però amb costos de transacció lleugerament positius, aquesta solució serà impracticable i el danyant no tindrà incentius per reduir el risc fins l'òptim social. Es podria sostenir, llavors, que qualsevol nivell de risc s'ha de considerar òptim en relació a la maximització del benestar? La resposta és clarament negativa.

Així, la paradoxa està en què, en aquestes situacions, es produeix una bifurcació clara on:

- a) La teoria de l'assegurament òptim (segons els supòsits i les relacions particulars exposades) conduiria a la conclusió d'eximir als danyants de tota responsabilitat per aquesta classe de danys, mentre que,
- b) La prevenció òptima, exigiria imposar-los responsabilitat o utilitzar algun altre mecanisme per aconseguir aquesta minimització desitjable dels costos socials.

En aquestes situacions, llavors, la teoria de l'assegurança deixa de ser una directiva consistent amb la maximització del benestar. I com el seu valor només és instrumental, en relació a l'objectiu triat, perd la seva força de convicció com a argument de decisió.

Assenyala 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...*" (SHAVELL, 1987, p. 232). Encara que després reconeix que en un sistema ideal de responsabilitat per culpa, la plena indemnitzabilitat dels danys extrapatrimonials seria consistent amb la finalitat de maximització del benestar, perquè en definitiva el danyant adoptaria la precaució adequada i mai respondria. A més, en aquests casos encara sembla més desenraonada l'estranya conclusió de què els agents adversos al risc no s'assegurarien contra un dany que podria arribar a tenir una altíssima magnitud i elevada probabilitat, ja que aquesta decisió els portaria a una maximització de la seva utilitat. Quan es pensa en la possibilitat que un agent advers al risc igualment decideixi no assegurar-se enfront d'un hipotètic dany (de la classe que sigui), una possibilitat intuïtiva és pensar que l'agent ho fa -malgrat la seva aversió al perill-, perquè es considera capaç d'eliminar o reduir significativament aquest risc per si mateix, amb un cost menor que la prima de l'assegurança que hauria de pagar. En aquests casos, aquesta possibilitat queda analíticament descartada. A més, aquests casos també semblen contraexemples intuïtius de la conclusió que allò òptim per aquests agents seria no assegurar-se, que procura la literatura que segueix la línia de SHAVELL.

#### 5.4 Les orientacions basades en la disposició a pagar per reduir el risc

Aquestes línies solen ser motiu d'algunes objeccions. Les limitacions de l'enfocament s'exposen amb claredat a PINTOS AGER (2000). Una primera debilitat sorgeix de l'aplicació a la resta de la societat d'un valor estimat a partir de les preferències de subjectes que trien treballs més exposats i altres que incorren en despeses addicionals a canvi de reduir el risc de patir lesions. Aquesta extrapolació planteja seriosos inconvenients: potser aquests individus són més amants del risc que els que rebutgen aquest tipus d'ocupacions. A més, alguns riscos d'accidents afecten grups ben definits de persones amb preferències que no necessàriament convé generalitzar a d'altres escenaris. La propensió a pagar per evitar accidents no té perquè ser idèntica entre víctimes potencials d'accidents en diversos àmbits.

Una altra objecció és la forta dependència del nivell de riquesa de cada individu; això no resulta un obstacle quan l'objectiu és avaluar el cost o benefici social d'una regulació que afecta a un gran conjunt d'agents, però sí quan s'intenta aplicar a una víctima particular.

De totes maneres, el debat sobre la validesa de l'enfocament i la seva aplicació a l'avaluació del dany se centra en aspectes concrets, i un dels punts més vulnerables és el mecanisme utilitzat per convertir el valor assignat a petits canvis en el risc de patir accidents en el valor total assignat a la vida a través d'una extrapolació, fonamentada en la linealitat de la funció d'utilitat respecte el risc. Resulta molt qüestionable l'assumpció de la linealitat com a propietat de la funció de pagament que adopten aquests estudis. Sembla evident que no hi ha deducció teòrica ni evidència empírica que la sustenti. Un agent pot estar disposat a resignar molt poca riquesa a canvi d'obtenir un increment en la seva seguretat quan aquest salt es dóna a certs nivells (per exemple, per passar d'una probabilitat de producció d'un accident mortal, del 0,1 al 0,3) però probablement no pensi el mateix a d'altres nivells (de l'1 a 0,8).

