

DÓLARES Y MUERTE⁽¹⁾

ERIC A. POSNER⁽²⁾

Profesor Kirkland and Ellie de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chicago.

CASS R. SUNSTEIN⁽³⁾

Profesor Karl N. Llewellyn Distinguished Service de Jurisprudencia de la Facultad de Derecho y el Departamento de Ciencias Políticas de la Universidad de Chicago.

SUMARIO:

1. Introducción.- II. Antecedentes: 1. ¿Cómo valora el Derecho de la Responsabilidad Civil la pérdida de la vida?; 2. ¿Cómo valora la pérdida de la vida la política reguladora?; 3. Una comparación: El fondo de compensación para las víctimas del 11 de setiembre.- III. Teoría: ¿Por qué debería valorarse la pérdida de la vida?; 1. El Derecho de la Responsabilidad Civil y la disuación: 1.1. Principios de los daños por Responsabilidad Civil; 1.2. Valorando la pérdida de la vida; 2. El Derecho de la Responsabilidad Civil y la compensación; 3. Política reguladora: 3.1. Las agencias y la disuación; 3.2. Coordinación entre la conducta judicial y la de las agencias.- IV. ¿Cuál es el valor de la pérdida de la vida?; 1. Aspectos generales: 1.1. Cifras uniformes o cifras variables; 1.2. Desconocimiento por parte del trabajador; 1.3. Coacción del trabajador; 1.4. La uniformidad y la individualización; 2. Los dependientes: 2.1. El dolor; 2.2. La pérdida del sustento; 3. Los niños: 3.1. El criterio de los padres; 3.2. Los niños y el bienestar; 3.3. Compensando el comportamiento de los padres; 4. Pérdida para la sociedad; 5. Los extranjeros.- V. Propuestas para la reforma: 1. En uso del VSL en las regulaciones: 1.1. La individualización; 1.2. Los dependientes; 2. El uso del VSL en el Derecho de la Responsabilidad Civil: 2.1. La pérdida hedónica de la víctima; 2.2. El perjuicio de los sobrevivientes; 2.3. Probables efectos de las reformas; 2.4. La reforma de la Responsabilidad Civil y los límites de las indemnizaciones por daños.- VI. Preguntas positivas: 1. *Ex ante, ex post* y la visibilidad; 2. El 11 de setiembre y la compensación.- VII. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

¿Cómo debería asignar el sistema legal valores en dólares a las vidas humanas? Consideremos un ejemplo ampliamente publicitado.

El 22 de setiembre de 2001, el Congreso de Estados Unidos de América promulgó normas para indemnizar a los sobrevivientes de los fallecidos en los ataques ocurridos once días antes.⁴ Conforme a las normas finales⁵, los sobrevivientes podían reclamar montos tanto por las pérdidas económicas como por las no económicas. Las pérdidas económicas debían medirse calculando los ingresos dejados de obtener por cada víctima a partir del 11 de setiembre de 2001 hasta la fecha de jubilación anticipada, con sujeción a diversos ajustes, incluyendo una reducción por un estimado de consumo o gastos domésticos de la víctima. Las pérdidas no económicas se fijaron en US\$250,000 por víctima más US\$100,000 por cónyuge sobreviviente y por cada hijo sobreviviente.⁶

⁽¹⁾ Traducción realizada por Patricia Bossio.

⁽²⁾ Los autores agradecen al Fondo de Académicos Russell Baker y al Fondo Herbert Fried por su ayuda financiera.

Asimismo, agradecen a Matthew Adler, Ward Farnsworth, Robert Hale, Saul Levmore, Richard Posner, Adrian Vermeule, y W. Kip Viscusi por sus comentarios, y a NAKKIE Eitmans, Josh Klewer, Wayne Huang, Gavin Martinson, y Andres Sawicki por su ayuda en la investigación.

⁴ Ley de Seguridad en el Transporte Aéreo y Sistema de Estabilización, § 405(c)(1)-(2), Pub. L. No. 107-42, 115 Stat. 230, 2001, codificado en 49 USC § 40101 (2000 & Supp. 2003).

⁵ Departamento de Justicia de EEUU, Fondo de Compensación de las Víctimas del 11 de Setiembre de 2001, 67 Reg. Fed. 11283, 2003, codificado en 28 CFR Parte 104, 2004, "Fondo del 11 de Setiembre". Ver, de manera general el Simposio, *After Disaster: The September 11th Compensation Fund and the Future of Civil Justice*, 53 DePaul L. Rev. 205, 2003.

⁶ Fondo del 11 de Setiembre, 28 CFR § 104.44.

En total, 2878 familias, alrededor del 97% de las elegibles, recibieron indemnizaciones del fondo, en montos que fluctuaron entre US\$250,000 la más baja y US\$7.1 millones la más alta; el promedio de monto indemnizatorio fue de aproximadamente US\$2.1 millones por familia.⁴ Ello demuestra la existencia de una variabilidad significativa entre los montos indemnizatorios. Sin embargo, esta se produjo en medio de un gran esfuerzo por crear supuestos límites máximos y mínimos, con una "base de referencia" para los descendientes solteros de US\$300,000 y un compromiso para permitir montos indemnizatorios mayores a \$3 millones solo en circunstancias inusuales⁵, los cuales han sido atacados por múltiples razones, incluyendo su variabilidad excesiva e insuficiente.⁶

Los montos indemnizatorios del 11 de setiembre reflejan una fuerte influencia del Derecho de la Responsabilidad Civil, el cual fue modificado simultáneamente. Pero en el Derecho estadounidense, las doctrinas sobre responsabilidad civil solo establecen uno de los dos conjuntos de normas para adjudicar un valor monetario a la muerte; el otro conjunto proviene de las regulaciones administrativas. Existen marcadas diferencias entre los dos cuerpos de leyes. Uno de nuestros objetivos del presente artículo es poner en contacto a ambas leyes.

Actualmente, numerosas regulaciones intentan reducir los riesgos estadísticos de muerte. En general, deben ir acompañadas⁷ por un análisis costo-beneficio, al menos si sus costos son altos. Para llevarlo a cabo, las agencias deben convertir las vidas humanas en equivalentes monetarios.⁸ Por ejemplo, la Agencia de Protección Ambiental (EPA) valora cada vida en una cifra uniforme, siendo la más reciente US\$6 millones.⁹

⁴ Ver: CHEN, David W., *After Weighing Value of Lives, 9/11 Fund Completes Its Task*. En: *New York Times A1* (16 de junio de 2004).

⁵ Ver: Fondo del 11 de Setiembre, 28 CFR §§ 104.41-43.

⁶ Ver: TUGEND, Alina, *Lives in the Balance*, Gov. Exec 50, 56, Setiembre 2003. Resulta la insatisfacción de muchas familias de las víctimas respecto de las indemnizaciones recibidas, citando pagos por montos menores a los declarados públicamente después de las compensaciones, e indemnizaciones inadecuadas para quienes recibían los ingresos más altos. CHEN, David W., *Mus Behind Sept. 11 Fund Describes Efforts as a Success, with Reservations*. En: *New York Times B3*, 1 de enero de 2004, indica que las familias de los difuntos habían decretado una versión anterior de las normas por ser mezquinas, mientras que el jefe del Fondo se quejaba de que algunas indemnizaciones eran excesivas.

⁷ Ver: BREYER, Stephen G. y Otros, *Administrative Law and Regulatory Policy: Problems, Text, and Cases*, 125-27, Aspen Sta. Edición, 2002, describe el Decreto Ejecutivo 12866 del Presidente Clinton, el cual exige que las agencias analicen tanto los costos y beneficios cuantitativos como cualitativos de cualquier norma nueva que pudiera introducirse.

⁸ Para un visión general del análisis regulatorio costo-beneficio, ver la Oficina de Administración y Presupuesto (OMB), la Circular A-4, *Análisis Regulatorio*, 17 de setiembre de 2003, en línea en: <http://www.whitehouse.gov/omb/circulars/a004/a-4.pdf>, visitado el 10 de febrero de 2005, "OMB Circular".

⁹ Ver: La Agencia de Protección Ambiental, Normas Nacionales de Agua Potable Primaria, el Anéxico y Aclaraciones al Cumplimiento del Monitoreo de los Contaminantes provenientes de Nuevas Fuentes, 66 Reglamento Federal 6976, 7012, 2001, Resolución Final. En su regulación del mes de julio de 2003 que norma las etiquetas de los alimentos respecto de los ácidos grasos trans, la Administración de Drogas y Alimentos utilizó un valor de vida estadístico (VSL) de \$6.5 millones. Ver en el Departamento de Salud y Servicios Humanos de EEUU, Etiqueta de los Alimentos: los Ácidos Grasos Trans en la Etiqueta de los Valores Nutricionales, Contenido Nutricional y Salud, 68 Reg Fed 41434, 41449, 2003, Regulación propuesta; en la regulación propuesta de fecha 13 de marzo de 2003, sobre los ingredientes sustitucionales y suplementos nutricionales, la misma agencia usó un VSL de \$5 millones. Ver el Departamento de Salud y Servicios Humanos de EEUU, Prácticas Actuales de Buena Manufactura en la Manufactura, Enpaque o Almacenamiento de los Ingredientes Nutricionales y Suplementos Nutricionales, 68 Reg Fed 12158, 12229, 2003, regulación propuesta.

Se ha sugerido cierta individualización en los años de vida estadísticas, una medida que obviamente genera un mayor grado de particularidad. Ver, la Circular OMB en 30 (citada en la nota 8). Más específicamente, los lineamientos de OMB sostienen: Otra forma que ha sido utilizada para expresar las reducciones de los riesgos de fatalidad es utilizar el método de esperanza de vida, el "valor vida-años estadístico (VSELY) extendido". Si una regulación protege a las personas cuya esperanza de vida promedio es de 40 años, la reducción de riesgo de fatalidad se expresa como "40 vida-años extendido". Aquellos que se encuentran a favor de este enfoque alternativo enfatizan que el valor de una vida estadística no es simplemente un número revelante para todas las situaciones. En particular, cuando existen diferencias significativas entre el efecto de la esperanza de vida para la población afectada por un riesgo de salud específico y las poblaciones analizadas en estudios sobre el mercado laboral, prefieren adoptar un

A través del Derecho de la Responsabilidad Civil, los tribunales establecen un conjunto de montos indemnizatorios específicos según los hechos que intentan indemnizar y detener los casos de homicidio culposo. Dichos montos resultantes son muy variables. Por ejemplo, los tribunales han otorgado recientemente a los demandantes con sentencias favorables unos cuantos miles de dólares como mínimo y como máximo decenas de millones de dólares.¹²

Si bien sus objetivos se superponen, las regulaciones administrativas y el Derecho de la Responsabilidad Civil se diferencian de manera dramática y enigmática. La diferencia más clara consiste en que el Derecho de la Responsabilidad Civil por lo general desconoce la pérdida de bienestar de la persona que ha fallecido; en cambio, la política reguladora trata dicha pérdida como su núcleo de atención central y exclusivo. Consideremos otras diferencias:

- El Derecho de la Responsabilidad Civil se centra directamente en la pérdida de los dependientes¹³; la política reguladora no presta atención alguna a dicha pérdida.¹⁴
- El Derecho de la Responsabilidad Civil convierte a la indemnización en una función de la pérdida de ingresos; la política reguladora no da importancia a la pérdida de ingresos.
- El Derecho de Daños utiliza cifras específicas en cada caso para evaluar los daños, estableciendo diferencias individuales cruciales; la política reguladora establece una cifra uniforme por vida salvada, la misma que no pone atención a diferencias individuales.
- El Derecho de la Responsabilidad Civil se centra directamente en el sufrimiento y en la angustia sentida por el difunto; la política reguladora ignora estos costos.
- El Derecho de la Responsabilidad Civil, por lo general, atribuye menor valor a los niños que a los adultos porque los sobrevivientes pierden menos, en términos económicos, cuando mueren niños; la política reguladora por lo general considera a los niños igual que a los adultos.¹⁵
- El Derecho de la Responsabilidad Civil considera a las víctimas extranjeras de responsabilidad civil de manera diferente a las estadounidenses, valorándolas menos implícitamente, debido al

enfoque VSLY para reflejar esas diferencias. Debería considerarse estimaciones tanto del VSL como del VSLY, reconociendo el estado de conocimiento en desarrollo en esta área.

La longevidad es solo una de las diversas consideraciones relevantes incluidas en la regulación. Debe tenerse en cuenta que las regulaciones con mayores cifras de vida-años extendidas no son necesariamente mejores que aquellas con cifras menores de vida-años extendidas. En cualquier caso, cuando usted presente estimados basados en el método VSLY, deberá adoptar un estimado mayor de VSLY para los ciudadanos de edad avanzada ya que los ciudadanos de edad avanzada presentan mayores riesgos de salud generales por todas las causas y pueden haber acumulado ahorros para gastarlos en su salud y seguridad.

La valoración de la reducción del riesgo de fatalidad es un área en evolución tanto en resultados como en metodología. En consecuencia, deberá utilizar los métodos de valoración que considere adecuados en circunstancias reguladoras, ya que es probable que los estimados VSL basados en literatura no sean completamente adecuados para el riesgo que estuviera siendo evaluado (por ejemplo, el uso de las primas de riesgo ocupacional para valorar las reducciones en los riesgos de peligros ambientales), deberá explicar su selección de estimados y cualquier ajuste de ellos para reflejar la naturaleza del riesgo que estuviera siendo evaluado. A su vez, se deberá presentar estimados basados en enfoques alternativos, y si atribuye un valor monetario a la reducción de riesgo de mortalidad, deberá hacerlo de manera consistente en la medida de lo posible.

Id (las citas internas han sido omitidas).

¹² Para ver ejemplos de variabilidad en la indemnizaciones por responsabilidad civil, ver la Tabla 1.

¹³ Para esta y otras afirmaciones sobre el derecho de responsabilidad civil, ver: DOBBS, Dan B., 2 *Dobbs Law of Remedies: Damages—Equity—Restitution* § 8.3(3) en 429, West 2da. Edición, 1993, "El principio de daños en las leyes sobre homicidio culposo es la pérdida económica para los sobrevivientes".

¹⁴ Ver, por ejemplo, la Circular OMB en 29-31 (citada en la nota 8), 66 Reg. Fed. en 6976-7001, citada en la nota 9, regulación sobre el arsénico, como base para todas las afirmaciones de esta sección sobre política reguladora.

¹⁵ El reciente foco de interés regulador en "vida-años estadísticos" valora a los niños más que a los adultos. Ver nota 121 y su texto adjunto.

respeto a las leyes locales, salvo que fallezcan en Estados Unidos de América, en cuyo caso se utilizan los valores de este país. Cuando las regulaciones afectan a las personas fuera del mismo, la política reguladora, por lo general, ignora a los extranjeros, considerando implícitamente que sus vidas no tienen valor alguno.

¿A qué se deben estas diferencias? Es tentador afirmar que la respuesta se encuentra en los objetivos en conflicto de los dos grupos de control. Mientras que el Derecho de la Responsabilidad Civil busca asegurar la indemnización, en particular para los miembros de la familia, la política reguladora está diseñada para producir niveles de riesgo óptimos. Este punto tiene algo de cierto. El Derecho de la Responsabilidad Civil se ha enfocado durante mucho tiempo en la indemnización de aquellos que aún viven –un punto central que obviamente lleva al desinterés en el difunto–, en lo que han perdido los demandantes, y un interés en un conjunto de indemnizaciones altamente individualizadas. Por el contrario, la política reguladora, la cual ha asignado valores monetarios a las vidas estadísticas por poco más de dos décadas, se interesa sobretudo en generar la señal disuasiva correcta; un interés que parece explicar el uso de una cifra única uniforme para valorar lo que más importa: la pérdida de la vida.

Pero, ante tantas diferencias, esta explicación es demasiado simple.¹⁴ El Derecho de la Responsabilidad Contractual debe y efectivamente logra disuadir e indemnizar; sin embargo, en los procesos de homicidio culposo produce una disuasión por más deficiente: algo está gravemente errado. En todo caso, el catálogo de diferencias genera muchas preguntas sobre la política reguladora incluso si está enfocada en la disuasión. Si el objetivo de la regulación administrativa es alcanzar niveles de riesgo óptimos, ¿deberían emplear los reguladores un valor uniforme por vida salvada?, ¿deberían ignorar el sufrimiento que sienten los dependientes y los que mueren?¹⁵

Para ambos cuerpos de leyes, un aspecto persuasivo consiste en cómo combinar la precisión con la capacidad de administración. Una cifra simple y uniforme, acompañada de exclusiones generales de valores, que son difíciles de calcular, podría ser lo más sencillo de administrar; la política reguladora por lo general adopta este enfoque.¹⁶ Asimismo, un esfuerzo por alcanzar mayor precisión podría

¹⁴ Retornamos a este tema en la Parte V.

¹⁵ Sería posible que ambos sean medidos por cifras para determinar el valor de una vida estándar; discutamos ese tema en la Parte III.B.

¹⁶ Las discusiones más explícitas sobre la alternativa primaria, valores variables de una vida estadística, surgió de la EPA. En su discusión del 2001 sobre los contaminantes tóxicos del aire, la EPA sostuvo que: "Existe un acuerdo general respecto de que el valor para un individuo de la reducción del riesgo de mortalidad puede variar en base a muchos factores, incluyendo la edad del individuo, el tipo de riesgo, el nivel de control que tiene el individuo sobre el riesgo, la actitud del individuo frente al riesgo, y el estado de salud del individuo".

No obstante, la agencia anunció, sin dar razones, que "prefiere no establecer diferencias entre el valor monetario asignado a las vidas salvadas con cuando difieran en edad, estado de salud, condición socioeconómica, género u otras características de la población adulta". *Id.*

Puede encontrarse una discusión extensa sobre temas relacionados en la propuesta de la EPA sobre el arsénico. Ver, Agencia de Protección Ambiental, Regulaciones Nacionales de Agua Potable Primaria; el Arsénico y Aclaraciones al Cumplimiento y Monitoreo de Contaminantes provenientes de Nuevas Fuentes, 65 Reg Fed 38388, 38945, 2000, regulación propuesta. La EPA indicó lo siguiente: "[L]as facturas que pueden influir en el estimado de los beneficios económicos asociados con las muertes por cáncer evitadas incluyen (1) una posible "prima de cáncer" (es decir, el valor o suma adicional que las personas están dispuestas a pagar para evitar las experiencias de temor, dolor y sufrimiento, y una cantidad de vida disminuida asociada a enfermedades relacionadas con el cáncer y finalmente la muerte); (2) la disposición de las personas para pagar más con el tiempo para evitar el riesgo de mortalidad conforme se incrementan sus ingresos; (3) una posible prima que las personas en general en contraste con los riesgos voluntarios asumidos; (4) el rechazo a un mayor riesgo por parte de la población en general en suavemente con los trabajadores en los estados de valoración salario-riesgo; (5) el "altruismo" o la disposición de las personas para pagar más para reducir el riesgo en otros sectores de la población; y (6) la consideración del estado de salud y los años de vida restantes al momento de producirse la muerte prematura".

Id. La EPA reconoció que estos factores "podrían incrementar significativamente el estimado de valor actual", pero indicó que "actualmente no existe un consenso claro entre los economistas sobre cómo analizar simultáneamente cada uno de estos ajustes

invitar al manejo de grupos de interés; una cifra uniforme brinda cierto grado de aislamiento contra las peticiones especiales. Pero si los objetivos son la indemnización plena y la disuasión óptima, entonces podría esperarse un alto grado de individualización, adaptando las sumas en dólares a circunstancias precisas de riesgos de mortalidad. Supongamos, por ejemplo, que ambos, reguladores y tribunales, contaran con "hedonímetros"¹⁷ capaces, sin costo alguno, de calcular la pérdida real o anticipada, para todos, ocasionada por cada muerte humana. Si hubieran hedonímetros disponibles, los tribunales podrían garantizar perfectamente una indemnización precisa y, tanto estos como los reguladores, podrían producir una disuasión óptima adaptada a las circunstancias individuales. Si los costos administrativos fueran cero, distintas agencias podrían ofrecer una amplia gama de valores para las vidas estadísticas, con sujeción a la limitación que los programas reguladores suelen aplicar a muchas personas de una sola vez; y los tribunales, centrados en los casos individuales, ofrecerían una gama aun más amplia de indemnizaciones en dólares en caso de homicidio culposo.

Debido a que los costos administrativos son altos (y, también, debido a las limitaciones políticas sobre la desigualdad¹⁸), una mayor uniformidad es inevitable; pero ¿cuánto? Uno de los aspectos más resaltantes del ejercicio comparativo es que las agencias optan por la uniformidad, mientras que los tribunales lo hacen por un alto nivel de individualización. Sin duda, esta diferencia es en parte el resultado del punto central *ex post* de los procesos de homicidio culposo y el punto central *ex ante* de la regulación. Pero sería más sorprendente si la diferencia radical, en este cargo, pudiera justificarse por perspectivas diferentes.

Creemos que cada cuerpo de leyes podría aprender mucho del otro.¹⁹ En particular, sugerimos cinco reformas a gran escala. Primero, las agencias deberían moverse en dirección de un enfoque más individualizado del Derecho de la Responsabilidad Civil; no deberían usar una cifra uniforme por vida salvada. Además, deberían considerar el dolor, el sufrimiento, la angustia²⁰, y la pérdida de los dependientes; estos cambios marcarían una diferencia dramática en la práctica administrativa, reemplazando el crudo esfuerzo actual por usar un valor único para las vidas estadísticas. Segundo, los tribunales deberían moverse en dirección a una regulación administrativa teniendo en cuenta la pérdida de bienestar del difunto, lo cual alteraría significativamente los casos de homicidio culposo produciendo recuperaciones mucho más altas en muchos supuestos. Tercero, las agencias deberían moverse hacia los tribunales incluyendo la angustia emocional y otras pérdidas de bienestar en las que incurren los dependientes. Si bien los tribunales no deberían ignorar las pérdidas de sustento para los dependientes (como lo hacen las agencias), deberían ofrecer entendimientos más exactos y minuciosos sobre las cifras relevantes. Estas variaciones ampliarían la estrechez de las regulaciones administrativas y

¹⁷ *No existen tampoco datos empíricos adecuados para sustentar los estimador cuantitativos definitivos para todos los factores de ajuste potencialmente significativos*. Id. Por ello, la EPA solicitó comentarios sobre estos temas e indicó que solicitaría a su Consejo de Asesoría Científica que lleve a cabo una revisión. Id.

¹⁸ Comparemoslo con la idea del hedonímetro, sugerida por F. Y. EDGEWORTH, *Mathematical Psychology: An Essay on the Application of Mathematics to the Moral Sciences* 191, C. Kegan Paul 1881, asumiendo en todo momento que la utilidad puede medirse científicamente con dicho dispositivo. Para aquellos que son escépticos a los enfoques utilitarios, sustituyamos el término "hedonímetros", basado en el concepto griego de *eudaimonia*, estableciendo un concepto más complejo de bienestar. Para una discusión sobre la *eudaimonia*, ver, de NEUSSBAUM, Martha C., *The Fragility of Goodness: Luck and Ethics in Greek Tragedy and Philosophy* 343–72, Cambridge 1986.

¹⁹ Ver la Parte V.A.

²⁰ Existe un tercer cuerpo de leyes relevante: las prohibiciones penales. Estas se superponen, en cierta medida, tanto con el derecho de la responsabilidad civil como con la regulación administrativa, diseñando un subconjunto de conducta por sanciones especiales. Al encargarse de los niveles de cumplimiento y las sanciones, incluso sería posible deducir un valor de la vida, o de los riesgos estadísticos, implícitos del derecho penal. De manera ideal, obviamente, los legisladores garantizarían que los tres cuerpos de leyes operen bien juntos, produciendo la señal disuasiva correcta. Para los fines de este artículo, no obstante, posemos de lado el derecho penal.

²¹ Sobre algunas de las complejidades mencionadas, ver: ADLER, Matthew D., *Fair Assessment: Cost-Benefit Analysis and the Pricing of Fair and Anxiety*, 79 *Chi Kent L. Rev.* 977, 2004.

promoverían cifras menos arbitrarias de los tribunales. Cuarto, tanto los tribunales como las agencias deberían cambiar su valoración de las muertes de niños considerando seriamente la pérdida de bienestar del niño, también teniendo en cuenta la posibilidad de compensar el comportamiento de los padres. Quinto, las agencias y los tribunales deberían evaluar los riesgos de mortalidad que se imponen sobre los extranjeros—tanto extranjeros residentes como extranjeros no residentes cuya mortalidad sea afectada por actividades nacionales—de manera consecuente con los objetivos diplomáticos de las ramas políticas.