## 6. Reflexions Finals

Queda quelcom a dir sobre la teoria econòmica després d'aquestes rèpliques? Probablement, la resposta es pot dividir en dos camps diferenciats. En primer lloc, aquells aspectes que mereixen continuar sent objecte d'exploració i definició. En segon lloc, aquells que, si bé davant una inacabada determinació dels primers, també admeten algun gènere, encara provisional, de resposta assertiva.

*a) La caracterització del DE:* des del punt de vista jurídic la caracterització dels casos de DE és problemàtica, fluctuant i casuística. Sense una definició prou estable i precisa, disminueix sensiblement la seguretat de tota conclusió general referida a la seva indemnitzabilitat o quantificació. Per aquesta mateixa vaguetat, no queda clar que tots els casos que s'inclouen dins el concepte DE mereixin igual tractament. Sembla necessari recordar que s'integren dins el mateix camp situacions tan diferents com les molèsties que pateix un viatger a qui se'l priva del seu equipatge, les conseqüències no patrimonials que impacten un individu que queda en estat vegetatiu, i també les derivades de la mort de persones pròximes. L'estratègia de SHAVELL, que parteix de diferenciar aquells casos on el fet danyós modifica o no la utilitat de la riquesa, i que conceptua el dany com una pèrdua de béns irremplaçables, adverteix agudament d'aquestes propietats diferencials. No obstant, no resulta tan clar que les categories utilitzades siguin les més adequades. Si un individu posseeix una pintura original, la mateixa, com a bé, sembla ser d'aquelles *irremplaçables* segons la definició de SHAVELL.

Respecte això 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..." (SHAVELL, 1987).

No obstant, a la mateixa obra caracteritza aquest tipus de béns d'acord amb tres propietats que sembla entendre equivalents:

- Que no poden ser *comprats en mercats*,
- Que no poden ser *reemplaçats*, i finalment,
- Que no poden ser *produïts*.

¿És el mateix dir que quelcom pot ser *comprat*, que pot ser *produït* i que pot ser *reemplaçat*? El quadre de l'exemple no té la primera propietat, perquè pot ser comprat al mercat (mentre existeixi). Tampoc, amb certes prevencions, compleix la tercera, si s'entén en sentit fàctic (mentre no existeixi). En canvi, és problemàtic decidir si compleix amb la segona. En rigor, no hi ha cap bé físic que sigui exactament idèntic a un altre. Però el criteri de la substitució sol apuntar, més aviat, en Economia, a la percepció de l'agent enfront del bé que al propi bé. Es pot pensar que un quadre és substituït perfecte d'un altre, si proporciona el mateix gaudi estètic. A més, si el bé compromès no és la pintura, sinó el gaudi estètic que produïa, aquesta pèrdua es pot suplir amb la utilització de riquesa. Per un individu, possiblement, una altra pintura podria restablir aquest

gaudi, en un grau que iguali la utilitat perduda, i aquesta nova pintura es podria adquirir amb riquesa.

Aquí es podria objectar que el bé triat, llavors, no és irremplaçable. Simplement, perquè hi ha un substitut que ho reemplaça de manera perfecta. Ara bé, si la perfecció de la substitució es mesura per la modificació a la utilitat, per l'impacte subjectiu de l'adquisició d'un altre bé, llavors poc queda del contingut del concepte de *bé irremplaçable*. A certs nivells d'utilitat, sempre és possible trobar un conjunt de *béns reemplaçables* o una quantitat de riquesa que equilibri la utilitat perduda. La manca d'utilitat extrapatrimonial resultant d'una pèrdua de salut (aïllada, òbviament, de tota repercussió a la pèrdua d'ingressos patrimonials), es pot compensar amb escreix mitjançant l'increment d'utilitat que proporcionin certs béns. Molts individus estarien disposats a donar una mà o un braç (o almenys, un dit) per un milió de dòlars. Això nega la *irremplaçabilitat* i per tant, la qualitat dels DE, a les repercussions no patrimonials d'aquesta pèrdua de salut? Això no és així, almenys en la seva consideració estàndard. La relació entre *bé irremplaçable* i DE es debilita considerablement, si no desapareix. En el cas que ens serveix d'exemple, segurament, d'acord amb els conceptes normalment acceptats, la pèrdua d'un quadre no importa únicament DE. I, en alguns casos, per més que es mantingui aquesta originalitat que fa la pintura diferent de totes, tampoc es considerarà que la seva pèrdua genera cap DE.