Este artículo está organizado de la siguiente manera: la parte I muestra los antecedentes tanto del Derecho de la Responsabilidad Civil como de la política reguladora; la parte II discute la base teórica para valorar las vidas humanas; la parte III investiga una variedad de dificultades e implicancias metodológicas; la parte IV propone reformas al Derecho de la Responsabilidad Civil y a la Política Reguladora; la parte V explora la pregunta de por qué el Derecho de la Responsabilidad Civil y la Política Reguladora adoptan actualmente enfoques tan distintos para valorar la pérdida de la vida.

II. ANTECEDENTES

1. ¿Cómo valora el Derecho de la Responsabilidad Civil la pérdida de la vida?

En el Derecho común, las víctimas (es decir, sus herederos) y los dependientes no pueden recuperar los daños ocasionados por el homicidio culposo. Esto trajo como resultado que los tribunales no enfrentan el problema de calcular los daños por la pérdida de la vida. No obstante, en el siglo XIX muchos Estados promulgaron normas que establecían reparaciones, anteriores al homicidio culposo: establecían que los dependientes, incluyendo los cónyuges e hijos, podían recibir indemnizaciones por daños ocasionados por la pérdida de sustento. Las leyes de sobrevivencia establecían que los herederos de la víctima podían recibir indemnizaciones por daños ocasionados por determinadas pérdidas en las que incurría la víctima como resultado del daño, tales como gastos médicos y pérdida de ingresos entre la lesión y la muerte.²¹ Actualmente, la mayoría de los Estados tienen uno o ambos tipos de normas, o normas que combinan elementos de cada tipo. Asimismo, ha surgido numeroso Derecho común creado por la actividad judicial que puede llevarnos a este tipo de normas. Como una afirmación general, podría decirse que los tribunales ahora otorgan indemnizaciones por daños a cuenta de la muerte ocasionada por responsabilidad civil, pero la legislación varía ampliamente de acuerdo con la jurisdicción.²²

A pesar de las variaciones, existen temas comunes. Así, la mayoría de los tribunales otorgan indemnizaciones por daños "no económicos", es decir, indemnizaciones por daños ocasionados por el dolor y el sufrimiento en el que incurre la víctima como resultado del daño previo a la muerte, y también por la angustia y pérdida de compañía que sufren los dependientes o herederos.²³ En todos los Estados, los tribunales otorgan indemnizaciones por daños "económicos". En aquellos que utilizan la medida de "pérdida para los dependientes", se supone que estas indemnizaciones por daños satisfacen a los dependientes; prácticamente proporcionan el sustento que estos hubieran recibido si la víctima viviera. Este monto puede medirse como la pérdida de los aportes realizados por las víctimas para los dependientes (vivienda, alimentos, etc.), o, de manera más cruda, como los ingresos futuros menos los gastos de la víctima. En los Estados donde se emplea la medida de "pérdida de los herederos", se supone que las indemnizaciones

²¹ Ver DOBBS, 2 *Doubts Law of Remedies* § 8.3(1) en 423 (citado en la nota 11).

²² *Id.* § 8.3(1)-(5) en 421-45.

²³ *Id.* § 8.3(5) en 439-42. Existen razones para creer que los montos indemnizatorios presentan un alto grado de arbitrariedad. Ver, de manera general, LEEBROUN, David W., *Final Moments: Damages for Pain and Suffering Prior to Death*, 64 NYU L. Rev. 256, 1989, observando la gran variabilidad en los montos indemnizatorios por dolor y sufrimiento otorgados a demandantes en situaciones similares.

por daños se aproximan al patrimonio de la víctima si esta hubiese vivido una vida natural: ingresos futuros totales menos gastos de la víctima.²⁴

Nótese que las medidas económicas y no económicas no proporcionan una indemnización por la pérdida de la vida en sí; es decir, por la "pérdida del disfrute de la vida" por parte de la víctima, también conocida como indemnización por daños hedónicos. Los demandantes que entablan un juicio en representación de una víctima que no tiene ingresos futuros, que no tiene dependientes ni cónyuge, y que muere sin sentir dolor, normalmente deberían recibir una indemnización por daños equivalente a cero o suficiente solo para cubrir los gastos del funeral.²⁵ Esta amplia categoría de personas incluye a los ancianos que viven de sus ahorros y a las personas desempleadas o sin hogar. También incluye a quienes constituyen el sustento de un hogar, salvo que se asigne un valor implícito a los servicios domésticos. A su vez, incluye a los niños –al menos en los Estados donde se aplica la medida de "pérdida para los dependientes"– ya que estos no tienen dependientes que pierdan el sustento como resultado de su muerte.²⁶

Obviamente, este es un asunto meramente de Derecho formal; en la práctica, las indemnizaciones por daños por lo general se otorgan por la muerte de personas que no tienen ingresos y las indemnizaciones suelen superar la pérdida de ingresos. Esto se debe en parte a que las indemnizaciones por daños no económicos estarán disponibles en la mayoría de los supuestos, y también se debe a que los jurados cuentan con gran discrecionalidad para otorgar indemnizaciones en los casos de homicidio culposo y reciben poca orientación por parte de los tribunales, ya que estos utilizan la ficción para garantizar una reparación "razonable".²⁷ Pero si todo esto es cierto, entonces las indemnizaciones por daños ocasionados por homicidio culposo son altamente arbitrarias²⁸, y ciertamente esta es la sabiduría convencional²⁹, sustentada en nuestra propia evidencia, tal como se discute más adelante.³⁰

Solo cinco Estados permiten la indemnización por pérdida hedónica: Arkansas³¹,

²⁴ DOBBS, 2 *Dobbs Law of Remedies* § 8.3(4) en 436-38 (citado en la nota 11).

²⁵ Ver, por ejemplo, *McGowan contra Estate of Wright*, 524 S2d 308, Misa 1988, defendiendo un veredicto del jurado por el cual se otorgaba solo gastos de funeral a la enajenado cónyuge de un hombre que murió instantáneamente en un accidente automovilístico.

²⁶ En los estados donde se aplica la medida de "pérdida de los herederos", los ingresos futuros de un niño se calcularán y otorgarán a los padres o a los sucesores. Ver: DOBBS, 2 *Dobbs Law of Remedies* § 8.3(4) en 436 (citado en la nota 11).

²⁷ Por ejemplo, a los servicios domésticos del niño, los cuales en la mayoría de los hogares, y ciertamente en los hogares modernos de clase media son triviales, se les puede atribuir un valor alto. Id § 8.3(5) en 440.

²⁸ Incluso además de la confusión legal, los jurados no desempeñan una buena labor para atribuirle un valor monetario a las pérdidas cuando han sido establecidas sin una orientación clara para disciplinar sus sentencias, sumándose a la arbitrariedad de los montos de las indemnizaciones por daños. Ver: SCHKADE, David, SUNSTEIN, Cass R., y KAHNEMAN, Daniel. *Deliberating About Dollars: The Severity Shift*, 100 Colum L. Rev 1139, 1147-48, 2000, donde se explica que asignar un valor en dólares sin un estándar para orientar las indemnizaciones implica una gran variación en las compensaciones determinadas por un jurado.

²⁹ Ver, por ejemplo, de BALDUS, David, MACQUEEN, John C., y WOODWORTH George. *Improving Judicial Oversight of Jury Damages Assessments: A Proposal for the Cooperative Adversary-Remittitur Review of Awards for Nonpecuniary Harms and Punitive Damages*, 80 Iowa L. Rev 1109, 1116, 1995, donde se discuten artículos anteriores que han considerado la variabilidad en las determinaciones de los daños.

³⁰ Ver Tabla 1.

³¹ Ver *Duchon contra Marberry*, 356 Ark 481, 156 SW3d 242, 2004, donde se permite la recuperación por pérdida hedónica bajo una modificación ambigua del 2001 a la norma de soberanía de Arkansas. Ark Code Ann § 16-62-101(b) Michu 1987, la cual establece que "los herederos de un difunto pueden ser compensados por la pérdida de la vida por parte del difunto como un elemento independiente de la indemnización por daños".

Connecticut³², Hawaii³³, New Hampshire³⁴ y Nuevo México.³⁵ Como aspecto teórico, los demandantes en dichos Estados pueden recibir indemnizaciones por daños resultantes del homicidio culposo de personas que no tienen ingresos y que de lo contrario no tendrían derecho a indemnizaciones por daños no económicos. No obstante, las normas y opiniones judiciales en estos Estados no explican la metodología y los jueces, por lo general, dejan el cálculo al jurado con poca supervisión.³⁶ En algunos casos, los tribunales parecen malinterpretar la naturaleza de la pérdida hedónica, por ejemplo, confundiéndola con la pérdida de ingresos.³⁷

Como resultado final, es excepcionalmente difícil predecir, en la práctica, lo que constituirán daños por homicidio culposo en un caso en particular. No obstante, los datos del veredicto y de la resolución pueden utilizarse para tener una imagen a grandes rasgos. Examinamos dos conjuntos de datos: (1) un conjunto de datos de un Veredicto del Jurado y Resoluciones no científicos (JVS) que proporciona amplia información sobre las características de los casos³⁸; y, (2) un conjunto de datos de Análisis de Justicia Civil (CJS) más científico que contiene poca información sobre las características de los casos y no aísla los daños ocasionados por la muerte.³⁹ Modificamos el

³² Ver *Katzen contra Nolan*, 170 Conn 637, 368 A2d 172, 184, 1976, donde se rechaza el argumento por el cual solo la capacidad de ganancia del difunto debería considerarse para calcular la indemnización por daños ya que se ignora a la pérdida hedónica; *Chase contra Fitzgerald*, 132 Conn 461, 45 A2d 789, 793, 1946, resultando que los daños resultantes de la muerte deberían incluir la destrucción de la capacidad del difunto de la vida.

³³ Ver *Monteño contra Lopez*, 77 Hawaii 282, 884 P2d 345, 364, 1994, donde se establece que los "indiscutiblemente, los daños hedónicos son recuperables" en Hawaii.

³⁴ Ver *Marcotte contra Timberlane/Hawputead School District*, 143 NH 331, 733 A2d 394, 405, 1999, se sostiene que los daños hedónicos son recuperables como un "elemento separado de daños conforme a la norma de homicidio culposo".

³⁵ Ver N.M. Stat Ann § 41-2-1, Michlo 1978, "Cuando la muerte de una persona sea ocasionado por un acto culposo, negligente o un incumplimiento de otra persona (...) la persona o la entidad que hubiese sido responsable, si no se hubiera producido la muerte, será responsable en una acción de indemnización por daños". Ver también *Smith contra Ingersoll-Rand Co*, 214 F3d 1235, 1244, 11mo. Cir 2009, "La indemnización por daños hedónicos está permitida de manera explícita por las leyes de Nuevo México".

Mississippi permitió brevemente la indemnización por pérdidas hedónicas en los casos de homicidio culposo, pero el caso en el que aprobó dicha indemnización, *Choctaw Maid Farms, Inc. contra Hailey*, 822 S2d 911, Miss 2002, fue invalidado por ley. Ver el Código de Mississippi § 11-1-69, Lexis Supp 2004, "No debe existir reparación alguna por la pérdida del disfrute de la vida como un elemento separado de daños aparte de los daños ocasionados por el dolor y el sufrimiento". Ver también de Brendan I. Kooser, *What's Your Happiness Worth?*, Legal Aff 38, Enero-Febrero de 2004, resultando las leyes de Mississippi que prohíben la indemnización por daños hedónicos en los casos de homicidio culposo. Las pérdidas hedónicas también pueden permitirse en los casos de derechos civiles federales que involucran el homicidio culposo. Ver *Frye contra Town of Akron*, 759 F Supp 1320, 1325-26, ND Ind 1991, "Los demandantes en este caso piden pretender adecuadamente como un elemento de los daños la pérdida del disfrute de la vida por parte del difunto". *Sherrill contra Berry*, 629 F Supp 159, 163-64, ND Ill 1985, donde se resuelve que el testimonio pericial sobre el valor hedónico de la vida fue admitido adecuadamente, revocado en base a otros argumentos, 856 F2d 802 (Tmo. Cir 1988) No obstante, aún no está claro si otros circuitos el sentido del Séptimo Circuito en este tema. Ver *Westcott contra Crislow*, 133 F3d 658, 660-61, 8vo. Cir 1998, donde se sostiene que una instrucción por separado del jurado para establecer los daños hedónicos es innecesaria ya que no constituye una categoría de daños separada.

³⁶ Ver de Dobbs, 2 *Dobbs Law of Remedies* § 8.3(5) un 445 (citado en la nota 11) (donde se resalta que es difícil para los tribunales revisar de manera estricta las indemnizaciones establecidas por los jurados cuando no existe un estándar en base al cual revisarlas).

³⁷ Lloyd Cohen cita, como ejemplo, *Lergel contra New Haven Gas Light Co*, 142 Conn 70, 111 A2d 547, 551 (1955), donde el tribunal revocó una indemnización de \$60,000 porque la pérdida de ingresos del difunto no la justificaba; el tribunal no mencionó la pérdida hedónica. LLOYD, Cohen, *Toward an Economic Theory of the Measurement of Damages in a Wrongful Death Action*, 34 *Emory L. J* 295, 307, 1985.

³⁸ Los datos han sido tomados de la base de datos combinada de Veredictos y Resoluciones del Jurado en Lexis. Este conjunto de datos parece haberse generado a partir de diversos servicios de reposición de veredictos y resoluciones locales, cuyos métodos de selección no han sido revelados. Así, es inseguro asumir que los datos se generan al azar, y ciertamente Lexis declara de manera explícita que sí lo son. Puede accederse a la base de datos de Lexis en línea yendo a Legal > Area of Law—By Topic > Torts > Jury Verdicts > Jury Verdicts and Settlements, Combined.

³⁹ Ver Departamento de Justicia de EEUU, Dirección de Estadísticas de Justicia, *Civil Justice Survey of State Courts*, 2001, en línea en: <http://webapp.icjper.umich.edu/cocoon/NACJD-STUDY/03957.xml>, visitado el 10 de febrero de 2005. La página web contiene información sobre los veredictos y resoluciones de juicios sobre responsabilidad civil entre enero y diciembre del 2001 de los sesenta

conjunto JVS, descartando los casos con más de cuatro años de antigüedad y que no involucraban homicidio culposo.⁴⁰ Modificamos el conjunto de datos CJS descartando los casos que no involucraban homicidio culposo.

La Tabla 1 muestra algunos ejemplos extraídos del conjunto de datos JVS; estos ejemplos no son al azar, sino que se seleccionaron para mostrar la variedad de resultados en el mundo real. Tomamos la indemnización original y luego deducimos los montos que parecían reflejar daños punitivos, daños ocasionados por el dolor y sufrimiento de la víctima antes de la muerte, gastos médicos, gastos de funeral y otros similares, para aislar la valoración implícita de la pérdida de la vida en sí. Así, el resto son principalmente pérdidas económicas y no económicas, de los dependientes después de la muerte.⁴¹

Tabla 1
Valores de la Vida en casos de Responsabilidad Civil

Caso	Estado	Año	Hechos	Monto indemnizatorio*
<i>Sackelwhite contra San Bernardino City Unified School District</i>	Cal	2002	Accidente en el patio de recreo de la escuela (víctima de 11 años)	US\$ 500,000
<i>Barnes contra West Valley School District</i>	Wash	2003	Accidente del ómnibus de la escuela (víctima de 3 años)	US\$ 1.8 millones
<i>Neyelak contra Twin Laboratories, Inc.</i>	Tex	2003	Responsabilidad civil del fabricante (medicamentos)	US\$ 2 millones
<i>Brown contra CH Franciscan Health Laboratories, Inc.</i>	Wa	2003	Negligencia médica (entrada del laboratorio)	US\$ 600,000
<i>Coak contra Newman</i>	Mo	2002	Negligencia médica	US\$ 3 millones
<i>Chapman contra Oakland Parkville, Inc.</i>	Tenn	2002	Violencia policial	US\$ 4.4 millones
<i>Adams contra Andrews</i>	Ohio	2002	Negligencia médica (víctima de 9 meses)	US\$ 7.5 millones
<i>Brown contra LaFontaine-Bish Medical Associates</i>	NV	2003	Negligencia médica (anestesia)	US\$ 365,000
<i>Tangler contra Professor Oakland, Inc.</i>	Ill	2004	Accidente automovilístico	US\$ 11.2 millones ⁴²

* Información explícita de la pérdida de la vida misma, en base a los cálculos del autor.

y cinco ciudades más grandes de Estados Unidos de Norteamérica. Estos datos fueron generados al azar. Para un reporte de los datos, ver COBBIN, Thomas H. y SMITH, Steven K., *Civil Trial Cases and Verdicts in Large Counties, 2007*, Boletín de la Dirección de Estadísticas de Justicia, Abril 2004, en línea en: <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/pub/pdf/cvcl01.pdf>, visitado el 10 de febrero de 2005. Lamentablemente, los datos no contienen información sobre el monto de la indemnización atribuible a la muerte y todo lo que podemos hacer es reportar el monto de la indemnización por daños y perjuicios que se ordenó en los casos de homicidio culposo (la cual tenderá a ser alta, ya que incluye los gastos médicos, daños a la propiedad, el dolor y sufrimiento, etc.).

⁴⁰ Encargamos a un asistente de investigación que recolectara los datos más recientes disponibles que garantizaran una amplia declaración sobre las edades de los difuntos. El conjunto de datos resultante tiene noventa y siete casos, y se encuentra disponible a través de los autores.

⁴¹ Por ejemplo, el monto indemnizatorio en el caso *Coak contra Newman* (quinta fila de la Tabla 1) fue de US\$ 8 millones. El conjunto de datos desglosa el monto indemnizatorio de la siguiente manera: US\$ 717,836.31 por daños económicos pasados; US\$ 4,282,113.69 por daños no económicos pasados; US\$ 3 millones por daños económicos futuros. Asumimos que la primera cifra se refiere a los costos médicos y la segunda al dolor y al sufrimiento previos a la muerte. Así, US\$ 3 millones—presumiblemente en base a la pérdida de ingresos—es la valoración implícita de la vida. Cuando el monto indemnizatorio no es desglosado, reportamos el monto total, el cual prácticamente sobrestima la valoración implícita de la vida.

⁴² El conductor había consumido drogas; sospechamos que en este caso, como en otros casos con indemnizaciones altas, los daños incluyen un elemento punitivo, a pesar de que no se clasificaron como tales.

Caso	Estado	Año	Hechos	Monto indemnizatorio*
<i>Smith contra Arizona</i>	Tex.	2003	Venta de bebida alcohólica (víctima de 9 años)	US\$ 276,000
<i>Warner contra Wierzbicki</i>	Cal.	2003	Error policial (víctima de 18 años)	US\$ 2.1 millones
<i>Winters contra Lipton</i>	NY	2003	Negligencia médica	US\$ 15 millones
<i>Davis contra Jones</i>	Tex.	2003	Muerte de hombre en incendio causado por negligencia	US\$ 506,000
<i>Oyala contra Drogaplast</i>	Tex.	2002	Negligencia médica	US\$ 1 millón
<i>Riley contra Givens</i>	Fla.	2002	Negligencia médica	US\$ 750,000
<i>Tipp contra Dow Chemical Co.</i>	Tex.	2005	Centro de trabajo (asbesto)	US\$ 9.5 millones
<i>Dowback contra Kabach</i>	Wis.	2004	Negligencia médica	US\$ 198,500
<i>Stobers contra St. Francis Medical Center</i>	Conn.	2001	Negligencia médica	US\$ 7.8 millones
<i>Ebel contra Berkowitz</i>	Pa.	2003	Negligencia médica	US\$ 2.9 millones
<i>Eppe contra Merit Health Corp of Southwestern PA</i>	Pa.	2003	Negligencia médica	US\$ 125,000
<i>Roberts contra Harris</i>	DC	2003	Accidente automovilístico (víctima de 81 años)	US\$ 1.75 millones
<i>Mendola contra Wilowski</i>	NY	2002	Accidente vía férrea-automóvil (víctima de 77 años)	US\$ 10,000 ⁴³

* Valoración implícita de la pérdida de la vida misma, en base a los cálculos del autor.

En el conjunto de datos JVS, la indemnización promedio por la pérdida de la vida—entiéndase, por lo general, como pérdida de ingresos para los dependientes o herederos o angustia mental para los dependientes—fue de US\$ 3.1 millones, y la mediana fue de US\$ 1.1 millones.⁴⁴ Ello coincide con las conclusiones del conjunto de datos CJS, en el que el promedio fue de alrededor de US\$ 3759,000 y la mediana fue de US\$ 961,000 en una muestra de casos desde el 2001.⁴⁵ Así, el conjunto de datos CJS sugiere que el conjunto de datos JVS podría ser razonablemente confiable.⁴⁶ En todo caso, parece bastante claro que cuando se excluyen los valores atípicos, el sistema de responsabilidad civil por lo general valora las vidas por debajo de los US\$ 3 millones y, la mitad de las veces, por debajo de US\$ 1 millón.⁴⁷ Sospechamos que los montos reales son un poco más bajos; la evidencia sugiere que los

⁴³ En este caso, el tribunal detalló los montos de los daños correspondientes a perjuicios específicos, incluyendo US\$ 10,000 atribuidos a la "pérdida de aporte pecuniario" sin otra explicación.

⁴⁴ Estas cifras se calcularon a partir del conjunto de datos JVS. Ver nota 34.

⁴⁵ Ver COHEN y SMITH, *Civil Trial Cases and Verdicts* en 10 (citado en la nota 39).

⁴⁶ Jury Verdict Research, Inc. (JVR) creó otro conjunto de datos, el cual sustenta, o parece sustentar, la confiabilidad del conjunto de datos JVS. Ver Jury Verdict Research, *Current Award Trends in Personal Injury* (LRP 433 ed 2004). Este conjunto de datos muestra las siguientes estadísticas para las indemnizaciones otorgadas por los jurados en el 2002 (no transacciones extrajudiciales): mediana de US\$ 1.6 millones; promedio US\$ 4.7 millones; la más baja US\$ 1,809; la más alta US\$ 100 millones. Id. en 6. Nótese que estas indemnizaciones incluían elementos (para nosotros) irrelevantes como daños punitivos. Ver también las cifras de W. Kip Viscusi, generadas a partir de un conjunto de datos JVR anterior, el cual muestra el mismo patrón. VISCUSI, W. Kip, *Reforming Products Liability* 95–99, Harvard, 1991.

⁴⁷ Debemos destacar el problema de los efectos de la selección. Es más probable que las partes solucionen extrajudicialmente los casos que podrían generar indemnizaciones altas ya sea por el rechazo al riesgo o por los costos del proceso probablemente más

montos indemnizatorios por lo general bajan durante la etapa post-veredicto.⁶⁶ La variación considerable en ambos conjuntos de datos también sustenta el conocimiento convencional de que las indemnizaciones por daños presentan cierto grado de arbitrariedad; es decir, no están estrechamente vinculadas a las preocupaciones subyacentes del sistema de responsabilidad civil, y son erráticas e impredecibles.⁶⁷

En consecuencia, surgen dos aspectos de los casos de homicidio culposo: el primero es que, en principio, la ley emplea un enfoque altamente individualizado, que reconozca una amplia variedad de factores que influyen en el grado de pérdida por parte de los dependientes; el segundo consiste en que, en la práctica, los montos indemnizatorios reales por la pérdida de la vida normalmente se encuentran por debajo de los US\$ 3 millones y se caracterizan por una gran variabilidad.⁶⁸

2. ¿Cómo valora la pérdida de la vida la política reguladora?

Como hemos indicado, las agencias ahora asignan valores monetarios a las vidas humanas. La práctica es reciente, habiéndolo sido sistematizada solo como resultado de un Decreto Ejecutivo a partir de 1981.⁶⁹ Por un periodo, las cifras de la institución fueron alta e inexplicablemente variables.⁷⁰ No obstante, con algunas excepciones, la mayoría de las agencias reguladoras han coincidido ahora en un rango estrecho para la valoración de la vida: entre US\$ 5 y US\$ 6.5 millones. Consideremos la Tabla 2, que muestra las valoraciones de las agencias en los últimos años:

altos en casos con mucho en juego. Ver POLINSKY, Mitchell, *Are Punitive Damages Really Insignificant, Predictable, and Rational? A Comment on Eisenberg et al.*, 26 J. Legal Stud. 663, 668, 1997. Para asegurarse, los datos sobre los veredictos y transacciones extrajudiciales incluyen las transacciones, y estas son más bajas que los veredictos; no obstante, ello puede reflejar el riesgo de perder del demandante, un riesgo que no existe en los veredictos. Así, todo ello significa, para los fines de nuestro análisis, que existe una amplia variabilidad inexplicable en los casos: si un monto alto, X, constituye el nivel "real" de daños ocasionados por la pérdida de la vida, entonces ¿por qué existen tantos veredictos mucho más bajos?