No obstant, la possibilitat de substitució per *equivalent d'utilitat* abans exposada, sembla esfumar-se en els casos extrems. Quant estaria disposat a rebre un individu sense hereus a canvi de quedar en estat de vida vegetativa en aquest mateix instant? Aquestes situacions podrien dur a la consideració que la idea de la irremplaçabilitat, encara que no sigui adequada per caracteritzar tots els casos de DE, ho és almenys per definir *alguns* d'ells. El dubte, evident, és si es tracta d'un problema de qualitat o de magnitud del dany.

**b) El problema de la magnitud:** el tractament dels casos extrems, traslladant les seves propietats a tots els casos, enfosqueix freqüentment el problema. Els casos de difícil determinació, precisament, són aquells de gran magnitud. Amb la resta, l'assimilació al tractament general de danys (el dels DP), sembla menys conflictiva. La temptació evident és pensar que només es tracta d'un problema de magnitud. No obstant, sembla existir algun component diferencial addicional. Quan es parla d'assegurança, per exemple, si un individu posseeix un bé de gran valor (exclusivament patrimonial) i és advers al risc, es pot pensar clarament en el seu desig i la possibilitat d'assegurar-se. Si algú, advers al risc, troba dos diamants (que no li proporcionen cap gaudi estètic ni afectiu especial), i no posseeix riquesa addicional suficient per pagar la prima de l'assegurança, pot vendre un i, amb aquests diners, assegurar la resta. Si, en canvi, només posseeix l'amor de dos éssers estimats, que li proporcionen una utilitat equivalent a aquests dos diamants, no pot vendre res per assegurar-se, encara que volgués fer-ho.

En aquests casos es recrea el problema del *valor d'ús* i del *valor de canvi*, i s'adverteix la històrica dificultat de l'Economia per tractar el primer. La dificultat no és menor per a la resta de disciplines de l'àrea de les ciències socials. No obstant, no es tracta de l'única situació on s'ha d'enfrontar aquest problema. Quant val, per a un condemnat a presó, la seva llibertat, més enllà

de la seva pèrdua d'ingressos patrimonials? La resposta és igualment difícil, i no obstant això, aquest problema no sembla un fonament suficient per deixar d'aplicar sancions privatives de llibertat, amb magnituds objectives. Però en allò que aquí interessa, aquestes peculiaritats de quantificació, fan que el DE hagi de ser considerat una altra cosa que el DP i tractat d'una manera diferent?

*c) Dany patrimonial i extrapatrimonial:* la pregunta sobre si s'han de considerar dos conceptes diferents, o només un amb matisos, no involucra una qüestió de principi. Les propietats diferencials poden servir tant per establir dos gèneres com dues espècies d'un mateix gènere segons el propòsit. Als nostres fins, és important reconèixer, almenys, una propietat diferencial: l'especial dificultat de quantificació. També interessa estudiar si aquesta dificultat és suficient per un tractament diferenciat. A continuació tractarem l'aspecte relatiu a la indemnitzabilitat i la quantificació.

*d) La indemnitzabilitat:* els arguments tractats anteriorment, no semblen donar suficient fonament per apartar-se de la situació general. És a dir, si es tracta d'una pèrdua de benestar, i l'objecte de l'anàlisi tendeix a la maximització del benestar, llavors s'han de seguir les regles generals pel disseny dels incentius consistents amb aquesta finalitat. Si els problemes són de quantificació, llavors, correspon tractar aquest aspecte.

*e) La quantificació:* diversos aspectes es relacionen amb aquest punt.