⁶⁶ Ver, por ejemplo, VIDMAR, Neil, GROSS, Felicia, y ROSE, Mary, *Jury Awards for Medical Malpractice and Post-Verdict Adjustments of Those Awards*, 48 DePaul L. Rev. 285, 286-95, 1998, donde se encontraron reducciones de alrededor del 7% a 40% en diferentes jurisdicciones; de Ivy E. Broder, *Characteristics of Million Dollar Awards: Jury Verdicts and Final Disbursements*, 11 *System of Justice J* 349, 353-54 y tabla 2, 1986, indica que los demandantes finalmente recibieron alrededor del 70% del veredicto originalmente dictado y los veredictos en total se redujeron en 57%.

⁶⁷ La desviación estándar en el conjunto de datos JVS es de US\$ 6.1 millones, con un mínimo de US\$ 0 y un máximo de US\$ 50 millones. A pesar de no conocer los criterios de selección de este conjunto de datos, encontramos que es difícil creer que los datos fueron seleccionados debido a su variabilidad, de modo que la variabilidad puede ser confiable (o simplemente refleja las brechas e inexactitudes en los datos, por ejemplo, tratar a los daños punitivos como si constituyeran daños por pérdida económica). En el conjunto de datos CJS, la desviación estándar es de US\$ 11.7 millones, con un mínimo de US\$ 705 y un máximo de US\$ 120 millones, de acuerdo con nuestros propios cálculos.

⁶⁸ Si bien estos cálculos pueden ser objetados, el conjunto de datos JVS no es una muestra al azar, y el conjunto de datos CJS no cuenta con información directa sobre las valoraciones de la vida, son consistentes con su trabajo en otras áreas. Por ejemplo, Viscusi encontró una variabilidad similar en las indemnizaciones por daños no económicos (incluyendo los daños por la muerte) en casos de responsabilidad civil del fabricante. Ver: VISCUSI, *Reforming Products Liability* en 99-107 (citado en la nota 46), resultando que la inconsistencia de las indemnizaciones otorgadas por el dolor y sufrimiento se deba probablemente a la falta de criterios de orientación.

⁶⁹ Decreto Ejecutivo 12291, 3 CFR, 1981 Comp. 127-34, 17 de febrero de 1981, donde se ordena el uso de un análisis costo-beneficio por parte de las agencias reguladoras. Para una discusión sobre los orígenes del equilibrio costo-beneficio en las regulaciones federales, ver de PILDES, Richard H. y SUNSTEIN, Cass R., *Reinventing the Regulatory State*, 62 U. Chi. L. Rev. 1, 3-7 (1995) (describe el paso y efectos desde los Decretos Ejecutivos 12291 y 12498 del Presidente Reagan y el Decreto Ejecutivo 12866 del Presidente Clinton, todos los cuales pusieron mayor énfasis en el compromiso respecto del análisis costo-beneficio).

⁷⁰ Ver de ADLER, Matthew D. y POSNER, Eric A., *Implementing Cost-Benefit Analysis When Preferences Are Distorted*, 29 J. Legal Stud. 1105, 1142, 1146 tabla A1, 2000, donde se resalta que debido a que las agencias no están limitadas en su opción de tasas de descuento y valoraciones de la vida, el valor de las vidas salvadas empleado en los análisis costo-beneficio es impredecible.

Agencia	Regulación y Fecha	Valor de la Vida Estadística
Departamento de Transporte/Administración Federal de Seguridad de Transporte Motorizado	Requisitos de Seguridad para los Operadores de Vehículos Motorizados Comerciales Pequeños para el Transporte de Pasajeros Utilizados en el Comercio Interestatal, 68 Reg Fed 47860, 47869 (2003) (regulación final)	US\$ 3 millones
Departamento de Salud y Servicios Humanos/Administración de Drogas y Alimentos	Etiquetas de los Alimentos: Los Ácidos Grasos Trans en las Etiquetas de Nutrición, Contenido Nutricional, y Salud, 68 Reg Fed 41434, 41-489 (2003) (regulación final)	US\$ 6.5 millones
Departamento de Agricultura/Servicio de Seguridad e Inspección de los Alimentos	Control de Listeria monocytogenes en los Productos Avícolas y Vacunos Preparados, 68 Reg Fed 34208, 34222 (2003) (regulación final provisional)	US\$ 4.8 millones
Departamento de Salud y Servicios Humanos/Administración de Drogas y Alimentos	Requisitos de Etiquetado de Fármacos Antibacterianos Sistémicos Destinados al Uso Humano, 68 Reg Fed 6062, 6076 (2003) (regulación final)	US\$ 5 millones
Oficina de Gestión y Presupuesto	Informe Preliminar 2003 para el Congreso sobre los Costos y Beneficios de las Regulaciones Federales, 68 Reg Fed 5492, 5499 tabla T (2003) (comunicación y solicitud de comentarios)	US\$ 3 millones
Agencia de Protección Ambiental	Control de Emisiones de Motores Grandes de Ignición-Chispa No Torrescales, y Motores Recreacionales (Marinos y Terrestres), 67 Reg Fed 68242, 68327 n.94 (2002) (regulación final)	US\$ 6 millones
Agencia de Protección Ambiental	Normas Nacionales de Agua Potable Primaria, el Anéxico y Aclaraciones sobre el Cumplimiento y el Monitoreo de Contaminantes Posteriores de Nuevas Fuentes, 66 Reg Fed 6876, 7012 (2001) (regulación final)	US\$ 6.1 millones
Agencia de Protección Ambiental	Control de la Contaminación del Aire por Vehículos Motorizados Nuevos: Motores de Carga Pesada y Estándares de Vehículos y Requisitos de Control de Análisis de Combustible Diesel en Carreteras, 66 Reg Fed 5002, 5103 (2001) (regulación final)	US\$ 6 millones
Agencia de Protección Ambiental	Control de la Contaminación del Aire por Vehículos Motorizados Nuevos: Estándares Tier 2 de Emisiones de Vehículos Motorizados y Requisitos de Control de Análisis de Combustible Diesel, 65 Reg Fed 6698, 6784 (2000) (regulación final)	US\$ 5.9 millones
Agencia de Protección Ambiental	Conclusiones de Impacto: Contribución y Elaboración de Regalaciones sobre la Sección 125 Solicitudes para Reducir el Transporte de Oso Interstatal, 65 Reg Fed 2674, 2721 (2000) (final rule)	US\$ 5.9 millones
Agencia de Protección Ambiental	Estándares Finales para los Contaminantes Tóxicos del Aire por Combustores de Desochos Tóxicos, 64 Reg Fed 52828, 53001 (1999) (regulación final)	US\$ 5.6 millones
Agencia de Protección Ambiental	Normas Nacionales de Agua Potable Primaria: Desinfectantes y Derivados de Desinfección, 63 Reg Fed 69390, 69440 (1998) (regulación final)	US\$ 5.6 millones
Departamento de Transporte/Administración de Aviación Federal	Requisitos de Responsabilidad Financiera para las Actividades de Lanzamiento Aerodinámico, 63 Reg Fed 45592, 45604 (1998) (regulación final)	US\$ 3 millones
Departamento de Salud y Servicios Humanos/Administración de Drogas y Alimentos	Estándares de Calidad de la Mariguana, 62 Reg Fed 55852, 55970 (1997) (regulación final)	US\$ 5 millones
Departamento de Salud y Servicios Humanos/Administración de Drogas y Alimentos	Regulaciones que Restringen la Venta y Distribución de Cigarrillos y Tabaco sin humo para Proteger a los Niños y Adolescentes, 61 Reg Fed 44396, 44576 (1996) (regulación final)	US\$ 2.5 millones
Departamento de Agricultura/Servicio de Seguridad e Inspección de los Alimentos	Reducción de Agencias Pequeñas, Sistemas de Análisis de Peligro y Punto de Control Crítico (HACCP), 61 Reg Fed 38806, 38963 (1996) (regulación final con solicitud de comentarios)	US\$ 2.2-7.6 millones
Departamento de Transporte/Administración de Aviación Federal	Uso de Simulador de Vuelo de Aerospacia en el Entrenamiento, Evaluación y Supervisión de Pilotos en los Centros de Entrenamiento, 61 Reg Fed 34508, 34546 (1996) (regulación final)	US\$ 2.7 millones
Comisión de Seguridad de los Productos para el Consumidor	Requisitos para el Etiquetado de las Contenedores de Carbono Al por Mover, 61 Reg Fed 19818, 19825 (1996) (regulación final)	US\$ 5 millones
Comisión de Seguridad de los Productos para el Consumidor	Dispositivos Grandes de Fuego Artificiales de Tubo Múltiple, 61 Reg Fed 13084, 13094 (1996) (regulación final)	US\$ 4.5-8 millones

Es razonable imaginar la fuente de estas cifras; ¿cómo es posible que las agencias asignen valores en dólares a las vidas humanas? Las cifras actuales surgen de numerosos estudios sobre el comportamiento en el mundo real, en el que los trabajadores y los consumidores reciben una compensación cuando se encuentran sujetos a riesgos de muerte.²³ Si los empleadores o las compañías están imponiendo riesgos sobre las personas con las que están tratando —mediante, por ejemplo, maquinaria más peligrosa o autos menos seguros— probablemente tendrán que pagar a las personas para convencerlas de que acepten esos riesgos. En el centro de trabajo, y en los bienes para el consumidor, la seguridad adicional tiene un “precio”: la evidencia del mercado, que involucra la compensación que las personas realmente reciben, se investiga para identificar dicho precio.²⁴ Las valoraciones por parte de las agencias son, en gran medida, producto de los estudios de los riesgos en el centro de trabajo, intentando determinar cuánto se paga a los trabajadores por asumir peligros de mortalidad.²⁵ Los riesgos relevantes suelen encontrarse en un rango general de 1/10,000 a 1/100,000.²⁶ El cálculo del valor de una vida estadística (VSL) es un producto de aritmética simple.

Supongamos, por ejemplo, que los trabajadores deben recibir un pago de US\$ 600, en promedio, para eliminar un riesgo de 1/10,000. De ser así, se afirmaría que el valor de una vida estadística sería de US\$ 6 millones. De los estudios de valoración contingentes surge información adicional, preguntando a las personas cuánto estarían dispuestas a pagar para reducir los riesgos estadísticos de muerte.²⁷ Sin embargo, dichos estudios no son el fundamento de las políticas de las agencias en el campo de los riesgos de mortalidad, aparentemente en base a la teoría de que la evidencia en el mundo real es más confiable.²⁸

Cabe resaltar numerosos aspectos de la práctica de las agencias, comparándola con los procesos de homicidio culpable. El más obvio consiste en que las agencias establecen una cifra uniforme; no realizan esfuerzo alguno por individualizar, a pesar de que una mayor individualización no sería difícil. Asimismo, las agencias emplean un valor (promedio) más alto para la pérdida de la vida por parte de la víctima, pero no atribuyen valor alguno a las pérdidas de los cónyuges, amigos y otros que sufren una pérdida de bienestar, económica o de otro tipo. El uso de cifras uniformes y la negativa a realizar investigaciones que conllevarían una menor uniformidad o que serían difíciles

²³ Ver VISCUSI, *Reforming Products Liability* en 108 (citado en la nota 46), “El obrero promedio recibe un monto extra de \$300-600 en su salario cada año por encontrarse expuesto a un riesgo de fatalidad promedio de una probabilidad en 10,000”.

²⁴ Una perspectiva valiosa e integral se puede encontrar en el trabajo de VISCUSI, W. Kip y ALDY, Joseph E., *The Value of a Statistical Life: A Critical Review of Market Estimates Throughout the World*, 27 *J Risk & Uncertainty* 5, 2003, donde se describe la metodología básica de los estudios del Mercado de trabajo y el uso de dichos estudios en la política pública.

²⁵ Para una discusión, ver VISCUSI, W. Kip, *Fatal Tradeoffs: Public and Private Responsibilities for Risk* 51-67, Oxford 1992, describe diversos estudios sobre el mercado de trabajo que han sido utilizados en el pasado para determinar los valores de los riesgos para los trabajadores.

²⁶ Ver de VISCUSI, W. Kip, *The Value of Life: Estimates with Risks by Occupation and Industry*, 42 *Econ Inquiry* 29, 33 tabla 1, 2004, donde se muestra los riesgos de fatalidad en rangos entre 1/100,000 a 45/100,000.

²⁷ Ver, por ejemplo, HAMMITT, James y LIU, Jin-Tsu, *Effects of Disease Type and Latency on the Value of Mortality Risk*, 28 *J Risk & Uncertainty* 73, 82-83, 2004, describe un estudio sobre la disposición para pagar precios más altos por bienes de consumo y agua para evitar riesgos de enfermedades degenerativas; BATEMAN, Ian J. and WILLIS, Kenneth G., eds, *Valuing Environmental Preferences: Theory and Practice of the Contingent Valuation Method in the US, EU, and Developing Countries*, Oxford 1999, donde se discute sobre estudios de valoración contingente de los bienes ambientales; TOLLEY, George, KENKEL, Donald, y FABIAN, Robert, eds, *Valuing Health for Policy: An Economic Approach*, Chicago 1994, se discute sobre los estudios de valoración contingente de las enfermedades y la salud; Nota, “Ask a Silly Question (. . .)”, *Contingent Valuation of Natural Resource Damages*, 105 *Harv L Rev* 1981, 1982-84 (1992) (describe la naturaleza de los estudios de valoración contingente y presenta algunos ejemplos de su uso por parte del Departamento del Interior y la Administración Nacional Oceánica y Atmosférica).

²⁸ Para una crítica sobre la valoración contingente, ver DIAMOND, Peter A. y HAUSMAN, Jerry A., *Contingent Valuations: Is Some Number Better Than No Number?*, 83 *Econ Perspectives* 45, 49-52, Otoño 1994, ataca la precisión de los estudios de valoración contingente en los bienes ambientales, indicando que los resultados de dichos estudios son altamente sensibles al diseño del estudio.

de administrar, no son extraños debido a que la valoración reguladora es reciente. De manera más exacta y compleja, se supone que las valoraciones podrían seguir un período inicial en el que la asignación de alguna cifra para las vidas estadísticas podría afianzarse. Pero estos puntos generan preguntas teóricas respecto de la práctica judicial y administrativa.

3. Una comparación: El Fondo de Compensación para las víctimas del 11 de setiembre

Como mencionamos en la parte introductoria, el Fondo del 11 de Setiembre estuvo influenciado por principios de responsabilidad civil y es útil para comparar los montos indemnizatorios otorgados a los dependientes de las víctimas fallecidas en los ataques de dicha fecha, tanto para las indemnizaciones de responsabilidad civil por homicidio culposo como para las valoraciones de la vida por parte de las agencias. La Tabla 3 muestra la comparación.

TABLA 3
Responsabilidad Civil, el Fondo del 11 de Setiembre y las Valoraciones de la Vida por parte de las Agencias

Sistema	Promedio	Mediana	Mínimo	Máximo	Desviación Estándar
Responsabilidad Civil	US\$ 3.4 millones	US\$ 961,000	US\$ 0	US\$ 50 millones	US\$ 6.1 millones
11 de setiembre	US\$ 2.1 millones	US\$ 1.7 millones	US\$ 250,000	US\$ 7.1 millones	US\$ 1.4 millones
Agencia	US\$ 5.4 millones	US\$ 5.9 millones	US\$ 3 millones	US\$ 6.5 millones	US\$ 1.0 millones

Nota: Los montos indemnizatorios por responsabilidad civil han sido obtenidos del conjunto de datos CJS (2001); los montos indemnizatorios del 11 de setiembre han sido obtenidos de la página web del Fondo¹⁹; las valoraciones de las agencias han sido tomadas de la Tabla 2 (post-2000).²⁰

El Fondo del 11 de Setiembre muestra una media más alta, pero un promedio más bajo que las del sistema de responsabilidad civil. El promedio más bajo se debe a la ausencia de montos indemnizatorios extremos que caracteriza al sistema de responsabilidad civil. La media más alta se debe probablemente a dos factores: (1) la inflación del 2001 al 2004 y (2) el promedio de ingresos mucho más alto de las víctimas del 11 de setiembre en comparación con el de la población en general. Dejando de lado los valores atípicos, el Fondo y las indemnizaciones por responsabilidad civil parecen ampliamente consecuentes; ambos son mucho más bajos que las valoraciones de las agencias. Lo que dicho fondo tiene en común con las valoraciones de las agencias es el grado de variación mucho más bajo que el del sistema de responsabilidad civil.

III. TEORÍA: ¿POR QUÉ DEBERÍA VALORARSE LA PÉRDIDA DE LA VIDA?

Muchas personas consideran que una vida humana tiene un valor único y, por lo tanto, no

¹⁹ Ver *Final Report of the Special Master for the September 11th Victim Compensation Fund of 2001*, Volumen I, 110 tabla 12, 2004, en línea en http://www.usdoj.gov/final_report.pdf, visitado el 10 de febrero de 2005; *Final Report of the Special Master for the September 11th Victim Compensation Fund of 2001*, Vol II, anexo I, (2004), en línea en http://www.usdoj.gov/final_report_vol2.pdf, visitado el 10 de febrero de 2005, ofrece los datos en bruto, a partir de los cuales calculamos la desviación estándar. Los datos del Fondo del 11 de Setiembre se basan en las sumas recibidas después de las deducciones de los pagos del seguro de vida y similares; por lo tanto subestiman las verdaderas valoraciones, probablemente en unos cuantos cientos de miles de dólares. Ver *Informe Final*, Volumen I, 51, "La compensación de garantía promedio en las demandas por víctimas fallecidas fue aproximadamente US\$ 855,000, pero las compensaciones por demandas de muerte registraron un promedio de aproximadamente US\$ 10 millones. En general, las compensaciones representaron una reducción de 29% en las indemnizaciones por las víctimas fallecidas". Debido a que la Comisión no reporta el valor de las compensaciones, no podemos determinar las verdaderas valoraciones a partir de las cuales se establecieron las compensaciones.

²⁰ Las estadísticas de la agencia no pueden compararse directamente con las estadísticas de los otros sistemas, ya que las primeras varían dependiendo de la dimensión de las poblaciones a las que afectan las diferentes regulaciones. Aún así, brindan una idea general sobre las diferencias.

se le puede atribuir un valor monetario.⁶¹ Calcular el valor de una vida humana degradada a la víctima del daño, en lugar de reivindicar su memoria. Esta intuición es comprensible. Pero para los fines del Derecho y la política, ¿cuál es la alternativa? Otorgar indemnizaciones por homicidio culposo equivalentes a cero no es menos degradante y el otorgamiento de una suma de dinero "arbitraria", en la que el jurado o la legislatura escogen una cifra sin fundamento, no es mejor. Igualmente, es difícil creer que la política reguladora debiera asumir que la vida humana no vale nada o, alternativamente, que tiene cierto valor arbitrario.

Para entender cómo debería valorarse la pérdida de la vida, necesitamos entender los fines sociales que dicha práctica perseguiría. Existe un método, fuera de contexto, para asignar valores monetarios a la mortalidad y a los riesgos de mortalidad. Empezamos por plantear algunas preguntas fundamentales sobre los objetivos de los recursos legales en caso de homicidio culposo.

1. El Derecho de la Responsabilidad Civil y la disuasión

1.1. Principios de los daños por responsabilidad civil

Se afirma que el sistema de responsabilidad civil de manera convencional tiene dos objetivos: la compensación y la disuasión.⁶² Con frecuencia, pero no siempre, los dos objetivos van en direcciones similares. Si la víctima de un proceso por homicidio culposo no puede ser compensada, la disuasión sigue siendo una posibilidad. El tema que ahora investigamos es qué nivel de indemnización por daños genera una disuasión óptima en caso de homicidio culposo. Nuestra conclusión básica es que los dos enfoques son formalmente equivalentes y cumplirán dicho objetivo: una suma monetaria, pagada antes de que se produzca el daño, es decir, el carácter múltiple de la magnitud del daño y su probabilidad, analizados para cada persona que enfrenta el riesgo relevante; o una suma monetaria, pagada después de que se produzca el daño, que refleje la magnitud del daño. La elección de uno de los dos enfoques depende en gran medida de los aspectos de capacidad de administración.⁶³

Para entender cómo funciona la disuasión, debemos adoptar una perspectiva *ex ante*.⁶⁴ Supongamos que en el "Momento 1" se eligen las normas legales; en el "Momento 2" todos eligen cómo actuar y qué nivel de precaución adoptar; y en el "Momento 3" se producen las lesiones y las muertes, y se determina la responsabilidad civil y las indemnizaciones en los procesos de homicidio culposo. Bajo el enfoque de la disuasión, queremos elegir normas legales en el "Momento 1" que produzcan indemnizaciones en el "Momento 3" que brinden a todos incentivos óptimos en el "Momento 2".

⁶¹ Ver, por ejemplo, ACKERMAN, Frank y HEINZERLING, Lisa, *Priceless: On Knowing the Price of Everything and the Value of Nothing* 61, New Press 2004, "Poner un precio a la vida humana (...) es claramente inaceptable para casi todas las religiones y filosofías sobre la moral".

⁶² Ver, por ejemplo, *Irby contra el Estado de Nevada*, 171 NJ 86, 792 A2d 1308, 1217, 2002. Ver también de DOBBS, Dan B., *The Law of Torts* § 8 en 12, West 2009.

⁶³ También existen aspectos equívocos aquí; desde este punto de vista, tal vez sea peor compensar a todos *ex ante* por los riesgos que compensar a aquellos que realmente sufren el daño cuando ellos se producen (las prácticas del seguro son obviamente relevantes para una evaluación). Pero nuestro punto de atención aquí es la disuasión, y no tratamos esos aspectos.

⁶⁴ Como puede verse, aquí no estamos considerando los asesinatos intencionales, como en los casos de homicidio. No está claro que el riesgo de ser asesinado debería analizarse de la misma forma que los riesgos comúnmente involucrados en los casos de homicidio culposo, lo cuales por lo general implican negligencia de una u otra forma. Surgen cuestiones difíciles a partir del hecho evidente de que las personas estarían dispuestas a pagar diferentes sumas para evitar riesgos idénticos en términos estadísticos: un riesgo de 1/100,000 de muerte por cáncer es diferente a un riesgo de 1/100,000 de muerte súbita no anticipada (como resultamos), y un riesgo de 1/100,000 de ser estrangulado, o de ser asesinado en un ataque terrorista, sin duda produciría sus propias cifras distintivas.

Como bien se sabe, las personas pueden recibir incentivos óptimos para la precaución si tienen que pagar indemnizaciones por cualquier pérdida financiera que pudieran ocasionar (u ocasionadas por negligencia).⁶⁵ Imaginemos, por ejemplo, que una conducta específica, como conducir, ocasione US\$ 1,000 en pérdidas si ocurre un accidente. Un conductor puede controlar la probabilidad de que ocurra la pérdida teniendo mayor o menor cuidado; el costo de la precaución se incrementa con la cantidad de precaución que se tenga. El nivel eficiente de precaución es la cantidad en la que el costo marginal de precaución equivalga al costo marginal proyectado por un accidente. Al requerir a quien incurre en responsabilidad civil que pague indemnizaciones, la ley obliga al conductor a interiorizar las pérdidas que crea, de modo que tomará precauciones cuando los costos de tales precauciones sean menores que las pérdidas proyectadas.⁶⁶

Podemos pensar en la pérdida por parte de la víctima de dos maneras equivalentes. Podemos afirmar que la víctima incurre en el costo del accidente "L" en el "Momento 3". En nuestro ejemplo, L = US\$ 1,000. Esta es la pérdida *ex post*. Alternativamente, podemos afirmar que la víctima incurre en una pérdida proyectada de "pL" en el "Momento 2", donde "p" es la probabilidad del accidente en el "Momento 3". Esta es la pérdida *ex ante*. Desde una perspectiva económica, estas pérdidas son equivalentes. Si existe un mercado de seguros, se asume que a las personas les es indiferente recibir una indemnización "pL", como víctimas potenciales, en el "Momento 2" y "L", como víctimas reales, en el "Momento 3". Los aseguradores establecerán una prima igual a "pL" y pagarán "L" si ocurre el accidente.