- *Els petits DE:* SHAVELL, altres autors, i la línia jurisprudencial clàssica, sostenen que no s'han d'indemnitzar. L'argument basat en la maximització del benestar sosté que la seva quantificació, donada la dificultat reconeguda, importa més costos que beneficis. Per això, és més convenient denegar-los. Aquest raonament és problemàtic. Allò convenient és no insumir més costos que els beneficis que proporciona la quantificació. No obstant, si el procediment de quantificació és prou barat, no hi ha obstacle en indemnitzar aquests danys.

- *Les particularitats idiosincràtiques de l'avaluació, la utilitat dels agents i el valor de canvi:* als casos de DP se solen indemnitzar les pèrdues patides d'acord amb el valor de mercat de certs béns. Aquest valor reflexa la seva escassetat relativa i no la utilitat que el bé proveïa al seu propietari. Aquesta manera d'indemnitzar produeix una objectivació del valor que es té en compte, i sembla, al seu torn, d'una manera indirecta, compensar igualment bé aquesta utilitat lligada al bé perdut. La clau d'aquesta idea, per la majoria dels autors, és la possibilitat de substitució o reemplaçament. Si el bé perdut té un substitut perfecte al mercat, la indemnització permetrà a la víctima adquirir aquest substitut i aquest, per definició, li proporcionarà la mateixa utilitat que el bé substituït.

Aquesta possibilitat, no obstant, només és una aproximació àmplia al problema i no una conseqüència necessària d'aquesta objectivació de l'avaluació. En dret, hi ha un debat interessant sobre com indemnitzar alguns tipus de DP. Per un automòbil danyat després d'un xoc, se sol pagar el cost de la reparació i, a més, la disminució que pateix el valor de venda d'aquest automotor per l'efecte de la reparació. No obstant, mentre la víctima no vengui el vehicle tindrà un automòbil sinistrat i reparat i quelcom més de diners, mentre que abans tenia un vehicle sense danys ni reparacions, i una mica menys de diners. Si ho ven, obtindrà els diners de la venda.

Encara que difícilment, si es tracta d'un vehicle utilitzat, pugui adquirir un altre amb aquests diners que li resulti totalment equivalent al seu anterior vehicle abans de l'accident.

La intertemporalitat és un altre problema clau i general a tot el sistema. La víctima pateix un dany en un moment històric, i rep la compensació molt temps després. Per compensar aquesta pèrdua, es paga una taxa d'interès estàndard. No obstant, la utilitat d'aquesta víctima molt probablement dependrà de variables diferents d'aquelles que determinen el nivell d'aquesta taxa general, i per tant, la compensació potser guardi una relació amb la utilitat de l'agent molt més feble de la pretesa.

L'objectivació de la compensació, en conseqüència, a la majoria dels casos, només tendeix a ser una àmplia aproximació a una compensació de pèrdues d'utilitat. En assumir-se aquesta debilitat estructural del sistema de compensació de danys, la qüestió a decidir passa a ser menys aguda. El valor de mercat, als casos de compensació de DP, és possiblement el mecanisme menys imperfecte d'aproximació al restabliment d'utilitats. *El desafiament, llavors, ja no és pensar en substituïts dels béns afectats als casos de DE, sinó en substituïts equivalents d'aquest mecanisme que s'utilitza per determinar DP.* En altres paraules, intentar algun procediment que de manera repetitiva i raonablement barata, pugui aconseguir la millor aproximació possible.

*f) Algunes línies d'acció:* el resultat intuïtiu seria intentar tenir en compte quin món preferiria cada agent, en relació al balanç dels riscos (de patir danys) i els beneficis de certs nivells i maneres de realització de les activitats que generen aquests riscos i coordinar de la millor manera possible aquestes preferències. Si existís un procediment perfecte per aconseguir-ho el seu resultat equivaldria, en un món ideal, al sistema de responsabilitat (igualment ideal), on les indemnitzacions es determinarien pel procediment de la disposició a pagar per reduir aquests riscos. Si es parteix de la disposició a pagar, es pot concloure que agents perfectament informats dels seus riscos i de les seves utilitats, estarien disposats a pagar als potencials danyants per reduir les seves activitats o prendre precaucions fins al nivell preferit. El resultat d'aquest mercat seria un equilibri al nivell òptim d'activitats i riscos. Si es pensés en termes tradicionals en la disposició a assegurar-se -excloent les especials formulacions ja criticades- el resultat seria idèntic.

Els mercats convencionals actuen com a mecanismes directes de coordinació de preferències, atès que les dels agents, com a participants d'aquest mercat, influeixen al resultat. Al cas dels sistemes de responsabilitat, les preferències dels agents sotmesos a la decisió (com a justiciables) no influeixen el resultat a l'hora de determinar indemnitzacions. L'apel·lació al mercat és, aquí, indirecta. Es tracta d'una simple aproximació instrumental, de segon ordre. Un instrument (la referència al mercat) basat en un altre instrument (el mercat).

Quan s'adverteix que la discussió discorre entorn la conveniència de mecanismes instrumentals i imperfectes, que es poden distingir conceptualment dels objectius, llavors la qüestió es trasllada, dels principis, a la tecnologia disponible per satisfer aquestes metes. En aquestes condicions es pot comparar, per exemple, un sistema de responsabilitat de determinació judicial lliure amb un altre sistema on les indemnitzacions de DE es fixen segons un barem legal.

No es troba, dins l'àmbit proposat per aquest treball, discutir la bondat del mercat com a mecanisme de coordinació de preferències. La distinció que s'intenta és, simplement, conceptual, i tendeix a diferenciar l'objectiu (*maximització del benestar*, en alguna de les seves variants) de l'instrument o sistema (*mercat*, en alguna de les seves accepcions). Quan es parla de reproduir els resultats d'un hipotètic mercat, en situacions denominades de *no-mercat*, aquesta reproducció s'entén valuosa perquè se suposa que compleix l'objectiu de maximització no per ser-ho *en si mateixa*. A més, la reproducció dels resultats d'un mercat imperfecte (que no condueix necessàriament a la maximització), ja no és *idènticament* desitjable. Encara ho pot ser per tractar-se del *millor instrument possible*, però aquesta circumstància s'hauria de discutir sobre bases pròpies.

Pot ser útil explorar un punt de partida poc convencional. Imagini's un sistema de determinació judicial lliure on el jutge decideix fixar, per un cas de DE, una indemnització de valor arbitrari, sense major preocupació per tal que reflecteixi cap criteri raonable. Un cop determinat aquest valor a la seva sentència, si el mateix fos massa baix segons les preferències de la víctima i de la resta d'individus sotmesos a la seva jurisdicció (els qui computaran aquest valor en la seva funció d'utilitat pel cas de patir un dany de la mateixa classe) ho criticarien i emprendrien les accions suficients perquè es modifiqués aquest criteri, a futures sentències. A més, la coordinació d'accions individuals portaria el valor de la indemnització que tendeix a compensar aquest DE a un punt d'equilibri que reflectiria la coordinació de les preferències dels individus respecte això.

Quelcom semblant succeiria amb un barem sancionat per una llei: en aquest mateix món fictici i idíl·lic els legisladors, actuant en el seu propi benefici, percebrien aquesta conjunció de preferències i modificarien el barem, originàriament arbitrari, fins aconseguir el punt d'equilibri.

Evidentment, cap d'aquestes possibilitats funciona d'aquesta manera al món real. No obstant, altres instruments, com la recerca d'un substitut directe de mercat (pròpia dels DP), o el descobriment de la disposició fictícia a assegurar-se, tampoc solen proveir un marc més segur pels casos de DE. Probablement les imperfeccions reals d'aquests mecanismes idealment suaus (segons es va descriure a la determinació judicial arbitrària, i als barems legals), no són d'una magnitud gaire diferent a les que obstaculitzen el funcionament perfecte de les seves alternatives.