El Derecho de la Responsabilidad Civil, en teoría, podría exigir a todos los conductores que paguen a todas las víctimas potenciales de responsabilidad civil "pL" en el "Momento 2" o (como ocurre realmente) exigir solo a los conductores que ocasionan accidentes que paguen solo a las víctimas reales "L" en el "Momento 3". Si el asegurador es subrogado (como ocurre comúnmente), entonces a la víctima le es indiferente cualquiera de estos dos sistemas, al igual que al asegurador. Las víctimas potenciales que desean contratar un seguro pueden utilizar sus "indemnizaciones" de "pL" bajo el primer sistema para pagar la prima de seguro o, simplemente, cobrarle al conductor bajo el segundo sistema sin tener al seguro como intermediario. Las víctimas potenciales que no desean contratar un seguro pueden adquirir un instrumento de inversión que pague "pL" en el "Momento 2" a cambio de la oportunidad de obtener "L" en el "Momento 3".⁶⁷

¿Por qué el sistema de responsabilidad civil adjudica indemnizaciones "L" a las víctimas reales en lugar de indemnizaciones "pL" a las víctimas potenciales, cuando las dos indemnizaciones son equivalentes? Gran parte de la respuesta se basa en el carácter práctico. Las víctimas potenciales no pueden ser fácilmente identificadas por anticipado; en muchos riesgos es difícil o incluso imposible calcularlas. En los casos poco comunes, cuando ocurre lo contrario —cuando los tribunales otorgan una indemnización "L" a las víctimas reales porque la pérdida ocurrirá en un

⁶⁵ Para simplificar las cosas, asumimos en todo momento que solo el que incurre en responsabilidad civil puede controlar la probabilidad de un accidente. Esto nos permite centrarnos en el nivel óptimo de indemnizaciones por la pérdida de la vida. También nos centramos en los incentivos óptimos para la precaución, en cuyo caso la norma de responsabilidad civil puede ser responsabilidad objetiva o negligencia; e ignoramos las complicaciones que surgen cuando quien incurre en responsabilidad civil y la víctima tienen una relación contractual. Para una discusión sobre estas complicaciones, ver CALFEE, John E. y RUBIN, Paul H., *Some Implications of Damages Payments for Nonpecuniary Losses*, 21 J. Legal Stud. 371, 1992.

⁶⁶ Ver de LANDES, William M. y POSNER, Richard A., *The Economic Structure of Tort Law* 62-82, Harvard 1987, examina cómo las diferentes normas de responsabilidad civil obligan a las diferentes partes a interiorizar el costo de los accidentes y alterar los niveles de precaución racionales; de STEVEN SHAWELL, *Economic Analysis of Accident Law* 6-21, Harvard 1987, describe el nivel de precaución asumido bajo diferentes normas de responsabilidad civil en diversos modelos simplificados.

⁶⁷ Comparemos con el trabajo de COOTER, Robert y PORAT, Ariel, *Anti-Damages*, 31 J. Legal Stud. 203, 2002, donde se discute sobre los anti-aseguradores, quienes pagarán a los contratantes los derechos a indemnizaciones antes de la ejecución del contrato para evitar el peligro moral ocasionado por las normas de responsabilidad civil.

futuro remoto— algunos tribunales han estado dispuestos a obligar a quienes incurren en responsabilidad civil a que paguen a las víctimas potenciales indemnizaciones equivalentes a "pL".⁴⁸ Así, el Derecho de la Responsabilidad Civil, en principio, no prohíbe las indemnizaciones "pL" en lugar de las "L"; su centro de atención en "L" se origina por el hecho que constituye una base mucho más simple para las decisiones judiciales.

1.2. Valorando la pérdida de la vida

Pasemos ahora a analizar el problema de medir "L" cuando la pérdida es la muerte. Para determinar las intuiciones, supongamos que la víctima (¡totalmente desafortunada!) de homicidio culposo no tiene dependientes, ni cónyuge, ni amigos, ni ingresos; supongamos también que la muerte fue instantánea y, por ello, no hubo dolor, sufrimiento, angustia ni gastos médicos. Dejando de lado los gastos de funeral, la mayoría de los tribunales, por ley, estarían obligados a adjudicar indemnizaciones equivalentes a cero, lo cual plantea un gran enigma.

¿Cómo deberíamos pensar al valorar la pérdida de la vida? Una idea consiste en que la pérdida de la vida debería valorarse al infinito, ya que la mayoría de las personas no aceptarían ninguna suma de dinero a cambio de sus vidas. Si "L"—la pérdida—es infinita, entonces el producto "pL" también lo es. Pero esta respuesta malinterpreta la pregunta relevante, que involucra las probabilidades de muerte, no ella misma. Designemos una nueva variable, "R", que se refiere a la suma que una persona estaría dispuesta a pagar para evitar un riesgo de muerte en particular. Cuando se crea un nuevo riesgo —por ejemplo, un nuevo proceso de fabricación crea nuevas fuentes de contaminación, produciendo un nuevo riesgo de 1/500,000 en el área— todo el que incurre en este riesgo sufre una pérdida de bienestar, la cual puede medirse como "R". Si la persona pudiera pagar para evitar este riesgo —digamos, mudándose— entonces lo hará por cualquier suma de dinero hasta R. Esta variable es entonces el pago *ex ante* para evitar el riesgo de muerte.

Es preferible, en el caso de los potenciales responsables civilmente, que tomen en cuenta esta pérdida "R" por la misma razón que es preferible para ellos tener en cuenta cualquier otra pérdida pecuniaria o no pecuniaria.⁴⁹ Esto puede hacerse de dos maneras: puede exigirse a todo responsable civilmente potencial que pague "R" a toda víctima potencial (es decir, a todas las personas que incurran en el nuevo riesgo de muerte) o, alternativamente, los responsables civilmente que realmente ocasionen la muerte de víctimas específicas pueden ser obligados a pagar una suma de dinero solo a tales víctimas (a sus herederos o dependientes, o incluso al estado) de modo tal que el costo proyectado para el responsable potencial es "R".⁵⁰

⁴⁸ Ver de ADLER, Matthew D., *Risk, Death and Harm: The Normative Foundations of Risk Regulation*, 87 *Minn L. Rev.* 1293, 1426–42, 2003, donde se discute sobre los procesos de responsabilidad civil en los que puede existir la recuperación para un mayor riesgo de muerte.

⁴⁹ No estamos discutiendo sobre la norma de responsabilidad civil óptima; simplemente asumimos que dicha norma existe.

⁵⁰ Uno o ambos métodos han sido discutidos por diversos comentaristas. Ver de GEISTFELD, Mark, *Negligence, Compensation, and the Coherence of Tort Law*, 91 *Georgetown L.J.* 585, 597–602, 2003, considera que ambos métodos son funcionalmente equivalentes, pero menciona diferencias prácticas en la satisfacción que cada método brinda a las víctimas; O'HARA, Erin A., Note, *Hedonic Damages for Wrongful Death: Are Tortfeasors Getting Away with Murder?*, 78 *Georgetown L.J.* 1687, 1699, 1990, explica cómo el hacer que un responsable potencial obtenga el consentimiento de todas las víctimas potenciales *ex ante* generaría incentivos para adoptar el nivel de precaución adecuado; MCCLURG, Andrew Jay, *It's a Wonderful Life: The Case for Hedonic Damages in Wrongful Death Cases*, 66 *Notre Dame L. Rev.* 57, 71–77, 1990, indica que a los responsables civilmente se les debería "exigir que paguen a las personas por exponerlos a riesgo lo mismo que tendrían que pagar por evitar tales riesgos"; de MILLER, Ted R., *Willingness to Pay Cases of Agg: Will the Spare Survive?*, 83 *Nw U L. Rev.* 876, 896–907, 1989, discute la compensación de los casos que no constituyen fatalidades comparando la reducción de la extensión de la vida o capacidad funcional que ha sufrido una persona con el valor de su vida en conjunto; LANDES y POSNER, *The Economic Structure of Tort Law* at 187–89, 263–69 (citado en la nota 66), se discute los fundamentos de los diferentes esquemas de compensación, incluyendo los dos que se mencionan anteriormente; SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law* at 234 & n.6 (citado en la nota 66), indica que la

Asumiendo que existe información suficiente, dicha suma se calcula fácilmente. Supongamos que las víctimas, debidamente informadas y que no se encuentran influenciadas de manera cognitiva o emocional, están dispuestas a pagar "R" para evitar el riesgo. Supongamos también que el riesgo mismo —es decir, la probabilidad de muerte— es "q". De ser así, entonces el nivel de indemnización adecuado sería "R/q". Por ejemplo, si las víctimas potenciales están dispuestas a pagar US\$ 600 para evitar el riesgo de muerte, y este es de 1/10,000, entonces sus herederos o dependientes deberían recuperar US\$ 6 millones (en el "Momento 3"). Esto equivale, desde la perspectiva de la disuasión a la primera alternativa, a obligar a los responsables a que paguen a todas las víctimas potenciales US\$ 600 (en el "Momento 2").

El monto R/q —US\$ 6 millones, en nuestro ejemplo— por lo general se conoce como el valor de una vida estadística (VSL), pero es importante observar que la cifra es solo una interpretación diseñada para representar el costo de encontrarse sujeto al riesgo de muerte, y no el valor de la vida humana en el sentido general. De hecho, el término "valor de una vida estadística", a pesar de que se usa comúnmente, es en realidad bastante confuso. Lo que realmente interesa es la asignación de valores monetarios a los riesgos de muerte, una asignación del tipo de las que se producen, aunque casi siempre sin un cálculo formal, cada vez que las personas voluntariamente corren riesgos o adoptan medidas para reducir los riesgos que enfrentan (como, por ejemplo, comprando alarmas de humo o Volvos).

El punto que debemos entender es que para calcular las indemnizaciones óptimas por homicidio culposo, no necesitamos preguntar cuánto bienestar o utilidad tiene una persona muerta, o cuánto bienestar o utilidad se pierde cuando una persona muere. Desde la perspectiva de la disuasión, es suficiente centrarse en la pérdida de bienestar que se produce cuando una persona está sometida al riesgo de muerte. La asignación de un valor monetario a los riesgos de mortalidad es un esfuerzo para garantizar dicho punto de atención.

2. El Derecho de la Responsabilidad Civil y la compensación

En los casos de responsabilidad civil que involucren pérdidas fáciles de medir, los objetivos de disuasión y compensación se unen de manera intuitivamente satisfactoria. La víctima de responsabilidad civil que pierde US\$ 1,000 obtiene indemnizaciones por la misma suma. La víctima de responsabilidad civil es plenamente compensada y se logra una disuasión óptima.⁷¹ En los casos de homicidio culposo, no obstante, esto parece una disyunción entre los objetivos de compensación y disuasión. La persona muerta no puede ser compensada: está muerta. El punto central de la compensación en el Derecho de Responsabilidad Civil puede ser la razón por la cual los tribunales denegaban las indemnizaciones por homicidio culposo antes de la promulgación de las leyes sobre homicidio culposo y sobrevivencia. En consecuencia, los tribunales intentan lograr los objetivos de compensación del Derecho de Responsabilidad Civil moderno centrándose en las pérdidas de los sobrevivientes. Consideramos que los intentos son inadecuados y que los tribunales podrían hacerlo mucho mejor.

Si bien las personas muertas no pueden ser compensadas, es incorrecto afirmar que el Derecho de Responsabilidad Civil no puede, respecto de las víctimas, lograr su objetivo de

multa óptima para un responsable neutral de riesgo debería calcularse a partir de la disposición de la víctima para pagar por evitar el riesgo de daño, COHEN, 34 Emory L.J. at 316-20. (citado en la nota 37), se discute los problemas para determinar el valor de R. Ver ARLIN, Jennifer, *An Economic Analysis of Tort Damages for Wrongful Death*, 60 NYU L.Rev 1113, 1134, 1985, se critica esta metodología, argumentando que los tribunales no pueden determinar de manera precisa ex ante las demandas de compensación por un mayor riesgo con particularidad. Muchos artículos que defienden, discuten o critican esta metodología se encuentran recopilados en el trabajo de WARD, John O. y IRELAND, Thomas R., eds. *The New Hedonics Primer for Economists and Attorneys, Lawyers and Judges* 2da ed. 1996.

⁷¹ Aunque solo en un contexto simplificado en el que la víctima no tiene la capacidad para reducir la probabilidad de un accidente mediante la precaución.

compensación en el contexto del homicidio culposo. La compensación es posible en esos casos una vez que se entiende que la responsabilidad civil impone el riesgo de muerte.⁷²

Para ver por qué, imaginemos que las cortes adoptaran el sistema de responsabilidad civil alternativo *ex ante*: todos los responsables potenciales pagarían indemnizaciones equivalentes a "R" a todas las víctimas potenciales en el "Momento 1". Si este fuera el sistema normal, entonces las personas serían compensadas por ser obligadas a afrontar mayores riesgos de muerte: lo serán en el mismo sentido que los trabajadores a quienes se les otorga un pago por el peligro a cambio de que voluntariamente asuman algún trabajo de riesgo.⁷³

Ahora consideremos el sistema regular *ex post*. Al otorgar al heredero de la víctima "R/q", el tribunal no compensa a esta en sentido directo: no se puede compensar a alguien que está muerto. Pero supongamos que la víctima tiene una póliza de seguro de vida, que subroga al asegurador en cualquier demanda que tuviera el heredero de la víctima en caso de homicidio culposo. Además de obtener los beneficios regulares de una póliza de seguro de vida, todas las víctimas potenciales que cuentan con dicho seguro recibirían "R" bajo la forma de una reducción en la prima. En resumen, la conducta riesgosa impone un costo "R" sobre todas las víctimas potenciales en el "Momento 2", pero al mismo tiempo todas las víctimas potenciales son compensadas a través de la intermediación de una compañía de seguros en el "Momento 2".⁷⁴ Así, el Derecho de Responsabilidad Civil puede cumplir su función de compensación en los casos de homicidio culposo, aunque de modo indirecto y solo con la ayuda de un intermediario del mercado.⁷⁵

Algunos académicos han sugerido que un riesgo de muerte es un perjuicio. Desde su punto de vista, las personas deberían demandar indemnizaciones por responsabilidad civil si se encuentran sometidas a riesgos de muerte.⁷⁶ Otros han manifestado sus dudas sobre si un riesgo puede ser un perjuicio⁷⁷, pero si este debate se resuelve a favor del punto de vista de que el

⁷² Asumimos que existe una pérdida no hedónica, como la angustia, asociada al riesgo. De ser así, podría ser necesaria una compensación adicional. Ver ADLER, 79 Chi Kent L. Rev. at 1011-34 (citado en la nota 20), sostiene que el miedo asociado a los riesgos debería evaluarse en forma separada de los riesgos mismos.

⁷³ Ver VISCUSI, W. Kip, *Risk by Choice: Regulating Health and Safety in the Workplace* 37-42, Harvard 1983, describe las compensaciones que enfrentan los trabajadores al recibir beneficios adicionales por asumir riesgos adicionales.

⁷⁴ Comparemos en Cohen, 34 Emory L.J. en 338 (citado en la nota 37), se discute un mercado en los procesos de homicidio culposo en el que los individuos podrían vender a un intermediario los derechos a interponer una demanda por homicidio culposo.

⁷⁵ Existe literatura relacionada que discute si el derecho de responsabilidad civil debería otorgar indemnizaciones por pérdidas no pecuniarias tales como el dolor y el sufrimiento. Shavell sostiene que la compensación por el dolor y el sufrimiento no persigue los fines de los seguros, ya que no existe razón alguna para creer que el valor marginal de un dólar para una persona es mayor cuando padece dolor y sufrimiento que cuando no es así. Ver SHAVELL, *Economic Analysis of Accident Law* at 218 (citado en la nota 66). Para un punto de vista disidente, ver de CROLEY, Steven P. y HANSON, Jon D., *The Nonpecuniary Costs of Accidents: Pain-and-Suffering Damages in Tort Law*, 108 Harv L. Rev. 1785, 1813-15 & n 102, 1995, sostiene que la utilidad de dinero marginal de las personas puede ser mayor después de sufrir una pérdida no pecuniaria. En caso de muerte, la víctima misma no puede estar asegurada contra su propia muerte en el sentido de que se vuelve indiferente a la vida o la muerte; los pagos de los seguros de vida son a favor de los dependientes, no de los asegurados.

⁷⁶ Ver SCHROEDER, Christopher H., *Corrective Justice and Liability for Increasing Risks*, 37 UCLA L. Rev. 439, 475-78, 1990, sostiene que las indemnizaciones por riesgo deberían ser recuperables cuando los costos administrativos de dicho sistema fueran menores a un sistema de recuperación de indemnizaciones, como en los casos de responsabilidad civil por intoxicación masiva.

⁷⁷ Ver, por ejemplo, ADLER, 87 Minn L. Rev. en 1439-41 (citado en la nota 68), sostiene, en base a una teoría de riesgo derivada del concepto de riesgo de Bayes como creencias, que el riesgo por sí mismo no puede ser un miedo sin perjuicio por parte de la víctima; ADLER, Matthew D., *Against "Individual Risk": A Sympathetic Critique of Risk Assessment*, Institute for Law and Economics Research Paper No 04-01, Enero 2004, en línea en <http://papers.ssrn.com/abstract=487123>, visitado el 10 de febrero de 2005, sostiene que el riesgo presente no es un mal según las teorías morales de bienestar sustantivo; de Claire Finkelstein, *Is Risk a Harm?*, 151 U. Pa L. Rev. 963, 990-98, 2003, trata las objeciones respecto del doble cargo, el estatus ontológico del riesgo, y la naturaleza de la probabilidad; PORAT, Ariel y STEIN, Alex, *Tort Liability Under Uncertainty* 101-15, Oxford 2001, presume en todo momento que el riesgo no puede ser un daño.

riesgo es un perjuicio, entonces regresamos a nuestra afirmación anterior: es adecuado adjudicar indemnizaciones de "R" en caso de imposición de riesgo. Solo agregaremos que la compensación puede adoptar la forma de "R/q" en caso se produzca la muerte en el "Momento 3", así como "R" para todas las víctimas potenciales en el "Momento 2", en tanto tales víctimas adquieran seguros y las primas de las pólizas del mismo se ajusten.

3. Política reguladora

3.1. Las agencias y la disuasión

Respecto de la valoración de la pérdida de la vida, las implicancias de nuestro argumento de disuasión son las mismas para el Derecho Regulador que para el Derecho de la Responsabilidad Civil. Para producir una disuasión óptima de la conducta que genera un riesgo de muerte, la persona natural o jurídica que desarrolla esta conducta debería interiorizar "R" (sin analizar la conducta de las víctimas, una calificación que se aplica en todo momento).

Como hemos visto, los principios de la responsabilidad civil sugieren que las personas que imponen riesgos sobre otros deberían pagar "R" a todas las personas afectadas en el "Momento 2", o "R/q" a todas las víctimas reales en el "Momento 3". Como hemos indicado anteriormente, ningún aspecto de la teoría de la disuasión exige que los pagos se realicen a las víctimas potenciales o a los herederos o dependientes de las víctimas; para los fines de ella, los pagos incluso podrían realizarse al gobierno. Lo importante es que las personas sepan que tendrán que pagar por imponer riesgos sobre otras personas, y tendrán que hacerlo en un monto equivalente a la disposición de las víctimas para pagar (WTP) por evitar el riesgo.²⁸ El pago a las víctimas, a las víctimas potenciales, a los dependientes y a los herederos puede ofrecer otros tipos de incentivos, tales como el incentivo para interponer juicios; estos podrían ser valiosos, pero deberían mantenerse separados a nivel teórico.

Las regulaciones federales no exigen que las personas jurídicas paguen indemnizaciones por daños a las personas que mueren como resultado de su conducta. En lugar de ello, las agencias reguladoras ordenan a estas que tomen precauciones que (en teoría) son las precauciones que ellas tomarían si estuvieran sujetas a una responsabilidad civil (óptima). Si las personas jurídicas no cumplen con tomar estas precauciones, son multadas o sancionadas de otra forma por violar las regulaciones relevantes. Para determinar el nivel de precauciones óptimo, las agencias deben realizar, por su cuenta, los cálculos que el Derecho de la Responsabilidad Civil deja para el responsable potencial. Así, cuando las personas jurídicas imponen riesgos de muerte sobre las personas, las agencias deben valorar esos riesgos, tal como se hace en el Derecho de la Responsabilidad Civil.

El análisis es el mismo que en la teoría de la responsabilidad civil: si la conducta de una empresa incrementa el riesgo de muerte de "q", y las personas están dispuestas a pagar "R" para evitar ese riesgo, entonces debería ordenarse a la empresa que tome precauciones de modo que los costos conjuntos de las precauciones y las pérdidas proyectadas se minimicen. Por ejemplo, si las actividades de la empresa imponen un riesgo de mortalidad de 1/10,000 sobre un millón de personas, y el costo por incurrir en el riesgo es de US\$ 500 por persona, entonces la empresa está ocasionando implícitamente un daño de US\$ 500 millones. Ello puede conceptualizarse de manera equivalente como ocasionar US\$ 500 de en daños a un millón de personas o US\$ 5 millones en daños a 100 personas (las que realmente fallecen como resultado de la conducta). La agencia

²⁸ O, bajo el derecho de negligencia, solo si no toman precauciones justificadas en cuanto al costo. También planteamos la pregunta sobre si el sistema legal debería utilizar la disposición a pagar o la disposición a aceptar. Respecto de la diferencia, ver KAHNEMAN, Daniel, KNETSCH, Jack L., y THALER, Richard H., *Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem*, 98 J Polit Econ 1325, 1990.

reguladora emplea estas cifras en un análisis costo-beneficio: si estos costos son mayores que los beneficios obtenidos por las actividades de la empresa, entonces la agencia emitirá regulaciones que restrinjan la conducta de la empresa y de empresas similares. En el contexto regulador, esta es de hecho la teoría estándar de valoración de las vidas estadísticas⁷⁹ (lo que preferiríamos denominar la valoración de los riesgos de mortalidad estadística).

El Derecho de la Responsabilidad Civil y el Derecho Regulador requieren, entonces, que quienes toman las decisiones atribuyan un valor a "R", la suma de dinero que una persona pagará para evitar un riesgo de muerte. Pero "R" no constituye la única pérdida que se impone cuando una persona muere. Hemos descrito brevemente el enfoque general de la valoración de "R", ya que en la Parte III la analizaremos con mayor detalle.

3.2. Coordinación entre la conducta judicial y la de las agencias

De acuerdo con la sabiduría estándar en el Derecho y la Economía, el Derecho de la Responsabilidad Civil y el Derecho Regulador tienen funciones redundantes: ambos disuaden la conducta injustificada en cuanto a costos. La confiabilidad en un derecho más que en el otro dependerá de su investigación especial y de sus ventajas de exigibilidad.⁸⁰ En un contexto regulador, una desventaja significativa es que las agencias requieren de una gran cantidad de información, tanto respecto del costo como de los beneficios, para producir regulaciones óptimas. En cambio, las normas sobre indemnización por daños para los casos de responsabilidad civil requieren que los tribunales evalúen solo los costos. Si los dos sistemas de control legal se superponen—si, como generalmente ocurre, rige la misma conducta—pueden interactuar en formas complejas. Si ambos sistemas son óptimos y, como resultado, las personas tienen el cuidado adecuado, el sistema regulador generará costos administrativos innecesarios y posiblemente una disuasión excesiva.

Supongamos, por ejemplo, que las normas de responsabilidad civil e indemnizaciones por daños impusieran los incentivos adecuados. De ser así, las regulaciones no serían necesarias, lo cual podría generar distorsiones, ya que estas son ampliamente necesarias debido a que muchas de las personas que sufren daños por una conducta privada probablemente no interpongan juicios ni reciban compensación alguna. En el contexto de la contaminación del aire, por ejemplo, es poco probable que se interpongan acciones por homicidio culposo o que estas resulten favorables para el demandante. Las cadenas de causalidad son difíciles de seguir y es poco probable que los que sufren enfermedades fatales o que ponen en riesgo la vida sepan que la contaminación es la responsable. Debido a los problemas de acción colectiva y los déficits de información, el derecho de la responsabilidad civil no ofrecerá incentivos adecuados aun si está diseñado de manera óptima.

Podemos aclarar el problema imaginando la existencia de una agencia única, digamos la Agencia Federal de Compensación y Disuasión (AFCD), cuya tarea es garantizar la disuasión óptima y compensar a aquellos que merezcan una compensación. Dicha agencia evitará la redundancia, que es un resultado posible en los sistemas paralelos de Derecho de la Responsabilidad Civil y la regulación por parte de una agencia. También verá la compensación como parte del establecimiento de incentivos adecuados. Si las agencias federales actuaran como

⁷⁹ Ver, por ejemplo, VISCUCCI, *Fatal Tradeoffs* en 261–63 (citado en la nota 55), se detalla el cambio regulador en los ochentas de los "costos de la muerte", que consistían en los gastos médicos y las ganancias perdidas, a VSL; Circular OMB en 29–31 (citado en la nota 8), sigue la monetización de los riesgos de fatalidad empleando un enfoque basado en WTP; Agencia de Protección Ambiental, *Guidelines for Preparing Economic Analyses* 87–90, 2000, describe las técnicas de estimación de VSL para valorar los riesgos de mortalidad.

⁸⁰ Por ejemplo, las agencias pueden disuadir mejor la conducta que ocasiona daños con períodos extensos de latencia. Ver SÉLAVELLI, *Economic Analysis of Accident Law* en 280–81 (citado en la nota 66), indica que es difícil conectar un daño en particular con un contaminador específico, pero es fácil regular a todos los contaminadores en el mercado.

la AFCD, no sería necesaria la compensación a través del sistema de responsabilidad civil; y si los tribunales actuaran como la AFCD, compensando a las personas y, a la vez, creando incentivos adecuados, no serían necesarias las regulaciones de la agencia.

En tanto los dos sistemas existan, deberían estar diseñados para complementarse; una tarea que aún tiene que intentarse y que no analizaremos en este documento. En el mundo real, la existencia de dos sistemas probablemente sea inofensiva, al menos la mayor de las veces. Las personas que toman precauciones justificadas en cuanto a costos evitan las multas (impuestas por los organismos reguladores) y los pagos de indemnizaciones por daños (a las víctimas de responsabilidad civil); las personas que toman precauciones no óptimas arriesgan ambos aspectos. En teoría, entonces, las personas cuya conducta está regulada por ambos sistemas no serán disuadidas en exceso.⁸¹ Si un sistema es óptimo y el otro es subóptimo, no obstante, es importante que este último sea equivalente al otro; la preferencia reguladora podría cumplir esta tarea cuando las regulaciones impongan el nivel adecuado de cuidado y la responsabilidad civil distorsione los incentivos.⁸²

Una dificultad más interesante surge cuando dos actividades que son sustitutos parciales (o completos) están reguladas por sistemas diferentes basados en valoraciones diferentes. Consideremos, por ejemplo, el viaje en automóvil, el cual está principalmente regulado por el sistema de responsabilidad civil (las regulaciones afectan el diseño de los autos y las carreteras), y el viaje en un vuelo corto, el cual está principalmente regulado por las agencias, mas no completamente (el Derecho de la Responsabilidad Civil también interviene, obviamente). Supongamos que las agencias y el Derecho de la Responsabilidad Civil emplean valoraciones de la vida razonables, pero diferentes: esto puede distorsionar los incentivos y hacer que las personas sustituyan conducir por volar o viceversa. Para ver por qué, centrémonos en la valoración de las vidas de terceros (víctimas en tierra de accidentes aéreos y peatones). Si el Derecho de la Responsabilidad Civil valora a las víctimas menos que el Derecho Regulador, entonces –siendo todo el resto igual– conducir será más económico que volar. De modo que algunas personas que en otros casos preferirían volar, conducirán en vez de volar. A pesar de que tanto el Derecho de la Responsabilidad Civil como las agencias emplean valoraciones que se encuentran dentro del rango razonable, sería mejor si ambos usaran la misma valoración, aun si dicha cifra es tomada arbitrariamente.

Este punto sugiere que sería útil para el Gobierno Federal crear una agencia o comisión que determine valoraciones focales o recomendadas y que exija a los tribunales que las adopten, aprovechando la disposición de los tribunales para dejarse influenciar por las resoluciones de las agencias en otros contextos. Consideremos, por ejemplo, una Comisión Federal de Valoración de Pérdidas que establezca lineamientos para determinar el valor de la pérdida de la vida, la del cónyuge, el dolor y otros aspectos, para que sean utilizados por los tribunales en los casos de responsabilidad civil y por las agencias reguladoras en sus análisis costo-beneficio. Los lineamientos podrían ser netamente recomendaciones o no, pero en cualquier caso, su tendencia será dar mayor uniformidad y también estimular un pensamiento más sistemático respecto de la valoración de las pérdidas. Pero la investigación sobre esta posibilidad nos llevaría más allá de nuestro interés central en este documento.

⁸¹ En los modelos simples, las indemnizaciones por daños por negligencia pueden ser arbitrariamente más altas que la pérdida real, y aun así se obtendría una disuasión óptima. Pero este resultado no necesariamente se mantiene en modelos más complejos, en los que las indemnizaciones por daños pueden proporcionar a las víctimas incentivos perversos para incurrir en una negligencia conjunta o exponerse "demasiado" a la actividad regulada. Pero aun si se obtiene un nivel de indemnización por daños óptimo, el gobierno puede establecer multas por las violaciones de las regulaciones de modo que las indemnizaciones por daños esperadas más las multas sean equivalentes al nivel óptimo.

⁸² Ver, por ejemplo, SCHWARTZ, Alan, *Proposals for Product Liability Reform: A Theoretical Synthesis*, 97 Yale L.J. 353, 388-91, 1988, sostiene que el cumplimiento de las regulaciones deberían sumarse a las empresas contra la responsabilidad del fabricante.

IV. ¿CUÁL ES EL VALOR DE LA PÉRDIDA DE LA VIDA?

1. Aspectos generales

Hemos visto que las prácticas de la agencia surgen de la evidencia en el mundo real que involucra a los mercados de trabajo. En principio, este es un punto de partida razonable dentro del marco que estamos desarrollando. Los reguladores están intentando producir un nivel de disuasión óptimo, basándose en la valoración de los riesgos de la vida estadística en el mercado real; no obstante, pueden surgir interrogantes importantes sobre el uso de estos estudios por parte de las agencias reguladoras.

1.1. Cifras uniformes o variables

Los estudios subyacentes sobre el comportamiento del mercado muestran una variación significativa en las cifras cruciales, que va, en el año de 1997, desde US\$ 700,000 a US\$ 16.3 millones.⁸³ Recientemente, la Oficina de Gestión y Presupuesto (OMB) indicó que "una mayoría importante de los estimados resultantes de VSL varían entre US\$ 1 a US\$ 10 millones por vida estadística".⁸⁴ La EPA ha adoptado la cifra de US\$ 6.1 millones en base a que representa la mediana en los estudios relevantes.⁸⁵ Pero existe el riesgo de que se produzcan arbitrariedades al aferrarse a esa cifra media, ciertamente si no contamos con razones para creer que el estudio relevante es el más exacto. De hecho, una revisión más general de los datos VSL genera más confusión y rangos más amplios. Algunos análisis no establecen diferenciales de compensación, indicando un VSL igual a cero⁸⁶, una cifra increíblemente baja, por decir lo menos, para los fines de la política. Otros consideran que los trabajadores no sindicalizados reciben diferenciales de compensación por riesgo *negativos*, es decir, parece que se les pagara menos por enfrentar riesgos de mortalidad.⁸⁷

Otros estudios consideran que los hombres afroamericanos no reciben un diferencial de remuneración compensatoria importante y, por ende, que su VSL específico es cero.⁸⁸ Por otro lado, es posible ubicar estudios que concluyen en un VSL que no se encuentra por debajo del rango presentado en la Tabla 2, sino por encima de éste. Consideremos la conclusión de que en el caso de las personas que escogen empleos con riesgos de bajo nivel, el VSL puede llegar hasta US\$ 22 millones.⁸⁹ El meta estudio más reciente, mucho más integral que los propios análisis de

⁸³ Ver la AGENCIA DE PROTECCIÓN AMBIENTAL, *Guidelines for Preparing Economic Analyses* en 89-90 & anexo 7-3 (citado en la nota 79, describe los métodos disponibles para estimar los valores del riesgo de mortalidad y detallar los estimados VSL promedio. Para un esquema detallado y discusión, ver PARKER, Richard W., *Grading the Government*, 70 U Chi L Rev 1345, 1371-72 & n 96, 1485-86 Apéndice D, 2003, sostiene que los estudios de valoración contingente son inherentemente poco confiables y afirma que los estudios en los que se basa la EPA valoran una vida estadística en cualquier lugar desde \$1 millón hasta casi \$18 millones medidos en dólares del año 2000.

⁸⁴ Circular OMB en 30 (citado en la nota 8).

⁸⁵ Ver 66 Reg Fed en 7912 (citado en la nota 9).

⁸⁶ Ver DORMAN, Peter y HAGSTROM, Paul, *Wage Compensation for Dangerous Work Restricted*, 52 Indus & Labor Rel Rev 116, 132-33, 1998, sostiene que las estimaciones de la compensación por riesgo en la remuneración es altamente sensible a la especificación modelo y a la variable de elección del riesgo y que sólo en pocas especificaciones se produce una compensación positiva estadísticamente importante.

⁸⁷ Ver VISCUSI y ALDY, 27 J Risk & Uncertainty en 44 (citado en la nota 54), resalta que los diferenciales del riesgo compensado sindicalizados son mucho más altos que los diferenciales no sindicalizados en EEUU.

⁸⁸ Ver LIETH, John D. y RUSER, John, *Compensating Wage Differentials for Fatal and Nonfatal Injury Risk by Gender and Race*, 27 J Risk & Uncertainty 257, 270-74 & tabla 4, 2003, no encuentra ninguna relación estadísticamente importante entre los salarios y el riesgo de accidentes entre los hombres afroamericanos.

⁸⁹ Ver VISCUSI y ALDY, 27 J Risk & Uncertainty en 23 (citado en la nota 54), indica evidencia de que los trabajadores que seleccionan empleos con "riesgos muy bajos (...) en el orden de 1 en 100,000" presentan un rango VSLs entre US\$ 12 millones y US\$ 22 millones.

la EPA, concluyen en que la mayoría de los estudios arrojan un rango de US\$ 3.8–9.0 millones.⁹⁰ Un tema obvio es la razón de estas diferencias no triviales.

1.2. Desconocimiento por parte del trabajador

Una objeción distinta apuntaría hacia el desconocimiento por parte del trabajador. Probablemente estos desconozcan los riesgos que corren; de ser así, los estudios del mercado de trabajo no muestran realmente que los trabajadores están cambiando los riesgos por dinero y así son esencialmente inútiles. Esta objeción no puede pasarse por alto fácilmente. Pero la práctica actual de la agencia depende de los juicios de que numerosos estudios sobre primas de riesgo indican que un número suficiente de trabajadores son informados para establecer un "precio" para los incrementos de seguridad adicional.⁹¹ Si dicho juicio es incorrecto, entonces las cifras actuales tienen que ser replanteadas, debido a que los mercados de trabajo no reflejan intercambios informados entre el dinero y los riesgos estadísticos. Según la teoría actual, la labor del regulador sería utilizar otras herramientas, tal vez los estudios de valoración contingente, para establecer tales intercambios.

1.3. Coacción del trabajador

¿Los trabajadores intercambian voluntariamente los riesgos por dólares? Una objeción evidente sería que muchos de los trabajadores relevantes tienen pocas opciones y, por ello, su comportamiento en el mercado –digamos, intercambiar un riesgo de 1/10,000 por una suma aparentemente baja– es involuntario en un gran sentido.⁹² Si se toma como un argumento normativo la voluntariedad, este podría ser correcto: cuando las personas tienen pocas o malas opciones, sus elecciones no pueden considerarse voluntarias. Pero si se toma como una objeción a los estudios VSL, el argumento es menos útil. Según la teoría que hemos descrito, la pregunta es: ¿cuántas personas están dispuestas a pagar para eliminar riesgos específicos? Por supuesto que las personas están dispuestas a pagar menos por la reducción del riesgo si tienen menos que pagar. Nótese también que las cifras VSL para los trabajadores no son radicalmente diferentes a las cifras correspondientes generadas por las adquisiciones de autos, viviendas, etc.⁹³, un hecho que debilita la sugerencia de que la coacción determina las cifras de empleo.

En todo caso, el gobierno no realiza ningún favor a los trabajadores al exigirles que "adquieran" mayor protección en salud que la que quieren. Supongamos, por ejemplo, que los trabajadores están dispuestos por lo general a aceptar US\$ 600 por correr un riesgo de 1/10,000; si una agencia prohíbe el trato, y prohíbe a los trabajadores que corran dicho riesgo a ese precio, no mejorará el bienestar de los trabajadores. Este es simplemente un ejemplo específico de la proposición general de que cuando las circunstancias de las personas las llevan a aceptar acuerdos difíciles, normalmente no reciben ayuda cuando el gobierno bloquea esos tratos. Obviamente, el análisis sería distinto si aquellos que reciben los beneficios de la regulación no pagan por ella.⁹⁴

⁹⁰ Ver *id.* en 18, 19–21 tabla 2, 66 n 14, resume los VSLs estimados para el mercado de trabajo de EEUU en base a literatura de las últimas tres décadas.

⁹¹ Ver *id.* en 10–12, 44.

⁹² Ver ACKERMAN y HEINZERLING, *Priceless* en 77 (citado en la nota 61), sostienen que para que los análisis salario-riesgo reciban el valor de los riesgos, los trabajadores deberán estar bien informados, tener habilidades y movilidad de empleo, estar libres de discriminación racial, y que de manera general sean "verdaderamente libres de escoger" su ocupación.

⁹³ Ver VISCUSI y ALDY, 27 *J Risk & Uncertainty* en 24–26 & tabla 3 (citado en la nota 54), presenta los resultados de once estudios evaluando los intercambios precio-riesgo del uso del cinturón de seguridad, fumar cigarrillos, detectores de humo domésticos, seguridad en el auto, cascos de bicicleta, y el precio de la vivienda responden al riesgo de los lugares de eliminación de desechos, todo lo cual concluyó en un VSL implícito en el mismo orden de magnitud que los estudios del mercado de trabajo; VISCUSI, *Fatal Dollars* en 65–67 & tabla 4–3 (citado en la nota 55).

⁹⁴ Esta complicación se discute en el trabajo de SUNSTEIN, Cass R., *Falsing Life: A Plea for Disaggregation*, 54 *Duke LJ* 385, 414, 2004, sostiene que el gobierno no debería obligar a las personas pobres a que compren más de lo que están dispuestos a pagar

1.4. La uniformidad y la individualización

Las regulaciones de la agencia emplean un valor único para la vida estadística, pero una reflexión de un momento debería bastar para demostrar que, para la teoría misma que las agencias utilizan, esto es un desacierto.⁹⁸ Existen diversos problemas en este aspecto.

Primero, es casi seguro que las personas asignarán valores en dólares ampliamente distintos a los riesgos de mortalidad estadísticamente idénticos.⁹⁹ ¿Mostrarán las personas realmente el mismo VSL para los riesgos de muerte de 1/100,000, por cáncer al pulmón, accidentes automovilísticos, accidentes aéreos, ataques y mal de Alzheimer? Una respuesta afirmativa sería demasiado sorprendente, ya que una gran cantidad de evidencia sugiere lo contrario. La economía estadounidense contiene una amplia variedad de ocupaciones e industrias; no debería esperarse que surja un VSL uniforme para cada una de ellas. Ciertamente, un estudio reciente halló diferencias significativas tanto entre las ocupaciones como entre las industrias¹⁰⁰, donde los obreros mostraron un VSL más alto que los demás.¹⁰¹

Es inevitable que una amplia variedad de valores surja de los estudios que observan por separado a los operadores de máquinas, los puestos ejecutivos, el trabajo en ventas, los técnicos dentales, los limpiadores de equipos, los guardias de seguridad y a las secretarías¹⁰²; sin duda alguna, se podrán encontrar diversos valores dentro de cada categoría. Asimismo, muchos riesgos controlados por la EPA son cualitativamente diferentes a los riesgos en el centro de trabajo que la EPA ha empleado para generar su VSL: existen pruebas considerables de que los riesgos asociados con el cáncer generan una WTP mayor que el de otras clases de riesgo.¹⁰³ Por ejemplo, James Hammitt y Jin-Tan Liu descubrieron que, en Taiwan, la disposición para pagar por eliminar un riesgo de cáncer es de alrededor de un tercio mayor que la WTP por evitar el riesgo de una enfermedad degenerativa crónica similar.¹⁰⁴ La "prima" de cáncer podría producirse por la naturaleza "pavorosa" del cáncer; parece que está bien establecido que los riesgos que causan pavor producen una preocupación especial, manteniendo constante el riesgo estadístico.¹⁰⁵

Segundo, debería esperarse que tanto los individuos como los grupos muestren diferencias en su VSL. Esto se debe, en parte, a que rechazan el riesgo o se inclinan por el riesgo y a las diferencias en términos de riqueza e ingresos. Un crecimiento en los ingresos nacionales constante

voluntariamente por eliminar el riesgo estadístico, reconociendo que el tema es más complejo cuando los costos de la regulación no son totalmente asumidos por sus beneficiarios. Comparemos la Circular OMB en 1430 (citado en la nota 8), reconozca que quienes asumen los costos de una regulación y quienes se benefician con la misma, por lo general no son los mismos, y dar a esa agencia regulaciones debería generar descripciones separadas de los efectos distribucionales.

⁹⁸ Ver SUNSTEIN, 54 *Duke L. J.* 385 (citado en la nota 94).

⁹⁹ Ver REVESZ, Richard L., *Environmental Regulation, Cost-Benefit Analysis, and the Discounting of Human Lives*, 99 *Colum. L. Rev.* 941, 962-74, 1999, señala que los factores como determinar si el riesgo es voluntario o involuntario, la naturaleza de la muerte en riesgo, y si la muerte es lenta o instantánea afectarían el VSL de los riesgos con las mismas probabilidades. Como evidencia, ver HAMMITT y LIU, 28 *J. Risk & Uncertainty* en 82-90 (citado en la nota 57), concluye en una tendencia "casi significativa" hacia una WTP mayor para evitar el cáncer en lugar de las enfermedades no cancerosas.

¹⁰⁰ VISCUSI, 42 *Econ. Inquiry* en 39-41 tabla 3 (citado en la nota 56).

¹⁰¹ *Id.* en 39-41 tabla 3, 42.

¹⁰² Ver *id.* en 33 tabla 1, describe los diferentes niveles de fatalidades por número de trabajadores en diversos grupos ocupacionales. Viscusi no produce cifras VSL separadas para los diferentes grupos ocupacionales, pero sus datos indican claramente que surgirían cifras separadas.

¹⁰³ Ver REVESZ, 99 *Colum. L. Rev.* en 972-74 (citado en la nota 96), señala que "la naturaleza pavorosa del daño" afecta la valoración, y que los riesgos tóxicos como el cáncer presentan una WTP más alto que los riesgos de muerte instantánea, imprevista.

¹⁰⁴ Ver HAMMITT y LIU, 28 *J. Risk & Uncertainty* en 88-89 & tabla 3 (citado en la nota 57).

¹⁰⁵ Ver SLOVIC, Paul, *The Perception of Risk*, en Paul Slovic, *The Perception of Risk* 226, Earthscan 2000, señala que los estudios de

significa que los estudios desde los años setentas, en los cuales se basan ahora las agencias, subestiman el VSL.¹⁴⁹ De igual importancia es que los programas de reducción de riesgo dirigidos a las poblaciones adineradas deberían, bajo la teoría predominante, producir un VSL más alto que los programas similares dirigidos a las poblaciones pobres. Aquellos que cuentan con muchos recursos naturalmente mostrarán un VSL más alto que el de aquellos que tienen pocos.¹⁵⁰ De acuerdo con la teoría que ahora dirige la práctica reguladora, las agencias deberían emplear un VSL que corresponda a la cifra real para la población en juego.

Este punto presenta numerosas implicancias. Los estudios sobre el centro de trabajo en los que se basan actualmente las agencias involucran a las personas con ingresos por debajo del promedio de la población en general; en esa medida, las cifras son demasiado bajas para ser aplicadas a una población que es más representativa de la Nación como un todo. Las distinciones de las agencias entre poblaciones ricas y pobres sin duda serían muy controversiales, pero son necesarias para la teoría que las agencias utilizan actualmente. De manera menos controversial, pruebas recientes sugieren que el VSL de las personas de mayor edad es menor que el de las personas más jóvenes,¹⁵¹ y dicha distinción bien puede incorporarse a la política regulatoria.

Las conclusiones generales son: que el uso de la WTP tiene una lógica verosímil, que las cifras variables tienen mucho más sentido que las uniformes, y que las preguntas reales implican información y capacidad de administración. Los programas reguladores, por lo general, afectan a miles o incluso a millones de personas al mismo tiempo y la individualización plena es, por lo tanto, imposible. Una regla que establece niveles mínimos de calidad de aire no puede establecer una calidad del mismo que es perfectamente calibrada para la WTP de cada persona. No obstante, las agencias podrían ciertamente moverse hacia una mayor individualización; en tanto las cifras WTP sean exactas, el gobierno hace bien en empezar con ellas. Exactamente, lo mismo se aplica para los tribunales en los procesos de homicidio culposo.

2. Los dependientes

El Derecho de la Responsabilidad Civil, por lo general, otorga a los dependientes la parte de los ingresos futuros de la víctima que hubiese constituido el sustento de tales dependientes si la víctima hubiese vivido una vida normal; algunas veces más una suma por el dolor, la angustia y la pérdida de la compañía.¹⁵² La política regulatoria, por lo general, ignora la pérdida de los dependientes.¹⁵³ ¿Cuál es el tratamiento adecuado?

preferencia expresa has demostrado que el nivel de pavor parece influir en la relación entre el riesgo percibido, el beneficio percibido y la aceptación del riesgo.

¹⁴⁹Ver COSTA, Dora L. y KAHN, Matthew E., *The Rising Price of Nonmarket Goods*, 93 Am. Econ. Rev. Papers & Proceedings 227, 229 tabla 1, 2003, sugiere un valor probable para el 2002 de US\$ 12 millones. Como evidencia reciente de que las cifras actuales son ciertamente muy bajas, ver VISCUSI, W. Kip, *Racial Differences in Labor Market Values of a Statistical Life*, 27 J Risk & Uncertainty 239, 252 tabla 5, 2003, halló valores de hasta US\$ 15.1 millones en el caso de hombres blancos. En el contexto de la regulación del asésico, la EPA también indicó en su análisis de sensibilidad que un ajuste de los dólares actuales incrementaría el VSL de US\$ 6.1 millones a US\$ 6.7 millones. 66 Reg Fed en 7012 (citado en la nota 9). Como evidencia reciente que sugiere que el VSL actual es de US\$ 4.7 millones para toda la muestra, US\$ 7 millones para los obreros hombres, y US\$ 8.5 millones para las obreras mujeres, ver de Viscusi, 42 Econ. Inquiry en 39 tabla 3 (citado en la nota 56), compila los resultados en base a regresiones logarítmicas usando variables de riesgo no fatal de los datos que cumplen los riesgos de muerte por industria y ocupación.

¹⁵⁰Ver Parte III.A.3.

¹⁵¹Ver ALDY, Joseph E. y VISCUSI, W. Kip, *Age Variations in Workers' Value of Statistical Life* 23-24, 45 tabla 5, Harvard Law and Economics Discussion Paper No 468, 2004, en línea en <http://ssrn.com/abstract=607204>, visitado el 10 de febrero de 2005.

¹⁵²Ver DOBBS, 2 *Dobbs Law of Remedies* § 8.3(4) at 430-34, § 8.3(5) en 440-43 (citado en la nota 11).

¹⁵³Nuestros bisqueadas en la base de datos del Registro Federal no han revelado análisis de impacto regulador alguno que intente monetizar las pérdidas de los dependientes que resulten de la muerte de la persona que brinda el sustento a la familia.

Un acto por el cual muere quien constituye el sustento perjudica a los dependientes de dos maneras: primero, los dependientes sienten dolor o angustia emocional; y segundo, los dependientes se ven privados de sustento. Es posible, obviamente, que la WTP de las personas incorpore estos daños. Cuando un trabajador, por ejemplo, está dispuesto a pagar US\$ 60 por eliminar el riesgo de 1/100,000, una parte de dicha cifra refleja el deseo del trabajador de reducir las pérdidas de aquellos que dependen de él. No obstante, para que esto sea así, los trabajadores tendrán que ser puramente altruistas, así como estar alertas ante el universo de pérdidas, y creemos que es poco probable que las cifras WTP incorporen totalmente tales pérdidas. La medida en la que lo hacen es una cuestión empírica sobre qué información está faltando. El dolor y los ingresos perdidos generan temas muy distintos y, por ello, los discutiremos por separado.

2.1. El dolor

Cuando una persona muere, sus dependientes, como su cónyuge y sus hijos, sienten dolor. El dolor es una pérdida de bienestar y los responsables potenciales deberían tener esta pérdida en cuenta junto con otras pérdidas más convencionales. Muchas personas que no son los dependientes sentirán dolor, incluyendo los amigos y los hijos adultos, y el dolor que sienten estas personas también constituye una pérdida de bienestar. No obstante, limitaremos nuestra atención a los dependientes, para quienes la angustia emocional es particularmente aguda.

Si la WTP de las víctimas potenciales incluye el dolor de sus dependientes, no es necesario analizar el dolor por separado; pero, como hemos sugerido, esto es dudoso. Otra razón para excluir al dolor es la dificultad de monetizarlo. ¿Cómo puede determinarse la WTP del dolor? La pregunta misma puede parecer absurda. Para estar seguros, es fácil imaginar preguntas sobre el valor contingente que plantear: ¿cuánto estaría dispuesto a pagar hoy para no sentir dolor si un ser querido muere en algún momento en el futuro? Pero sospechamos que sería muy difícil para las personas responder esta pregunta. A pesar de que ellas ven el dolor como una pérdida de bienestar, y siendo todas las cosas iguales, preferirían evitarlo, podrían pensar que *deben* sentir dolor si un ser querido muere y, en todo caso, les sería muy difícil o tal vez incluso imposible monetizar el valor de no sentir dolor.