A més, si es tracta de procurar un objectiu a través dels millors instruments possibles, cap d'ells serà més valuós *en si*, sinó que ho serà, simplement, per la seva utilitat instrumental. Al Dret Penal, per exemple, s'acostuma a fixar les classes i magnituds de les penes a través d'un barem flexible (amb màxims i mínims), d'origen legislatiu i àmplia discreció judicial, i aquest procediment no sol semblar estrany (ROSENKRANTZ, 2000). Les penes, es podria entendre, varien al llarg del temps, segons la variació de les preferències dels agents, com ho fa el preu del pa o dels diners. Només que, aquí, el mecanisme de coordinació que trasllada la influència d'aquestes preferències al resultat no és un mercat tradicional sinó un mecanisme polític.

La literatura neoinstitucionalista vigent i la generalment compresa dins de l'Anàlisi Econòmica del Dret, sol utilitzar el terme *mercat* en un sentit amplíssim, que encara comprèn aquestes situacions que identifiquem com a mecanismes de coordinació de preferències. Així, com és conegut, se sol parlar d'un

*mercat polític i fins i tot d'un mercat de la violència (DIXIT, 1997), (OLSON, 2001), (NORTH, 1993). D'aquí, la utilització de la qualificació mercat tradicional o convencional que utilitzem per intentar una distinció.*

Sembla tan inadequat intentar determinar la quantitat d'anys de presó que ha de patir un homicida a través d'una referència directa a algun mercat convencional (únicament), com fixar el preu de tots els béns per una decisió política o judicial, la qual cosa no implica excloure absolutament alguna aportació d'un d'aquests camps, per algunes determinacions usualment derivades als restants.

Assumir aquestes premisses permet pensar en qüestions tècniques més usuals i menys fonamentals. Cada sistema concret serà millor o pitjor segons les condicions reals (segons l'estructura dels costos de transacció) del context social on se l'intenti implementar i per la seva consistència, en aquestes circumstàncies, amb els objectius observats. La consideració institucional és, aquí, definitiva per a una decisió normativa concreta sobre aquesta qüestió.

Contràriament a les propietats esbossades per a caracteritzar un món ideal, el sistema de determinació judicial és escassament permeable a la crítica directa dels individus, com a procediment efectiu per ajustar els valors establerts a les seves decisions. L'accés dels ciutadans a la informació relacionada amb les sentències és pràcticament nul. Només els casos més resonants solen arribar al gran públic. No obstant, hi ha una crítica especialitzada que és més immediata i efectiva. Les sentències dels jutges són comentades per experts i investigadors, que solen opinar sobre el seu mèrit, i aquestes conclusions solen ser font directa de les sentències futures, sens dubte, molt més que el text de la llei. La literatura especialitzada, en conseqüència, sol ser una instància intermèdia entre les preferències dels individus i els resultats d'aquestes sentències.

Paradoxalment, el problema se sol traslladar des dels jutges als juristes acadèmics. Quant capta la literatura jurídica de les preferències dels individus? La resposta no és senzilla. Les particularitats idiosincràtiques són, aquí, summament rellevants i les investigacions d'un país no són extrapolables a d'altres. A la majoria dels països del Civil Law (en general, Europa Continental i Llatinoamèrica), la formació jurídica no sol atorgar rellevància als instruments quantitius i això es reflecteix en un desinterès generalitzat per les investigacions de camp sobre aquesta base. A més, la literatura se sol basar en intuïcions més o menys raonables però difícilment controvertibles amb el degut rigor.

En el cas dels barems legals es poden reproduir, amb certes variants, alguns obstacles abans exposats pel sistema judicial. Entre els seus avantatges està la possibilitat de fer explícites les variables relacionades amb les indemnitzacions. Les decisions judicials, freqüentment, no expliciten aquestes relacions però, no obstant això, l'anàlisi dels seus resultats dona la pauta de què, més enllà d'allò reclamat, solen pesar de manera significativa algunes (poques) circumstàncies.