Otras preguntas sobre la valoración contingente parecen más prometedoras. Por ejemplo, podría preguntarse a las personas: ¿cuánto estarían dispuestas a pagar para evitar que su cónyuge se vea sometida a un riesgo de muerte de 1/50,000? Esta pregunta, cuya respuesta debería incorporar el dolor anticipado, no es básicamente diferente a las otras que son tomadas seriamente en el contexto de la política reguladora.⁹⁸ Pero los estudios sobre valoración contingente, por lo general, enfrentan serios aspectos de confiabilidad.⁹⁹ La valoración de los riesgos que enfrentan los seres queridos presenta, extrañamente, estos aspectos de manera precisa.

Un mejor enfoque consistiría en encontrar representaciones; consideremos, por ejemplo, el problema de valorar el dolor que se siente por la muerte del cónyuge. Los estudios muestran que las personas casadas son más felices que las personas solteras y que esta felicidad es en parte el resultado de la cercanía emocional y la compañía.¹⁰⁰ A pesar de que el trabajo no se encuentra

⁹⁸Ver SUNSTEIN, Cass R., *The Arithmetic of Aesthetics*, 90 Georgetown L.J. 2255, 2275 (2002); BATEMAN and WILLIS, eds., *Valuing Environmental Preferences* (citado en la nota 57).

⁹⁹Ver STEWART, Richard B., *Liability for Natural Resource Injury: Beyond Tort*, en REVEZ, Richard L., y STEWART, Richard B., eds., *Analyzing Superfund: Economics, Science, and Law* 219, 234-37. Resources for the Future 1995, recolecta las demandas que afirman que las investigaciones sobre valoración contingente no pueden crear un mercado hipotético realista para la conservación de los recursos ambientales ya que producen resultados muy diferentes basados en la secuencia y el texto de las preguntas, y generan resultados irracionales debido a las tendencias cognitivas. Ver de manera general el Simposio, *Contingent Valuation*, 8 J Econ. Perspectives 3, Otoño 1994.

¹⁰⁰Ver ED DIENER, et al., *Similarity of the Relations Between Marital Status and Subjective Well-Being Across Cultures*, 31 J Cross-Cultural Psychology 419, 419-20, 432-33, 2000, cita estudios que concluyen en que las personas casadas reportan de manera

en una etapa avanzada, sugiere que la diferencia entre la felicidad de una persona casada y una viuda puede cuantificarse empleando escalas simples basadas en evaluaciones subjetivas del bienestar emocional de uno mismo.¹¹¹ Para derivar una WTP a evitar el dolor ocasionado por la muerte del cónyuge, se necesitaría: primero, determinar el período de tiempo aproximado durante el cual persiste el dolor (por ejemplo, hasta volverse a casar); segundo, encontrar una diferencia de felicidad equivalente en un área de la vida que ha sido monetizada de manera confiable (por ejemplo, la WTP para evitar una enfermedad o la depresión); tercero, convertir esta diferencia en unidades anuales; y cuarto, multiplicar el primer requisito por el tercero.

Un estimado bastante crudo puede obtenerse a partir de un estudio reciente, el cual muestra que una persona que es casada tiene un nivel de felicidad auto-reportada equivalente a la que siente una persona viuda que recibe una suma extra de US\$ 100,000 al año (en dólares de 1990), pero que, de lo contrario, es equivalente.¹¹² Si el número promedio de años antes de volver a casarse o el final "natural" del matrimonio original (mediante divorcio o muerte natural) es, digamos, cinco años, entonces la pérdida de bienestar es equivalente a aproximadamente US\$ 500,000 (o casi US\$ 400,000, con descuentos). Enfatizamos que esta cifra es solo para fines ilustrativos, tanto porque la metodología es diferente de la de VSL estándar como porque esta es muy nueva y se encuentra en una etapa temprana de prueba y desarrollo. Además, el estudio no capta el dolor; si algo capta, es el equivalente monetario de la reducción de bienestar por no tener un cónyuge (una cifra que puede ser mayor o menor que el dolor debido al homicidio culposo del cónyuge). Aun así, el estudio muestra que las sumas en consideración no son triviales y que ciertamente serán mucho mayores cuando el difunto tenga múltiples dependientes, hijos y cónyuge.

Cualesquiera que sean las fallas de este método, es probable que sea superior a las alternativas actuales. El Derecho Regulador implícitamente trata este WTP como equivalente a cero, lo cual no puede ser correcto a menos que el WTP de la víctima incluya las pérdidas de los sobrevivientes. El Derecho de la Responsabilidad Civil plantea la pregunta al jurado, el cual, sin orientación alguna, probablemente establezca sumas que son poco confiables, impredecibles o ambos. Los jurados deben asumir la difícil tarea de traducir el dolor en sus equivalentes monetarios, basándose solo en sus juicios, los cuales, según lo sugieren los estudios, son sistemáticamente incorrectos. Por ejemplo, las personas tienden a pensar que las víctimas de traumas nunca recuperan totalmente su sentido de bienestar, cuando realmente el dolor o la angustia mental que se produce por dichos traumas por lo general se disipan después de algunos años.¹¹³

Concluimos que cierta suma por el dolor debería incluirse tanto en los veredictos de los jurados como en evaluaciones reguladoras de la pérdida asociada a los riesgos de mortalidad. Cualquier cifra en particular presenta cierto grado de arbitrariedad, pero en base a la evidencia

consistente mayor bienestar subjetivo que las personas que nunca han estado casadas y las personas que sí han estado casadas anteriormente; ARDYLE, Michael, *Causes and Correlates of Happiness*, en: KAHNEMAN, Daniel, DIEBNER, Ed, y SCHWARTZ, Noether, *Well-Being: The Foundations of Hedonic Psychology* 353, 359-62, Russell Sage 1999, señala que los efectos positivos del matrimonio aparecen después de controlar la edad, sexo, ingresos, y las características psicológicas pre-existentes, y sugiere que el sustento social conyugal en parte explica estos efectos.

¹¹¹Ver FREY, Bruno S. y STUTZER, Alois, *Happiness and Economics* 57-58, 62-63, Princeton 2002, señala la producción de beneficios psicológicos del matrimonio y de la realización regresiones sobre los datos que indican una correlación significativamente negativa en términos estadísticos entre el bienestar subjetivo y las viudas o los viudos que siguen sin vincularse.

¹¹²El estudio esencialmente establece correlaciones entre la felicidad auto-reportada, por un lado, y diversos hechos en la vida, riqueza, etc., por otro lado. Ver BLANCHFLOWER, David G. y OSWALD, Andrew J., *Well-Being Over Time in Britain and the USA*, 88 J Pub Econ 1359, 1373 (2004). Ver también de CLARK, Andrew E. y OSWALD, Andrew J., *A Simple Statistical Method for Measuring How Life Events Affect Happiness*, 31 Int J Epidemiology 1139, 1140-41, 2002, describe la ecuación de compensación hecha en la vida/ilustro y concluye, en base a una investigación del bienestar auto-reportado en Gran Bretaña, en que la viudez podría compensarse con £170,000.

¹¹³Ver BRICKMAN, Philip, COATES, Dan, y JANOFF-BULMAN, Ronnie, *Lottery Winners and Accident Victims: Is Happiness Relative?*, 37 J Personality & Soc Psychology 917, 920-24, 1978, sostiene que los resultados de un estudio sobre felicidad auto-

actual, US\$ 500,000 no sería el peor punto de donde partir; es ciertamente preferible a cero.

2.2. La pérdida del sustento

Cuando una persona muere, los dependientes son privados de la parte de los ingresos de la víctima y de los recursos que se usaron para su beneficio; es tentador pensar que la pérdida de bienestar monetizada –la WTP del dependiente para evitar la pérdida de sustento– es equivalente al sustento perdido, pero es probable que ello no sea cierto.

Para analizar por qué, imaginemos un hogar constituido por dos personas que son "H" y "W"; este es quien produce el sustento y "H" se encarga de la casa; "W" produce \$50,000 al año y repentinamente muere. ¿Qué cantidad de dinero será necesaria para compensar a "H" por la pérdida de sustento?

La respuesta no es US\$ 50,000 al año (es decir, una suma alzada de US\$ 1 millón), es posible que muchas personas en la posición de "H" consigan ahora un empleo en el que gane, digamos, US\$ 30,000 al año. La mayoría de "H's" por lo general no estarán mejor que antes, desde un punto de vista meramente financiero, pero sería erróneo decir que están peor que teniendo US\$ 50,000 al año. El nuevo hogar conformado por una persona recibe solo US\$ 20,000 menos al año y "H" no comparte sus ingresos con "W".

"H" ahora debe trabajar, y quizás deba pagar a alguien para que limpie la casa, pero tampoco tiene que hacer los servicios de la casa que en parte beneficiaban a "W", como lo hacía antes de su muerte.

Aun si "H" no pudiera trabajar (supongamos que estuviera discapacitado), la respuesta correcta no es probablemente US\$ 50,000. Por una razón, "W" puede destinar solo una pequeña parte de sus ingresos para mantener a "H". Tal vez gaste US\$ 30,000 en ella, y solo US\$ 20,000 en él. Por otro lado, "W" puede invertir un trabajo importante no remunerado en el sustento de "H"; por ejemplo, puede cocinar para él. La consideración anterior sugiere que US\$ 50,000 es demasiado, y esta última sugiere que US\$ 50,000 es muy poco.

Incluso podemos imaginar situaciones extremas en las que el dependiente se favorece (financieramente) con la muerte de la persona que aporta el sustento. Supongamos que un padre de familia descuida a sus hijos y les proporciona comida y ropa inadecuadas; el padre muere y los hijos son llevados a la casa de unos parientes o a un centro de adopciones, donde reciben comida y ropa adecuadas. Desde la perspectiva del sustento financiero (mas no necesariamente del bienestar emocional), los niños están mejor, no peor; la pérdida de sustento ocasionada por la muerte es nula. Estos ejemplos sugieren que un alto grado de individualización es adecuado para los juicios sobre la pérdida de sustento; ninguna cifra uniforme tendría sentido. Para los reguladores, que tratan con poblaciones en lugar de individuos, sería necesario evaluar el promedio a nivel de la población para los beneficiarios relevantes.

¿Cómo debería calcularse la pérdida de sustento? Consideremos primero la muerte de un cónyuge en una familia que no tiene hijos. En cuanto a la teoría, un enfoque sensible sería determinar las economías de escala a partir de la producción en el hogar.¹¹⁴ Consideremos a dos personas que tienen hogares separados; supongamos que sus costos conjuntos anuales sean "C"; ahora estas personas forman un solo hogar; sus costos conjuntos anuales bajan a "C'" porque una cocina es más económica que dos y así sucesivamente. Como una primera aproximación, $5(C - C')$ sería el costo (financiero) anual para una persona a partir de la muerte de la otra. Si en

reportada entre los ganadores de la lotería y las víctimas de un accidente que han quedado parálisis fueron consecuentes con la teoría que sostiene que los hechos positivos y negativos dejarán de afectar la felicidad con el paso del tiempo.

¹¹⁴Ver BECKER, Gary S., *A Treatise on the Family* 30–53, Harvard esajed ed 1991, analiza la división de las labores dentro de los hogares y sugiere que los miembros eficientes de los hogares se especializan en el mercado o en el capital del hogar.

promedio a una persona le toma "X" años establecer un nuevo hogar después de la muerte del cónyuge, entonces el costo financiero es $5X(C - C')$, cifra que puede derivarse de los estudios existentes que analizan el costo financiero del divorcio.¹¹⁵

Cuando existen hijos, los cálculos son más complejos. Si uno de los padres muere, los hijos se ven privados de la inversión de la víctima en el cuidado de los mismos, suma que puede ser monetizada en forma (muy) aproximada usando los datos del mercado sobre el costo de las niñeras y similares. Si un padre soltero muere, o ambos mueren, los hijos deben ser entregados a una nueva familia. Los padres adoptivos reciben un subsidio del Estado; esta es una primera aproximación de la carga financiera y tiene que ser asumida por el responsable o por la entidad reguladora. Los amigos o parientes que se hacen cargo de ellos también incurrir en gastos adicionales, por los cuales deben ser compensados, limitados por cualquier economía de escala (por ejemplo, un tercer hijo probablemente requerirá menos ayuda financiera al margen que un primer o segundo hijo).

Notoriamente, el Derecho de la Responsabilidad Civil algunas veces intenta manejar estos problemas complejos; pero lo hace de una manera imperfecta. En las jurisdicciones con normas más sofisticadas, los tribunales solo adjudican una parte de los ingresos perdidos por los dependientes del difunto, después de restar los gastos y el consumo futuro del difunto. El Fondo de Compensación del 11 de Setiembre también adopta este enfoque; como hemos indicado, los ingresos perdidos probablemente no sean los mismos que la pérdida de bienestar monetizada.

La política reguladora ignora por completo el sustento perdido, lo cual no sería un enfoque indefendible si los estudios de la WTP incorporaran de manera implícita las expectativas de los sujetos respecto del sustento perdido para sus dependientes en caso de muerte.¹¹⁶ Al menos en teoría, un trabajador que exige una prima de riesgo por trabajo peligroso podría aplicarla en parte de modo que pudiera adquirir un seguro adicional para sus dependientes. La cifra WTP, en este supuesto, refleja no solo la pérdida hedónica de la vida por parte del trabajador, sino también la de bienestar del mismo por el sustento perdido esperado para los dependientes.¹¹⁷ Como hemos señalado en el contexto análogo del dolor, el problema es que la WTP no reflejará completamente el sustento perdido si la persona que aporta dicho sustento no es plenamente altruista (el altruismo pleno es raro) o si no piensa cuidadosamente en las necesidades de sus dependientes en caso se produzca su muerte. Creemos que es más sensible adoptar el enfoque que describimos anteriormente que asumir que el problema es solucionado por la WTP de la víctima.

No obstante, debe hacerse un ajuste en el contexto regulador, simplemente debido a que las regulaciones necesariamente protegen a un gran número de personas y, por ello, los estimados a nivel de población más que a nivel individual son inevitables. Resulta difícil defender la completa exclusión del sustento perdido de la práctica reguladora actual.

¿En cuánto deben valorar las agencias reguladoras la pérdida de los dependientes? Nuestro argumento anterior sugiere que el valor debería ser igual a las economías de escala del hogar perdidas hasta que surja uno nuevo constituido por dos personas. Para hogares de dos personas,

¹¹⁵Ver, por ejemplo, HOLDEN, Kates C. y SMOCK, Pamela J., *The Economic Costs of Marital Dissolution: Why Do Women Bear a Disproportionate Cost?*, 17 *Ann Rev Soc* 51, 1991, señala que "se espera cierta baja en el bienestar económico (...) simplemente debido a las pérdidas en las economías de escala"; WEISS, Robert S., *The Impact of Marital Dissolution on Income and Consumption in Single-Parent Households*, 46 *J Marriage & Fam* 115, 1984, detalla la pérdida de ingresos en la mayoría de hogares después de un divorcio y señala que los ingresos en los hogares donde se ha producido un divorcio bajan masivamente y que en los hogares que antes percibían ingresos altos o medianos el porcentaje de ingresos asignado a los alimentos y la vivienda aumenta.

¹¹⁶Como se señaló en la Parte III.2.1, un punto similar puede resaltarse respecto de cómo las agencias ignoran el dolor.

¹¹⁷De hecho, Viscusi concluye en que cuando los beneficios de compensación de los trabajadores son altos, los trabajadores aceptan una compensación de salario. Ver VISCUSI, *Fatal Tradeoffs* en 80-81 & tabla 5-1 (citado en la nota 55), indica que los trabajadores están dispuestos a privarse de doce centavos en sus salarios por cada dólar correspondiente a beneficios de compensación de los trabajadores.

este es el costo adicional (o los menores beneficios) que resulta cuando una persona se muda de un hogar de dos personas a uno conformado por una persona.

Como ejemplo, imaginemos que el hogar de dos personas tiene un ingreso conjunto de US\$ 50,000 tanto antes como después de la separación, pero el costo de vida se incrementa en US\$ 5,000 por persona al momento de la separación, y que, en promedio, cada persona podría formar un nuevo hogar de dos personas tres años después de disolverse el anterior. Ahora, supongamos que una de las personas muriera; la pérdida de sustento para la otra sería de US\$ 5,000 al año durante tres años; su gasto adicional.¹¹⁸ No hemos tratado de determinar el monto real. Pero a la luz de los niveles de ingresos actuales, las economías del hogar, y otros aspectos, sospechamos que el monto correcto será de miles o tal vez decenas de miles de dólares por muerte.

3. Los niños

Debido a su foco de atención tradicional en la pérdida de ingresos, el Derecho de la Responsabilidad Civil deberá producir cifras bajas para la pérdida de la vida de un niño, los que carecen de dependientes; por ello, los responsables que los asesinan no tienen que pagar indemnizaciones por daños por la pérdida de sustento en estados que aplican la teoría de la pérdida de los dependientes. Si las adjudicaciones reales son menores para los niños que para los adultos, es una pregunta difícil; no obstante, dada la discreción del jurado, y no tenemos una respuesta plena, a pesar de que los datos existentes no nos brindan algunas pistas.¹¹⁹ Por el contrario, la política reguladora trata a la vida de un niño y a la de un adulto de la misma forma, a pesar de que si las agencias usan el valor de un año de vida estadística¹²⁰ (VSLY), la vida de un niño sería valorada en un monto más alto debido a que este tiene una esperanza de vida mayor.¹²¹ ¿Cuál sería el tratamiento adecuado?

¹¹⁸Este es un estimado conservador; los ingresos y el consumo bajan precipitadamente después del divorcio y se mantienen bajos por varios años. Para ver algunas estadísticas (fechadas), ver WEISS, J., *Marriage & Fam* en 116-17 & tabla 1, 119 (citado en la nota 115), indica la cantidad de ingresos perdidos en los hogares donde se había producido un divorcio en 1972 indicando que el "jefe de familia" aportaba un promedio de 80 por ciento de los ingresos. Las mujeres también experimentan una baja mayor en los ingresos después de la muerte del cónyuge que los hombres. Ver BURKHAUSER, Richard V., BUTLER, J.S., y HOLDEN, Karen C., *How the Death of a Spouse Affects Economic Well-Being After Retirement: A Hazard Model Approach*, 72 Soc Sci Q 504, 512-16 & tablas 3-4, 1991. HURD, Michael D. y WISE, David A., *The Wealth and Poverty of Widows: Assets Before and After the Husband's Death*, in David A. Wise, ed., *The Economics of Aging* 177, Chicago 1989.

¹¹⁹Para un estudio anterior, ver OAKES FINKELSTEIN, Michael, PICKREL, Patricia A., y GLASSER, Gerald J., *The Death of Children: A Nonparametric Statistical Analysis of Compensation for Anguish*, 74 Colum L Rev 884, 887 tabla 1, 1974, establece un monto indemnizatorio medio de US\$ 25,000 durante el período 1967-1972. La comparación más cercana la podemos encontrar en los datos de Patricia Danzon sobre las indemnizaciones por negligencia médica (no limitada a los adultos) en 1970 (US\$ 18,770) y 1974 (US\$ 52,575). No obstante, el tamaño de su muestra es muy pequeño (3 en 1970, y 17 en 1974), de modo que tenemos dudas de que pueda plantearse comparaciones. DANZON, Patricia M., *Medical Malpractice: Theory, Evidence, and Public Policy* 41 tabla 3.1, Harvard 1985. En el conjunto de datos JVS, las cifras mediana y promedio para los adultos ascienden a US\$ 1.5 millones y US\$ 2.4 millones; para los menores de edad, US\$ 1 millón y US\$ 3.7 millones. Ver nota 38. De acuerdo con Jury Verdict Research, *Cyrene Award Trends* en 30-32 (citado en la nota 46), las cifras mediana y promedio para los hombres adultos es de US\$ 2.0 millones y US\$ 4.4 millones; para los hombres menores de edad, US\$ 1.2 millones y US\$ 4.9 millones (comparar las cifras para las mujeres adultas y las mujeres menores de edad). Lo que es sorprendente aquí es que el promedio para los niños es mayor pero la mediana es menor; razón por la cual como máximo en cada caso se puede observar. US\$ 55.4 millones para los hombres adultos y US\$ 328 millones [sic] para los hombres menores de edad. Como se indicó, estas cifras incluyen los daños punitivos, y sospechamos que, a pesar de que en promedio los jurados valoran a los niños menos que a los adultos, las muertes de los niños suelen provocar mayor indignación e indemnizaciones extremas.

¹²⁰Ver nota 9.

¹²¹Para anotaciones relevantes pero no concluyentes, ver Circular OMB en 31 (citado en la nota 8).

¹²²La valoración de los resultados de salud en los niños e infantes plantea desafíos especiales. Es poco factible medir la disposición de un niño para pagar por la mayoría de la salud y la preocupación de un adulto por su propia salud no es necesariamente relevante para la valoración de la salud de un niño. Por ejemplo, las primas de salario exigidas por los trabajadores para aceptar empleos peligrosos no se traducen en normas que logran garantizar en cuanto a la salud de los niños.

3.1. El criterio de los padres

Una posibilidad tentadora sería basarse en los criterios de los padres. Un estudio reciente intenta determinar el VSL de los niños analizando el mercado de los cascos de seguridad de bicicletas para niños. Dichos cascos reducen la probabilidad de muerte alrededor de 4/1,000,000 por año para los niños entre cinco y nueve años y de 6/1,000,000 para los niños entre diez y catorce años. En 1997, el costo anualizado de un casco fue de alrededor de US\$ 6.51. Los autores descubrieron que, dados los datos del mercado sobre la disposición de los padres para comprar cascos, el padre promedio implícitamente se le atribuyó un VSL de US\$ 2.7 millones para niños entre cinco y nueve años, y US\$ 2.6 millones para niños entre diez y catorce años; por el contrario, el VSL para adultos que compraron cascos para ellos mismos fue de US\$ 4.0 millones (todas las cifras expresadas en dólares de 1997).¹²²

El problema del estudio es que ni siquiera pretende mostrar cuánto están dispuestos a pagar los niños por reducir el riesgo de muerte; lo que sí muestra es que los adultos están dispuestos a pagar por reducir el riesgo de muerte de sus hijos. La WTP del padre de familia para evitar la muerte de un hijo no es una buena representación de la pérdida de bienestar del niño, porque estos padres no son puramente altruistas y están dispuestos a intercambiar el riesgo de muerte de sus hijos por otras cosas como su propia utilidad de consumo.¹²³ Si quisiéramos descubrir cómo valoran los niños los riesgos de mortalidad, tendríamos que observar sus propias actitudes y comportamientos; sin embargo, los niños normalmente no tienen ingresos, raramente toman sus propias decisiones sobre la compra de equipos de seguridad y tienen poco criterio respecto de los riesgos. Por estas razones, un estudio que intente calcular la WTP de los niños para evitar riesgos nos diría muy poco o nada acerca de la pérdida de bienestar ocasionada por su muerte. Si supiéramos que un niño de diez años está dispuesto a pagar US\$ 1 por evitar un riesgo de 1/10,000, aún no sabríamos nada respecto de cómo el Derecho de la Responsabilidad Civil y la política reguladora deberían valorar su muerte.

3.2. Los niños y el bienestar

¿Qué debería hacerse? La piedra de toque es la pérdida de bienestar, y un niño pierde el suyo como resultado de la muerte. Así, deberíamos asignar algún WTP por la muerte de alguno de ellos. No puede evitarse cierta arbitrariedad, pero una posibilidad sería seguir la práctica actual y usar el VSL estándar uniforme usado para los adultos. Este enfoque presenta la ventaja de no ser claramente inferior a las alternativas. Otro enfoque sería tomar el VSL para los adultos y multiplicarlo por el número de años de vida proyectado, punto de vista que coincide con el interés general, en muchos círculos, de enfocarse en la vida-años estadística así como, o

Existen algunos estudios que examinan la disposición de los padres para pagar por invertir en la salud y la seguridad de sus hijos. Algunos de estos estudios sugieren que los padres pueden valorar la salud de los hijos más que su propia salud (...). Para las normas en las que se esperan ganancias en la salud tanto entre los niños como entre los adultos (...), los valores monetarios para los niños deberían ser por lo menos tan altos como los valores para los adultos (para las mismas probabilidades y resultados) salvo que exista evidencia específica que sugiera lo contrario.

¹²²JENKINS, Robin R., OWENS, Nicole, y BEMBENEK WIGGINS, Lanele, *Valuing Reduced Risks to Children: The Case of Bicycle Safety Helmets*, 19 Contemp Econ Policy 397, 403-04 & tablas 1-2, 2001. También ver CARLIN, Paul S. y SANDY, Robert, *Estimating the Implicit Value of a Young Child's Life*, 58 S Econ J 186, 197, 1991, determinan que el valor que los padres atribuyen a los hijos equivale a 87% del VSL adulto. No todos los estudios establecen VSLs de los padres más bajos para los niños, y ciertamente algunos determinan en realidad valores más altos. Ver, por ejemplo, BLOMQUIST, Glenn C., MILLER, Ted R., y LEVY, David T., *Values of Risk Reduction Implied by Motorist Use of Protection Equipment: New Evidence from Different Populations*, 30 J Transport Econ & Policy 55, 64, 1996, determinan VSL equivalentes a US\$ 2 millones para los adultos y US\$ 3-5 millones para los VSL de los padres para los niños (todas las cifras expresadas en dólares de 1991).

¹²³Esta parece ser la conclusión de Jenkins, Owens, y Wiggins, 19 Contemp. Econ. Policy en 407 (citado en la nota 122), aunque confusamente parecen rechazar la relevancia de su propio estudio y defender el uso de los VSL adultos para los niños.

además, en las vidas estadísticas.¹²⁴ Otra posibilidad sería estimar los ingresos futuros de un niño víctima, y luego determinar su VSL o sus VSLY extrapolándolos de las cifras de un adulto que tiene esos ingresos futuros.¹²⁵ En los dos últimos casos, los menores tendrían valoraciones de vida más altas que las de los adultos, lo cual parece intuitivamente correcto.¹²⁶ Consideramos que el segundo enfoque (multiplicar el VSLY adulto por la esperanza de vida del niño víctima) parece ser lo más razonable, pero no existe una manera simple de establecer su superioridad.

3.3. Compensando el comportamiento de los padres

No obstante, debe calificarse una conclusión a favor de cualquiera de los tres enfoques. Los riesgos que enfrentan los niños están, en gran medida, controlados por sus padres, y uno debe tener cuidado en que la política regulatoria y la autonomía de los padres no choquen, produciendo resultados perversos. En cierto sentido, este problema no es único en el contexto de la valoración de las vidas de los niños. La compensación del comportamiento puede ocurrir en muchos contextos.¹²⁷ Pero los mecanismos aquí tienen características distintivas.

Para analizar el problema, consideremos un caso simple en el que un hogar que se beneficia con una regulación también incurre en costos. Supongamos que un Padre "P" está dispuesto a pagar US\$ 20 para evitar un riesgo de muerte de 1/100,000 para su hijo "C". Una agencia dicta una regulación que obliga a "P" a pagar, digamos, US\$ 50 para evitar este riesgo comprando cascos de seguridad, asientos de auto u otros dispositivos de seguridad para niños. A pesar de que "P" ahora debe pagar US\$ 50 para reducir este riesgo y así evitar una sanción legal, este mantiene la discrecionalidad de gastar menos dinero en "C". Si "P" puede ahorrar dinero reduciendo la seguridad en otro margen, uno que no esté regulado por la agencia así lo hará. Por ejemplo, tal vez "P" deje de enviar a "C" a la escuela en el ómnibus (lo cual es seguro, pero costoso) y lo envíe en un auto colectivo (que es más económico pero más riesgoso). Incluso si "P" no puede hacerlo, puede gastar menos dinero en "C" de otras maneras: por ejemplo, comprando menos juguetes o ropa o alimentos. Bajo los supuestos descritos, tanto el bienestar de "P" como el de "C" ha disminuido como resultado de la regulación.¹²⁸

Estos problemas no muestran que los VSL de los niños siempre deberían ser tratados

¹²⁴El enfoque tiene sus orígenes en el trabajo de ZECKHAUSER, Richard y SHEPARD, Donald, *Where Now for Saving Lives?*, 40 *L. & Contemp. Probs.* 5, 11–15, Otoño 1976, compara los medios de la vida estadística con los medios de vida-año estadístico ajustado a la calidad, resultando que algunas políticas parecen ventajosas bajo un tipo de medida y desventajosas bajo otro. Para una visión general, ver SUNSTEIN, Cass R., *Lives, Life-Years, and Willingness to Pay*, 104 *Colum. L. Rev.* 205, 2004, trata las demandas que afirman que enfocarse en los años-vida en lugar de las vidas mismas constituye una discriminación impermisible contra los ancianos, los problemas al medir la WTP en la duración de la vida, las situaciones en las que los beneficiarios de una regulación no pagan sus costos, y otros temas relacionados.

¹²⁵Ver COHEN, 34 *Emery L.J.* en 331–32 (citado en la nota 37), sostiene que "de lejos las más importante (...) fuentes de variación" en la WTP son "el consumo y el bienestar en la vida descontados", y luego recomienda que los tribunales usaran que un niño tendrá ingresos futuros determinados de alguna manera por los ingresos de sus padres. Este enfoque nos parece incorrecto por las razones explicadas en la Parte III.B.

¹²⁶No sería necesariamente el punto de vista de aquellos que piensan que el bienestar es completamente subjetivo. Pero no aceptamos este punto de vista acerca del bienestar. Pocas personas fuera del campo de la economía piensan que es correcto, e incluso los economistas no creen que sea adecuado para los niños. Ver de manera general ADLER, Matthew D. y POSNER, Eric A., *Rethinking Cost-Benefit Analysis*, 109 *Yale L.J.* 145, 1999, discute los puntos de vista objetivos y subjetivos respecto del bienestar en el campo de la economía de bienestar.

¹²⁷Ver WILDFE, Gerald J.S., *Tortful Risk* 17–29 (PDF 1994).

¹²⁸Ver, por ejemplo, de BERGSTRÖM, Theodore C., *Benefit Cost Analysis and the Entanglements of Love* 5–6, manuscrito inédito 2003, en línea en: <http://www.econ.ucsb.edu/~tedb/Courses/UCSBjfrreadings/childhealth2.pdf>, visitado el 10 de febrero de 2005, sostiene que incluso si los padres tienen una WTP que coincide con las preferencias de sus hijos, es posible elaborar proyectos aparentemente beneficiosos en cuanto a costos que contribuirán a peores resultados para los niños en algunos hogares ya que los bienes suministrados por el proyecto serán una fuerte compensación por otros bienes.

como menores que los de los adultos, pero destacan algunas dificultades de la visión contraria.¹²⁹ El nivel adecuado de ajuste es una pregunta empírica sobre qué información se encuentra ausente. Si los padres hacen ajustes en la forma descrita, entonces sería incorrecto basar el VSL de un niño en los VSLY de los adultos. Por otro lado, se desconoce en qué medida los padres realizan ajustes de esta manera; sospechamos que en algunas situaciones no realizarán muchos o incluso ninguno; la sola idea puede parecer inverosímil para algunos lectores.

No tenemos una conclusión simple respecto de la valoración adecuada de los riesgos de mortalidad que afrontan los niños. Ciertamente, el Derecho de la Responsabilidad Civil se equivoca al excluir la pérdida hedónica del niño e incluir solo la angustia que sienten los padres. Para los reguladores, quizá el menor enfoque sería multiplicar el VSLY por el número de vida-años restantes, con un monto inferior (probablemente en el rango de la valoración de los padres de US\$ 2-3 millones) empleado para las regulaciones a las que deben ajustarse los padres (tal vez los asientos de seguridad del niño). El Derecho de la Responsabilidad Civil adjudica una suma dentro de este rango por la pérdida hedónica del niño a partir de su muerte.

4. Pérdida para la sociedad

Algunas veces los comentaristas sostienen que el Derecho de la Responsabilidad Civil subestima la pérdida de la vida porque ignora el costo para la "sociedad".¹³⁰ La mayoría de las personas generan un valor que no consumen totalmente ni lo dan a sus dependientes; el cual beneficia a los extraños en la sociedad. Los trabajadores producen bienes que los consumidores valoran más que el precio que pagan; los empresarios inician nuevos negocios que dan empleo a las personas; estas donan a la caridad; los inventores inventan productos cuyo valor es mayor que lo que ellos pueden obtener a través de las leyes sobre patentes; lo mismo se aplica para los autores de libros y las protecciones de los derechos de propiedad intelectual; se producen innumerables actos de buen samaritano; y muchas personas dedican sus vidas al servicio público. Cuando estas personas mueren, ¿no se produce una pérdida para la sociedad más allá de la pérdida para la persona que muere y su familia y amigos más cercanos? Probablemente es extraño, debido a que ni el Derecho de la Responsabilidad Civil ni el Derecho Regulador toman en cuenta estas pérdidas.¹³¹ Aquí, como en cualquier otro lugar, existen dificultades obvias para la monetización, pero el no asignar valor alguno es confuso.

Una respuesta es que estos beneficios pueden ser más pequeños de lo que inicialmente parecían. Los mercados de trabajo son amplios y el costo de reemplazar a un trabajador que muere por lo general será trivial (recordemos que aquí estamos hablando de pérdidas para la sociedad; las pérdidas para el trabajador y los dependientes son evaluados independientemente). Asimismo, muchas personas hacen cosas malas así como buenas y, presumiblemente, los actos hostiles o agresivos deben ser restados de los actos de buen samaritano. Finalmente, en la medida en que el tamaño de la población sea una preocupación para el crecimiento económico o para los fines de seguridad nacional, el gobierno cuenta con muchas herramientas a su disposición para

¹²⁹Existen numerosas complicaciones que no podemos discutir. Por ejemplo, dos padres que están divorciados o que son mutuamente hostiles; y los padres que valoran a sus hijos de manera diferente. Para una discusión, ver *id.* en 16-19 (evalúan el efecto de estas situaciones en la eficiencia Pareto de los programas que exigen incrementos en la salud del niño). Además, es posible que no nos interese si el bienestar del niño disminuye si su seguridad aumenta; es decir, puede estar bien que el padre reduzca los juguetes pero no la seguridad como respuesta a la regulación.

¹³⁰Ver, por ejemplo, MILLER, 83 *Nw U L. Rev.* at 877 (citado en la nota 79), resume los argumentos que sostienen que los valores de la vida en base al valor de producción de riqueza menos el consumo ignoran el verdadero valor económico de los individuos para la sociedad, y, por ejemplo, que el consumo, como objetivo de la producción, no debería descontarse.

¹³¹En el derecho de la responsabilidad civil, la doctrina de causalidad próxima evita la recuperación por parte de las personas cuyos daños son lejanos a la responsabilidad civil. Ver DOBBS, *The Law of Torts* § 180 en 443 (citado en la nota 62). Esta doctrina parece asumir que los daños a estas personas son probablemente pequeños o difíciles de probar.

ajustarlo. Puede emitirse visas temporales para los trabajadores extranjeros; la migración puede aumentar y otras barreras contra la migración pueden ser reducidas o eliminadas. Las políticas de control natal pueden ajustarse para aumentar o disminuir a la población según sea necesario.

Debería pensarse bien en monetizar la pérdida para la sociedad cuando una persona muere. Asumamos nuevamente que el sistema legal tiene un hedómetro social, uno que puede medir esa pérdida y convertirla en equivalentes monetarios. Parece claro que si pudiera hacerse una evaluación exacta de la pérdida, aquellos que someten a las personas a riesgos de mortalidad deberían exigir que se tome en cuenta dicha pérdida. La pregunta es cómo proceder ante la ausencia de un hedómetro. Una posibilidad sería tratar de determinar cuánto están dispuestas a pagar las personas para evitar la muerte de conocidos casuales. A su vez, de esta pregunta surgen algunos de los temas involucrados en la monetización del dolor; así, si las sumas relevantes suelen ser bajas, la práctica actual podría estar justificada; pero se tiene que trabajar mucho más en este tema.

5. Los extranjeros

Muchos actos culposos asesinan a personas que no son ciudadanos estadounidenses, algunas de estas residen en Estados Unidos de América, ya sea legal o ilegalmente (ambos son "residentes extranjeros", para los fines de este artículo); otros viven fuera de dicho país ("no residentes extranjeros"). Algunos de estos actos culposos son cometidos por estadounidenses o por compañías manejadas por estos o que les pertenecen predominantemente; otros son cometidos por extranjeros. Todos estos actos están regulados potencialmente por el Derecho de la Responsabilidad Civil y el Derecho Regulator estadounidense.

Consideremos dos ejemplos, uno del derecho de responsabilidad civil y otro de la regulación ambiental. En *Filartiga contra Pensa-Irala*,¹⁵² caso que involucra la tortura y asesinato de un ciudadano paraguayo por un oficial de policía de la misma nacionalidad, actuando como demandantes, el hermano y el padre de la víctima interpusieron una demanda ante un tribunal estadounidense al amparo de la Ley de Demandas de Responsabilidad Civil de Extranjeros.¹⁵³ Un magistrado les concedió una indemnización por daños y perjuicios ascendente a US\$ 375,000 por la angustia emocional, gastos médicos y de sepelio, y pérdidas similares. Esta indemnización compensatoria es baja para los estándares estadounidenses, pero ello se debe probablemente a que los ingresos y gastos en Paraguay son mucho menores que en Estados Unidos de América.

Muchas sustancias tóxicas producidas en Estados Unidos de América contaminan territorios fuera de sus fronteras. La mayor parte del trabajo de la EPA involucra leyes netamente nacionales, y la EPA se niega a considerar las vidas extranjeras al momento de evaluar las regulaciones basadas en dichas leyes, aun cuando la evidencia muestra que la sustancia que está siendo regulada atraviesa las fronteras y daña el medio ambiente extranjero.¹⁵⁴ Si es adecuado tener en cuenta las vidas de los extranjeros, entonces los análisis costo-beneficio en los que se ha basado la EPA subestima los beneficios de las regulaciones.

¹⁵²577 F Supp 860, ED NY 1984.

¹⁵³28 USC § 1350, 2000.

¹⁵⁴Ver FEIN, Ronald, Note, *Should the EPA Regulate Under TSCA and FIFRA to Protect Foreign Environments from Chemicals Used in the United States?*, 35 Stan L. Rev. 2153, 2169-70, 2003, señala que la EPA ha afirmado que la Ley de Control de Sustancias Tóxicas fue promulgada para proteger a los ciudadanos estadounidenses en el territorio estadounidense y que de manera explícita excluye la consideración de los efectos económicos y de salud extranjeros al formular regulaciones sobre el asbesto. Ver también MERRILL, Thomas W., *Guides Rules for Transboundary Pollution*, 46 Duke L.J 931, 956, 959-60, 1997, señala que a pesar de que la Ley de Agua Limpia anterior a la EPA que ordena a los gobernadores de los estados que prevengan o eliminen la contaminación que cruza las fronteras internacionales en algunas situaciones, una interpretación estrecha de las situaciones de autorización ha hecho que la disposición sea ineficiente.

Estos ejemplos reflejan una versión internacional de la tensión nacional entre el Derecho de Responsabilidad Civil y el Derecho Regulador. Debido a que el derecho de la responsabilidad civil en otros países, como en Estados Unidos de América, se limita principalmente a indemnizar a los dependientes, las indemnizaciones extranjeras por responsabilidad civil, por lo general, subestiman la pérdida de la víctima. Debido a que los tribunales americanos por lo general respetan las leyes extranjeras en los casos en los que los daños se han producido en suelo extranjero, los montos indemnizatorios por responsabilidad civil bajos en otros países son incorporados de manera implícita a la política extranjera de este país. Por el contrario, su política reguladora por lo general ignora a los extranjeros. ¿Qué enfoque es el correcto?

Nuestro argumento hasta aquí ha sido que el VSL debería reflejar la disposición de las personas para pagar por evitar los riesgos. Debido a que la disposición para pagar por evitar los riesgos aumenta con los ingresos, las personas más pobres tienen VSL más bajos que aquellas adineradas.¹²⁹ Debido a que muchos extranjeros son significativamente más pobres que los estadounidenses, tendrán VSL más bajos.¹³⁰ Reflejando las diferencias en la riqueza a nivel nacional, el VSL es altamente variable entre las naciones.¹³¹ Los estudios arrojan VSL muy bajos, de hasta US\$ 200,000 para Taiwán, US\$ 800,000 para Corea del Sur, y US\$ 1.2 millones para la India, pero también muestran altos de hasta US\$ 21.7 millones para Canadá y US\$ 19.1 millones para Australia.¹³² Consideremos la siguiente tabla:

TABLA 4
VSL Entre las Naciones¹³³

Nación y año del estudio	VSL (expresado en dólares estadounidenses del 2000)
Japón (1991)	US\$ 9.7 millones
Corea del Sur (1993)	US\$ 0.8 millones
Canadá (1989)	US\$ 3.9–4.7 millones
India (1996–1997)	US\$ 1.2–1.5 millones
Taiwan (1997)	US\$ 0.2–0.9 millones
Australia (1997)	US\$ 11.3–19.1 millones
Hong Kong (1998)	US\$ 1.7 millones
Suiza (2001)	US\$ 6.3–8.6 millones
Reino Unido (2000)	US\$ 19.9 millones

Asimismo, algunos extranjeros pueden tener VSL más bajos que los de los estadounidenses debido a diferencias culturales y sociales. Por ejemplo, si las personas en una cultura extranjera

¹²⁹Para evidencia, ver VISCUSI y ALDY, 27 *J Risk & Uncertainty* en 36–43 & tablas 6–8 (citado en la nota 54).

¹³⁰Ver id en 36, señala que los países en desarrollo tienden a tener VSL del mercado de trabajo más bajos que los de los países desarrollados, y sugiere que la "causa dominante" de la diferencia es una mayor pobreza en los países en desarrollo.

¹³¹Id en 19–21 tabla 2, 27–28 tabla 4.

¹³²Ver id en 27–28 tabla 4.

¹³³Los datos de esta tabla se han obtenido de los datos de Viscusi y Aldy, id en 26–30 & tabla 4.

no temen a la muerte tanto como los estadounidenses, tendrían VSL más bajos, quedando todo lo demás igual. La conclusión de que los extranjeros deberían tener VSL más bajos surgen del argumento de que los VSL deberían reflejar los costos sociales. Naturalmente, algunas personas, en algunos países pueden temer a la muerte más que los estadounidenses y no menos.

El uso de un número especial para los VSL extranjeros podría parecer inofensivo¹⁴⁹, pero ciertamente como regla general es más consecuente con el bienestar de ellos que el punto de vista contrario. En consecuencia, nuestra conclusión general es que, al existir el Derecho común y tomar decisiones reguladoras, los Estados Unidos de América debería utilizar el VSL de las personas en otros países y no el de sus ciudadanos.¹⁵⁰ Para justificar esta conclusión, es necesario hacer ciertas distinciones.

Primero, consideremos el caso en el que un extranjero, en particular en un país extranjero, disfruta del beneficio y asume el costo de una regulación o una regla del Derecho de la Responsabilidad Civil. Por ejemplo, una regulación laboral exige que los proveedores extranjeros de bienes para el mercado estadounidense proporcionen dispositivos de seguridad a los trabajadores. Los trabajadores están dispuestos a pagar US\$ 20 para evitar un riesgo de muerte de 1/100,000; el dispositivo de seguridad elimina dicho riesgo, pero genera una reducción de US\$ 30 en el salario. Salvo que la cifra WTP sea producto de la ignorancia o de alguna falla de racionalidad,¹⁵¹ la regulación perjudica a los trabajadores en lugar de beneficiarlos.

Segundo, consideremos el caso en el que un extranjero no residente disfruta del beneficio de la regulación mientras que otro (que vive en el mismo país) asume el costo. Una regulación exige a las fábricas que reduzcan sus niveles de emisiones; los vecinos estarían dispuestos a pagar US\$ 100 para reducir el riesgo de muerte generado por las emisiones, pero los consumidores locales asumen un costo de US\$ 200 por los precios más altos. Si los vecinos y los consumidores tienen la misma riqueza, la regulación simplemente redistribuye la riqueza de un grupo al otro; no incrementa el bienestar, sino que más bien lo reduce. Si los vecinos son más pobres que los consumidores, entonces la regulación podría estar justificada, pero lo que la justifica es el beneficio de distribución y no el uso de VSL inflados. Si Estados Unidos desea efectuar una redistribución de la riqueza entre los grupos en otros países, y pretende usar el Derecho Regulatorio y de la Responsabilidad Civil para hacerlo, no existe razón alguna para limitar estas normas a los casos de muerte; podrían ser utilizadas para los perjuicios no fatales también; el uso de VSL inflados (es decir, estadounidenses) solo ocultaría la naturaleza de la intervención reguladora.

Otra pregunta sería esta: aun asumiendo que la redistribución es correcta, ¿por qué Estados Unidos querría redistribuir la riqueza en otros países a través del Derecho Regulatorio o de la Responsabilidad Civil? Un problema es que, salvo que dicho país asuma el control del gobierno del país extranjero, este gobierno podrá deshacer la redistribución estadounidense usando los impuestos y otros instrumentos. En todo caso, normalmente tendría más sentido para Estados Unidos negociar con el gobierno las redistribuciones de la riqueza, en lugar de intervenir unilateralmente. Finalmente, si la intervención unilateral ocurriera, los tribunales (en el caso del Derecho de la Responsabilidad Civil) parecerían ser un vehículo pobre; resultando mejor confiar

¹⁴⁹Ciertamente, la incoherencia de los tribunales con ello podría explicar su disposición para adjudicar indemnizaciones por daños punitivos, aun cuando no se encuentran disponibles bajo la ley extranjera, y así la indemnización viola la elección de principios de ley—lo cual genera niveles muy altos de indemnizaciones por daños. El caso *Pillariga* es un ejemplo, 377 F Supp en 867 (se estableció una indemnización de US\$ 10 millones por daños punitivos y US\$ 375,000 por daños y perjuicios).

¹⁵⁰Para un argumento similar, ver JONES-LEE, Michael, *Valuing International Safety Externalities: Does the "Golden Rule" Apply?*, 29 *J Risk & Uncertainty* 277, 2004, sostiene que los países desarrollados deberían valorar los factores externos que sus políticas reguladoras generan para los países en desarrollo en los niveles relativamente bajos en los países en desarrollo en lugar de los niveles altos de los propios países desarrollados.

¹⁵¹Ver SUNSTEIN, 54 *Duke L. J* en 411 (citado en la nota 94).

en el Departamento de Estado y otras agencias del ejecutivo. El hecho que este país se haya preocupado poco por la distribución de la riqueza en otros países—concentrándose en el comercio, la seguridad y los derechos humanos—sugiere que la redistribución indirecta a través del Derecho de la Responsabilidad Civil y Regulador no sería popular en términos políticos.

Tercero, consideremos el caso en el que los extranjeros no residentes gozan del beneficio de la regulación, y los ciudadanos estadounidenses asumen el costo. Supongamos que una regulación que reduce las emisiones que dañan la capa de ozono impone costos desproporcionados sobre los estadounidenses, quienes pagan los precios más altos, dando mayores beneficios netos a las personas que viven en otras partes del mundo. A su vez, consideremos dos versiones de esta regulación: la primera (un control de contaminación bajo) está basada en un análisis costo-beneficio que valora las vidas de los extranjeros menos que las vidas de los estadounidenses; la segunda (control de contaminación alto) está basada en un análisis costo-beneficio que valora las vidas de los extranjeros y las de los estadounidenses de igual manera (en el nivel de Estados Unidos). Bajo los supuestos descritos, la segunda redistribuye los recursos de los estadounidenses a las personas que viven en otros países. ¿Qué regulación es superior?

En abstracto, la respuesta no es clara, y la pregunta no puede enfocarse de manera sensible sin considerar la política exterior estadounidense hacia las naciones que se benefician con la regulación. Consideremos la relación entre este país y, digamos, la India, los dos Estados pueden obtener muchas ganancias cooperando mutuamente, pero también existe el peligro de conflicto. Para simplificar, supongamos que Estados Unidos desea tres cosas de la India: cooperación en seguridad (como derechos de vuelo), un mercado abierto para sus productos y una mejora en el trato de las minorías religiosas. India busca de Estados Unidos cosas similares: asistencia diplomática en sus continuas disputas con Pakistán, un mercado abierto para sus productos y una mejora en el trato de sus nacionales residentes por parte de los estadounidenses. Supongamos que en una hipotética "etapa 1", ambos países logran un equilibrio entre sus objetivos: cada uno le da al otro un poco de lo que quiere.

Ahora, en la "etapa 2", una agencia reguladora estadounidense emite una regulación ambiental que beneficia a la India considerablemente, generando un gran costo para los ciudadanos estadounidenses. En este punto, las autoridades diplomáticas de este país podrían argumentar que debido a que se está otorgando a la India un nuevo beneficio (digamos, menos inundación de las áreas litorales), la India debería responder otorgando a aquel un nuevo beneficio (digamos, más comercio); a su vez, podría responder diciendo gracias por reducir las inundaciones costeras—es importante—, pero ello no es más importante para nosotros que preservar nuestra industria nacional X. En resumen, la nueva regulación interfiere en el equilibrio cooperativo de dichos países: Estados Unidos, quien percibe que da más de lo que recibe, (en teoría) responderá eliminando algunos otros beneficios e India hará lo mismo. El nuevo equilibrio podría involucrar un menor nivel de cooperación, uno en el que Estados Unidos proporcione a la India algo de poco valor para India y así obtener algo de poco valor a cambio, salvo que el gobierno estadounidense pueda cambiar la regulación de manera que beneficie a la India menos.¹⁴²

Nuestro punto es que, bajo determinadas circunstancias, las regulaciones y las normas de responsabilidad civil que se basan en VSL extranjeros inflados redistribuirán la riqueza de los estadounidenses entre los gobiernos extranjeros. Dichas transferencias no serán muy populares en abstracto, al menos no entre los estadounidenses. No obstante, podrían ser deseables por razones de política exterior o justicia social, pero deberían ser reconocidas como tales; el uso del VSL inflado oculta la magnitud de la transferencia e incluso su naturaleza. Además, las transferencias

¹⁴²Obviamente, eso sería imposible, en cuyo caso la cooperación no debería disminuir.