Els legisladors, a diferència dels jutges, no són vitalicis i arriben al seu càrrec a través del vot popular, per la qual cosa l'opinió del ciutadà comú influeix de manera diferent al seu càlcul. No



obstant, aquesta característica del seu accés a la funció els pot predisposar a una decisió legislativa demagògica on es privilegia el curt termini. Es podria pensar, per exemple, que una proposta legislativa que confereixi elevades sumes d'indemnització en certs casos particularment sensibles a l'opinió pública (pèrdua de fills, danys corporals de magnitud, etc.), sempre seria preferida pels votants, sense considerar els efectes a llarg termini d'aquesta decisió (reducció dels nivells d'activitat de certes indústries, i els seus efectes subsegüents). La coordinació òptima de preferències requeriria una perfecta informació d'aquests ciutadans, que haurien de preferir una suma associada a cert nivell de mesures de precaució i consegüent reducció de certes activitats. La segona part d'aquesta afirmació és de difícil consecució. No obstant, s'assenyalen factors que operen en sentit contrari i de manera molt més robusta. Les activitats productores de certes classes de danys i l'assegurament solen tenir una organització de la que manquen les víctimes. A més, l'efecte de la pressió de les primeres sol ser immensament més efectiu que la inorgànica acció de les segones, per la qual cosa, en el cas de barems, tendeixen a reduir-se les sumes.

Un altre avantatge relatiu dels barems -potser el més rellevant- és la seva reducció de costos de determinació i els seus avantatges de transmissió d'informació. S'ha dit que els ciutadans no solen conèixer en quina quantitat es compensa cada tipus de DE. Però encara menys solen conèixer la variabilitat existent entre els diferents jutges i tribunals, i la dispersió és enormement rellevant. Per tant, qualsevol intent de càlcul sobre la base d'aquest tipus d'informació suposa un cost exorbitant. Els barems, per aquesta classe de danys, tenen un doble avantatge. En permetre conèixer fàcilment els valors amb què es compensarà cada tipus de dany, per una banda, estalvien costos a l'hora de calcular si emprendre o no una activitat, i de l'altra, permeten la crítica tendent a modificar-los. Aquests avantatges persisteixen encara que es tracti de barems indicatius, dels quals els jutges es puguin apartar -en més o en menys- en casos excepcionals.

Possiblement, la dificultat de quantificació dels DE, que ha donat lloc a les particularitats del seu tractament, és un argument més fort per proposar la vigència de barems que per negar la seva indemnitzabilitat. Un argument d'arrel empírica utilitzat per alguna d'aquestes tendències es pot redirigir especialment en contra seu. Si s'entén que no hi ha una demanda efectiva d'assegurament contra DE, també s'ha de concedir que no hi ha un moviment social tendent a suprimir-los, o tan sols, a modificar-los. Es pot pensar que això succeeix per una informació enormement imperfecta respecte això. Però aquesta disfunció afecta ambdós arguments, de manera semblant.

La decisió nord-americana de concedir una suma baremada de compensació per DE a les víctimes de l'11 de setembre (amb totes les particularitats d'aquesta situació) sembla consistent amb bona part d'aquestes idees.

La particularitat més evident sembla ser que, en els casos ordinaris, l'argument de més pes a considerar potser és l'efecte dissuasiu. Aquí, l'atemptat el va produir un grup de persones, i la compensació la pagarà l'estat nord-americà. Encara que es pogués pensar que l'efecte seria contra la *falta de prevenció* de l'Estat a anticipar i frustrar el fet, no sembla un argument decisiu en aquestes circumstàncies donat l'insignificant cost de les indemnitzacions per DE en relació amb els danys totals. No obstant, es podria pensar, no sense versemblança, que els votants nord-americans no tolerarien fàcilment que es deixés sense compensació a

aquestes víctimes. En aquesta opció comentada entre diversos móns sembla que optarien per un que inclogués aquestes indemnitzacions. La decisió de crear aquest fons i compensar aquests danys sembla més consistent amb les preferències d'aquesta societat que les propostes de denegar les indemnitzacions, en base a la particular utilització de la teoria d'assegurances que efectuen algunes corrents ressenyades.

El programa d'investigació de l'anàlisi jurídica i econòmica més raonable respecte del problema dels DE potser no consisteixi en intentar trobar un model teòric únic que intenti donar respostes generals a través d'una pretesa reproducció de fragments del mercat, com ho són el particular mercat d'assegurances, o els mercats explícits de reducció de riscos. Probablement, sigui més fructífer concebre el problema dins el marc d'un mecanisme de coordinació més gran i com un sector subjecte a mercats, entesos aquests en un sentit més ampli, on es conjuguen preferències sobre móns alternatius, compostos per combinacions de riscos i activitats, però amb vies d'ajust intermediades per institucions. Mercats amb enormes problemes d'informació, que enfosqueixen tant les *relacions* entre les variables implicades (per exemple, entre les indemnitzacions i les activitats que generen els riscos), com els propis valors d'aquestes variables (els valors reals de la probabilitat i la magnitud de patir aquesta classe de danys, els valors esperats de la indemnització a percebre, etc.). Potser, finalment, fer explícites aquestes relacions i aquestes dades, i integrar els diversos instruments d'investigació possibles (fins i tot els experimentals) sigui un requisit inicial del camí, sempre perfectible, per revelar les demandes i ofertes de seguretat, d'indemnització, i de cobertura, i poder captar els models de comportament i les estructures de preferències implicades.

## 7. Bibliografia

Hugo ACCIARRI et al. (2000), "Riesgos y Accidentes de Trabajo: el Caso Argentino. Algunas Reflexiones desde la Perspectiva del Análisis Económico del Derecho", *Anales de la Asociación Argentina de Economía Política*.  
([http://www.aaep.org.ar/espa/anales/resumen\\_00/acciarri\\_castellano\\_barbero.htm](http://www.aaep.org.ar/espa/anales/resumen_00/acciarri_castellano_barbero.htm))

Atilio ALTERINI (1997), "La Limitación Cuantitativa de la Responsabilidad Civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

Ronen AVRAHAM (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*.

John BROOME (1978), "Trying to Value a Life", *Journal of Public Economics*, Volume 9, No. 1, February, pàgs.91-100.

James BUCHANAN et al. (1979), "Trying Again to Value Life", *Journal of Public Economics*, Volume 12, No. 2, October, pàgs. 245-248.

John CALFEE et al. (1993), "The Consumer Welfare Effects of Liability for Pain and Suffering: an Exploratory Analysis", *Brooking Papers on Economic Activity: Microeconomics*, vol. 1993 (1).

Robert COOTER et al. (1997), "*Law and Economics*", 2<sup>nd</sup> Edition, Addison-Wesley.

Philip COOK et al. (1977), "The Demand for Insurance and Protection: the Case of Irreplaceable Commodities", *Quarterly Journal of Economics*, No.91 (1), pàgs. 143-156.

Patricia DANZON (1984), "Tort Reform and the Role of Government in Private Insurance Markets", *Journal of Legal Studies*, 13, pàgs. 517-533.

Avinash DIXIT (1997), "*The Making of Economic Policy*", The MIT Press, Cambridge.

Fernando GOMEZ POMAR (2001), "Daño Moral", *Responsabilidad Civil y Seguros*, Año III, No. 6, Noviembre-Diciembre, 320.

Michael JONES LEE (1979), "Trying to Value a Life: Why Broome does not Sweep Clean", *Journal of Public Economics*, Volume 12, No. 2, October, pàg. 249.

Ezra MISHAN (1971), "Evaluation of Life and Limb: a Theoretical Approach", *Journal of Political Economy*, Volume 79, July/August, pàgs. 687-705.

Douglass NORTH (1993), "*Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*", Ed. Fondo de Cultura.

Mancur OLSON (2001), "*Poder y Prosperidad. La superación de las dictaduras comunistas y capitalistas*", Siglo Veintiuno.

Jesús PINTOS AGER (2000), "*Baremos, Seguros y Derecho de Daños*", Civitas, Universidad Carlos III de Madrid.

Richard POSNER (1992), "*Economic Analysis of Accident Law*", Little, Brown and Company, Boston, 4<sup>th</sup> Edition.

Carlos ROSENKRANTZ (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.

Steven SHAVELL (1987), "*Economic Analysis of Accident Law*", Harvard University Press.

Kip VISCUSI (1993), "The Value of Risks to Life and Health", *Journal of Economic Literature*, Volume XXXI, Number 4, December, pàgs. 1912-1946.

Alan WILLIAMS (1979), "A Note on Trying to Value a Life", *Journal of Public Economics*, Volume 12, No. 2, October, pàg. 257-258.