—ya sean disfrazadas a través de los VSL inflados o no disfrazadas— deberían ser coherentes con la política exterior; de lo contrario, podrían generar resultados perversos o ser ineficiente.

La conclusión simple es que en muchas circunstancias imaginables, un VSL alto, para las personas en otros países, producirá una redistribución perversa o una redistribución para la cual no existe un reclamo fuerte. Aun cuando la redistribución a través de un VSL alto parece deseable (porque beneficia a la gente pobre en un balance), existen muchas preguntas sobre si las agencias reguladoras deberían adoptarla. Además, como regla general, tanto las agencias como los tribunales deberían emplear un VSL que intente coincidir con la cifra en la nación relevante.

IV. PROPUESTAS PARA LA REFORMA

1. En uso del VSL en las Regulaciones

El Derecho de la Responsabilidad Civil ofrece dos lecciones principales a la política regulatoria: la primera involucra la necesidad de un mayor grado de individualización; mientras que la segunda implica la necesidad de prestar atención a los intereses de los dependientes. Un sistema de valoración diseñado adecuadamente se movería básicamente en ambas direcciones.

1.1. La individualización

Hemos visto que, bajo la teoría que las agencias ahora emplean, el VSL se calcula en base a la disposición de las personas para pagar, teoría que genera serias dudas respecto del uso por parte del gobierno de una cifra uniforme. El valor adecuado varía de acuerdo a los riesgos y a las personas; si, por ejemplo, el riesgo va acompañado de un alto grado de dolor y sufrimiento, merece mayor atención que si no es así; una conclusión que es respaldada por los estudios que han establecido una especie de "prima" para las muertes accidentales.¹⁴⁴ Las agencias deberían por lo tanto proporcionar un VSL más alto para los riesgos de cáncer que para otros, una posibilidad que la EPA ha reconocido en su "análisis de sensibilidad" sobre el arsénico.¹⁴⁵ Debería hacerse mucho más a respecto de esto¹⁴⁶, ya que como lo demuestra el Derecho de la Responsabilidad Civil, es extremadamente difícil defender una cifra uniforme.

Las variaciones entre las personas también son importantes. Para asegurarse, no es práctico pensar que los reguladores deberían individualizar totalmente los riesgos entre ellas, en parte debido a que las regulaciones por lo general afectan a muchas personas a la vez; pero son posibles distinciones menos claras. Por ejemplo, las personas mayores de sesenta años tienden a mostrar un VSL más bajo que el de las personas entre los treinta y cuarenta años.¹⁴⁷ Los reguladores podrían basarse en estas cifras para generar diferentes montos para los programas que protegen a las personas en los distintos puntos, a lo largo del espectro de las edades. Poniendo de lado el difícil caso de los niños, las regulaciones de la agencia deberían establecer un valor más bajo cuando la clase beneficiada está conformada principalmente por personas de la tercera edad. Un

¹⁴⁴Ver REVESZ, 99 Colum L. Rev en 972-74 (citado en la nota 96), reporta una WTP más alta para evitar la muerte por cáncer que para evitar la muerte imprevista, instantánea.

¹⁴⁵66 Reg Fed en 7013 (citado en la nota 9), indica que el Consejo de Asesoría en Ciencia de la EPA recomendó que los ajustes a los estimados de VSL "deberían ser considerados en un análisis de sensibilidad que incluya los ajustes (...) para una "prima de cáncer". Ver también 65 Reg Fed en 38945 (citado en la nota 16).

"Otros factores que pueden incluirse en el estimado de los beneficios económicos asociados con las facultades por cáncer evitadas (...) se encuentran una posible "prima de cáncer" (es decir, el valor o la suma adicional que las personas podrían estar dispuestas a pagar para evitar las experiencias de dolor, dolor y sufrimiento, y una calidad de vida disminuida asociada con las enfermedades relacionadas con el cáncer y finalmente la muerte)".

¹⁴⁶Ver SJUNSTEIN, 54 Duke L. J 385 (citado en la nota 94).

¹⁴⁷Ver ALDY y VISCUSI, *Age Variations in Workers' Value of Statistical Life* en 24, 45 tabla 3 (citado en la nota 105).

movimiento en esta dirección tendría consecuencias importantes para la valoración; bajaría los beneficios monetizados de un número de programas que proporcionan ganancias en salud principalmente para estos ciudadanos.

Otras distinciones son posibles. Si un programa beneficiaría principalmente a personas adineradas, los reguladores podrían utilizar un VSL inusualmente alto. Este punto respaldaría un VSL más alto para las decisiones de seguridad que involucran a las aerolíneas; el opuesto exacto, no incidentalmente, de la práctica actual, que implica inusualmente un número bajo para la seguridad de las aerolíneas.¹⁸⁸ De manera más controversial, los programas que protegen a los pobres podrían recibir un VSL más bajo, de modo que sigan el enfoque del Derecho de la Responsabilidad Civil, al menos en los casos en los que aquellos que se benefician de la regulación también están pagando por ello. Una posible objeción a este enfoque es que, en algunas circunstancias, un VSL alto para los pobres podría ser beneficioso para los pobres, simplemente porque recibirían beneficios por los que solo pagarían una fracción del costo.

Aquí no resolvemos las complejidades obvias empíricas y éticas¹⁸⁹; sencillamente indicamos que un mayor grado de individualización sería preferible, que en la mayoría de los casos no generaría problemas éticos serios, y que el Derecho de la Responsabilidad Civil muestra que el paso hacia una mayor individualización es factible y consecuente con las prácticas e intuiciones tradicionales.

1.2. Los dependientes

Para la política reguladora, el vacío más obvio es que las cifras de las agencias no reconocen el hecho que una muerte ocasiona pérdidas de bienestar a muchas personas además de la víctima. Así, si un trabajador muere como resultado de agentes cancerígenos en el centro de trabajo, otras personas casi siempre serán afectadas. La agencia, al no tomar en cuenta las pérdidas de bienestar, genera cifras demasiado bajas.

Hemos sugerido la importancia de distinguir entre dos conjuntos de pérdidas: el dolor por un lado y los ingresos perdidos, por el otro. Según el Derecho de la Responsabilidad Civil, la individualización plena tendría en cuenta el hecho que la magnitud de tales pérdidas depende en gran medida de la situación en particular. Siendo otras cosas iguales, la pérdida de un padre que tiene seis hijos pequeños ocasiona un mayor perjuicio que la de alguien que no tiene dependientes. Si nuestros cálculos anteriores son correctos, muchos millones de dólares se agregarían a la evaluación convencional de los beneficios de una regulación que salvó la vida estadística de dicho padre.

Una dificultad importante aquí es que las regulaciones de la agencia protegen a clases amplias de personas y por ello es poco práctico pensar que las agencias deberían emplear criterios completamente individualizados respecto de las pérdidas de bienestar. Pero no resulta poco práctico pensar que las agencias deberían ajustar sus cifras de manera que garanticen que tales pérdidas importantes no sean ignoradas. Como en el caso de los riesgos estadísticos, podrían consultarse los estudios de valoración contingente y la evidencia del mercado para generar cifras adecuadas para el dolor. Hemos planteado algunas sugerencias sobre cómo esto podrían llevarse a cabo.¹⁹⁰ Para las regulaciones, las evaluaciones individuales son obviamente imposibles, pero una cifra positiva es mejor que ninguna y los promedios a nivel de la población serían un punto de partida sensible.

¹⁸⁸Ver Tabla 2, que muestra una cifra más baja para la Administración de Aeronáutica Federal que para la EPA.

¹⁸⁹Para una explicación sobre algunas de estas complejidades, ver SUNSTEIN, 54 *Duke L.J.* 385 (citado en la nota 94).

¹⁹⁰Ver la Parte III.B.1.

En el contexto regulatorio, existe una nota de precaución. Cualquier esfuerzo de individualización tendría un alto grado de prominencia política y sin duda movilizaría los intereses afectados. Aun si las ciencias sociales fuesen menos ambiguas que ahora, los grupos bien organizados sin duda realizarían peticiones especiales, intentando mover las prácticas de la agencia en direcciones de su preferencia. Una cifra uniforme ayuda a aislar a las agencias de estos tipos de presiones. En el contexto de los juicios de responsabilidad civil, la individualización no afronta estas presiones, y por ende existe poca necesidad de aislamiento. En principio, no obstante, la individualización es preferible claramente y parece pesimista pensar que el esfuerzo por obtener una mayor precisión debería ser rechazado debido a los posibles efectos de las maniobras de los grupos de interés.

2. El uso del VSL en el Derecho de la Responsabilidad Civil

En los procesos de homicidio culposo, las indemnizaciones por daños podrían calcularse de la siguiente manera.

2.1. La pérdida hedónica de la víctima

Para los fines de disuasión, el responsable debería pagar la suma que la víctima estaría dispuesta a realizar para evitar el riesgo que le ha sido impuesto por las acciones del responsable, dividida entre el riesgo (R/q). Las indemnizaciones por daños no deberían estar basadas en los ingresos perdidos; como en el contexto regulatorio, estos ingresos no son una buena representación de la pérdida de la víctima. La disuasión puede satisfacerse a través del pago al gobierno, pero si se paga a los herederos o dependientes de la víctima, entonces también se logra la compensación indirecta.

La suma puede calcularse de dos maneras. Primero, podría emplearse el VSL (o VSLY) usado por las agencias, con cualquier ajuste que fuese necesario para reflejar los factores individuales: la preferencia de riesgo del demandado, la esperanza de vida (si se emplea el VSLY), la riqueza, la calidad de vida y otros. Ciertamente, es posible que el propio salario de la víctima refleje su VSL si tuviese un trabajo de riesgo, en tanto las agencias utilicen una cifra uniforme, los tribunales podrían empezar con una cifra estándar de US\$ 6 millones y luego hacer ajustes según sea adecuado. Si estas emplean cifras más refinadas, como hemos argumentado que deberían hacer, entonces los tribunales podrían empezar con dichas cifras y efectuar los ajustes adecuados en esa suma.

Segundo, podría solicitarse al jurado que determine la pérdida hedónica; no obstante la pregunta adecuada para el jurado no sería: ¿cuál es el valor de los placeres de la vida que ha perdido la víctima? Pregunta que es demasiado abstracta. Un planteamiento mejor sería: estime la cantidad de dinero que la víctima hubiese pagado para evitar el riesgo en cuestión.¹⁵² Obviamente, una respuesta abstracta a esa pregunta no sería confiable; los estudios de VSL no deberían emplearse para instruir a los jurados sobre las valoraciones comunes, para que sus propios estimados sean informados y no arbitrarios.¹⁵³

¹⁵²Jennifer Arlen sostiene que "los tribunales son incapaces de realizar tales cálculos, argumentando que los cálculos mentales de los tribunales no se acercarían siquiera a niveles de recuperación eficiente a los establecidos por la legislación, determinando una sana plava legal para los casos de homicidio culposo con la esperanza de que los resultados sean eficientes en promedio." ARLEN, Nota, 60 NYU L. Rev. en 1134 (citado en la nota 70). Puede ser cierto que las legislaturas pueden funcionar mejor que los tribunales, pero ello no es argumento para otorgar indemnizaciones por daños equivalentes a cero o una suma constante (arbitraria). Recordemos también que no estamos explorando los temas complejos que surgen por la posible diferencia entre la disposición para pagar y la disposición para aceptar.

¹⁵³Muchos tribunales se han negado a admitir el testimonio de los estudios de VSL, argumentando que la ciencia no cumple con el estándar establecido en *Daubert contra Merrell-Dow Pharmaceuticals, Inc.*, 509 US 579, 589-90, 1993, requiere que el testimonio pericial basado en el conocimiento científico tenga una base confiable y esté sustentado en los métodos y procedimientos de la

Para garantizar indemnizaciones consecuentes y racionales, preferiríamos en gran medida el primer enfoque (que consiste en indemnizaciones determinadas por los jueces), en base a que los jurados no están bien preparados para responder estas preguntas. Pero si un rol fuerte del mismo se considera importante, el segundo también funcionaría, en tanto sus criterios estén disciplinados mediante testigos peritos y el tribunal.

Esta reforma tendría un impacto significativo sobre las indemnizaciones por responsabilidad civil, especialmente para las personas de la tercera edad en los Estados que admiten las pérdidas no hedónicas. Podemos ver la lógica de nuestro argumento en el trabajo en algunos Estados que admiten la pérdida hedónica. Consideremos el caso *Thomas contra Hilborn*¹⁵³, un caso de Mississippi en el que el jurado estableció una indemnización por daños por homicidio culposo ascendente a US\$ 300,000 al hijo de la víctima de setenta y cinco años de edad.¹⁵⁴ En la apelación, el demandado argumentó que la indemnización debería reducirse a US\$ 66,311 por los ingresos perdidos, más algunos miles de dólares por gastos médicos, gastos de sepelio, y daños a la propiedad. El tribunal rechazó el argumento porque Mississippi era (en ese momento) un Estado que admitía la pérdida hedónica. A pesar de que nuestro enfoque hubiese sugerido un veredicto de algunos millones de dólares o algo similar, dependiendo de la riqueza y otras características de ella, el tribunal claramente reconoció el punto clave de que la pérdida hedónica de un anciano es mucho mayor que sus ingresos perdidos.¹⁵⁵

En el contexto de la responsabilidad civil, existe una complicación adicional. La valoración de los riesgos estadísticos se ha realizado para riesgos de magnitudes específicas, que normalmente varían entre 1/10,000 y 1/100,000.¹⁵⁶ En la medida en que el Derecho de Daños trata los riesgos en este rango, el uso de cifras de la agencia es completamente adecuado; pero debe quedar claro que estas cifras no tienen que ser tomadas para sustentar un VSL que es independiente de la probabilidad.¹⁵⁷ Supongamos que las personas estuvieran dispuestas a pagar US\$ 60 para eliminar un riesgo de 1/100,000. De aquí no se deriva que las personas estarían dispuestas a pagar US\$

ciencia opuestas a la creencia subjetiva o a la especulación sin sustento. Ver, por ejemplo, *Ayers contra Robinson*, 887 F Supp 1049, 1059-64, ND Ill 1995, se rechazó un estimado VSL en *Daubert* porque su uso de los ajustes y la selección de los estudios a partir de los cuales se obtuvo el estimado eran "una simple técnica de observación" y por lo tanto no eran científicos, ya que el rango de los resultados de diversos estudios indicaban que tal testimonio no podía ayudar al jurado, y debido a que el estimado no estaba correctamente adaptado para ese caso en particular. Esto nos parece un error. Para una discusión, ver SLESINGER, *Reuben E., The Demise of Hedonic Damages Claims in Tort Litigation*, 6 J Legal Econ 17, Otoño 1996. Algunos tribunales también rechazan los estudios VSL basándose en que dichos estudios reflejan las pérdidas de otras personas, no las de la víctima que es el sujeto de la controversia de responsabilidad civil. No obstante, los tribunales suelen emplear estadísticas sobre otras personas para determinar las indemnizaciones por daños en los casos de responsabilidad civil. Por ejemplo, cuando los tribunales calculan los ingresos perdidos para determinar las indemnizaciones por daños para los dependientes, utilizan tablas de mortalidad; estas tablas están basadas en las vidas de otras personas, no en la vida de la víctima misma, lo cual no tendría sentido. Así como los tribunales emplean estadísticas sobre otras personas para estimar la esperanza de vida de la víctima, los tribunales deberían emplear estadísticas sobre otras personas para estimar cuánto estaría dispuesta a pagar la víctima para evitar el riesgo de muerte.

¹⁵³654 S2d 898, Miss 1995.

¹⁵⁴Id en 903.

¹⁵⁵Id. Ver también *Motorola Communications and Electronics, Inc contra Wilbertson*, 555 S2d 713, Miss 1989, se estableció una indemnización de \$150,000 por la muerte de un hombre de ochenta y cinco años de edad en base a la evidencia de pérdida para la sociedad y dolor y sufrimiento; *Marcotte contra Timberlane/Hampstead School District*, 143 NH 331, 713 A2d 394, 407-08, 1999, se estableció una indemnización de \$900,000 por la muerte de un niño cuyos ingresos futuros perdidos fue de \$700,000 en base a que los daños por la pérdida de la vida son subjetivos y deberían determinarse de manera impresionista por el jurado. *New Hampshire* también reconoce las pérdidas hedónicas en los casos de homicidio culposo. Ver id en 399-405, se dictó una instrucción que autorizaba al jurado a considerar la "incapacidad del difunto (...) de continuar y disfrutar de la vida en la manera que hubiera vivido".

¹⁵⁶VISCUCCI, 42 Econ Inquiry en 35 tabla 1, citado en la nota 56.

¹⁵⁷Ver POSNER, Richard A., *Catastrophe: Risk and Response* 165-71, Oxford 2004, sostiene que la WTP para la reducción de riesgo está relacionado con la probabilidad, a pesar de que no se trate de una relación lineal; ARLEN, 60 NYU L Rev en 1133, citado en la nota 70, las preferencias del "individuo no son lineales en cuanto al riesgo; en otras palabras, mientras más alta sea la

6,000 para eliminar un riesgo de 1/1000, o US\$ 60,000 para eliminar un riesgo de 1/100, o US\$ 600,000 para eliminar un riesgo de 1/10. Es verosímil creer que la WTP de las personas para reducir los riesgos estadísticos no es lineal.¹⁹⁸ Al acercarse la probabilidad a 100%, las personas estarán dispuestas a pagar una suma por la reducción del riesgo que aumente en forma no lineal a 100% de sus ingresos y –hasta cierto punto– no estarán dispuestas a aceptar suma alguna a cambio de renunciar a su derecho a la vida.¹⁹⁹ De aquí resulta que si un demandado impone riesgos que son mucho más altos que aquellos con los que tratan las agencias, las cifras de la agencia serían demasiado bajas y, por lo tanto, el sistema de responsabilidad civil debería usar cifras significativamente más altas.

La variedad de desviación de los procesos de homicidio culposo, en términos tanto de probabilidad como de tipo de muerte, complica seriamente la indagación sobre las adecuadas indemnizaciones por daños. En tanto el sistema de responsabilidad civil lidie con probabilidades en el rango general con el que operan las agencias, puede mejorar la práctica de la agencia (adecuadamente reformada). En la medida en que el sistema de la responsabilidad civil lidie con la conducta más atroz –el homicidio, por ejemplo– el análisis regulador de la WTP no se aplica directamente, pero una suma estándar de (digamos) US\$ 6 millones, al menos proporciona una base adecuada. En tanto la conducta imponga riesgos de alta probabilidad, como la negligencia grave, una base similar es adecuada, complementada tal vez con una indemnización por daños punitivos. Estas sugerencias se encuentran en la línea de nuestro énfasis general en el hecho que todos los riesgos de mortalidad no son iguales. Lo que no puede defenderse es la exclusión total de los daños hedónicos en los procesos de homicidio culposo.

2.2. El perjuicio a los sobrevivientes

Como hemos visto, calcular la pérdida de los sobrevivientes es difícil en la práctica, pero conceptualmente es sencillo. Para los fines de la disuasión, los sobrevivientes deberían recuperar algo por su pérdida de bienestar: dolor, angustia mental, pérdida de compañía y otros. Es menos claro lo que los dependientes deberían recuperar en términos del sustento perdido (como los ingresos perdidos destinados a su cuidado). La recuperación conceptualmente adecuada es la suma de dinero que haría que el sobreviviente esté tan bien (financieramente) como estaría si la muerte no se hubiese producido, lo que normalmente estaría unido a la pérdida de la economía de escala del hogar y el grado de altruismo de quien aporta el sustento. Esta suma puede ser

probabilidad inicial de un individuo de morir (riesgo base) mayor será la compensación que exigirá para aceptar un determinado mayor riesgo de muerte dado.*

¹⁹⁸Ver POSNER, *Catastrophe* en 165–71 (citado en la nota 157).

¹⁹⁹Esto constituye una gran cantidad de trabajo sobre las disparidades entre la disposición para pagar y la disposición para aceptar (WTA). De manera general, ver KOROBIKIN, Russell, *The Endowment Effect and Legal Analysis*, 97 *Nw U L Rev* 1217, 2003, discute el “efecto de dotación”, que hace que el precio de las personas para vender sus bienes sea mayor que su disposición para pagar por obtenerlos, y discute cómo esto debería afectar la distribución inicial de bienes y las consecuentes normas de exigibilidad. Dichas disparidades se encuentran en el contexto de los riesgos. Ver, por ejemplo, VISCUSI, W. Kip, MAGAY, Wesley A., y HUBER, Joel, *An Investigation of the Rationality of Consumer Evaluations of Multiple Health Risks*, 18 *RAND J Econ* 465, 473–74 & tabla 2, 1987, describe una encuesta sobre valoración contingente en el que el 60% de los encuestados no estaban dispuestos a usar productos más riesgosos sin que se les pagara realmente por hacerlo, mientras que estarían dispuestos a pagar a lo mucho \$8 por item por una reducción de riesgo comparable. Surge que las personas pagarían menos para eliminar un riesgo de 1/100,000 que lo que exigirían para someterse a dicho riesgo. Id. en 469. Una ventaja de los datos de mercado en los que se basan actualmente las agencias es que la disparidad WTP-WTA es irrelevante. Si los trabajadores y los consumidores que enfrentan un riesgo de 1/100,000 reciben US\$ 60 como compensación, el resultado puede describirse en términos de WTA o WTP; dicha descripción es simplemente un tema de marco. Pero carecemos de datos de mercado confiables sobre cómo valorar riesgos mucho más altos; es decir, riesgos de 1/50, 1/20, o 1/10. Y por tales riesgos, las cifras WTA y WTP seguramente son diferentes, no porque la limitación de ingresos se aplica a la WTP y no a la WTA. Las personas indudablemente pagarían mucho por eliminar un riesgo de mortalidad de 1/20, pero exigirían aun más por someterse a ese riesgo, y muchas personas no aceptarían en dicho riesgo por suma alguna. No está totalmente claro, en principio, si la WTP o la WTA es adecuado, a pesar de que nuestra opinión es que la disposición para aceptar es correcta y por lo tanto la indemnización adecuada es infinita o mayor de lo que cualquiera pudiera pagar. Así, a un

mayor que los ingresos perdidos (si la víctima aporta mucho trabajo en el hogar que no es compensado en el mercado); y podría ser menor (si el sobreviviente puede obtener un empleo fácilmente y la víctima nunca fue muy generosa).¹⁶⁰

2.3. Probables efectos de las reformas

Si se adoptara nuestro enfoque, las indemnizaciones por responsabilidad civil se elevarían, en especial para los niños y los ancianos. Como hemos visto, las indemnizaciones por daños en caso de homicidio culposo actualmente se encuentran por debajo de US\$ 3 millones, en base a los ingresos perdidos, la angustia mental y otros perjuicios. En nuestro sistema, probablemente ascenderían a US\$ 6 millones o más para la persona promedio. Como en el caso de los niños, las indemnizaciones por responsabilidad civil actualmente deberían ser bajas en las jurisdicciones que excluyen los ingresos perdidos (aunque no es claro que este sea el caso); y, para los ancianos, las indemnizaciones por responsabilidad civil actualmente deberían ser (y aparentemente son) bajas incluso en las jurisdicciones que incluyen los ingresos perdidos, dado que sus años de ganancia prácticamente han concluido. Por el contrario, según nuestro enfoque, sus indemnizaciones probablemente ascenderían, nuevamente, al rango de US\$ 6 millones a más.¹⁶¹ Para los adultos que tienen dependientes, creemos que se agregaría un monto adicional de varios cientos de miles de dólares por dependiente a la base de US\$ 6 millones.¹⁶²

2.4. La reforma de la responsabilidad civil y los límites de las indemnizaciones por daños

Nuestras propuestas nuevamente analizan los esfuerzos actuales por limitar las indemnizaciones por responsabilidad civil, pero no son inconsecuentes con las mismas. Las propuestas de reforma de la responsabilidad civil se basan en la preocupación de que las indemnizaciones por responsabilidad civil (no solo las indemnizaciones por homicidio culposo) son arbitrarias y algunas veces demasiado altas. Los reformistas están preocupados principalmente por las indemnizaciones por daños punitivos y por los daños de dolor y sufrimiento, y las historias de horror típicas no involucran al homicidio culposo, sino, por el contrario, los daños físicos o financieros triviales que, por cualquier razón, generan indemnizaciones altas. Coincidimos en que las indemnizaciones existentes pueden ser impredecibles y demasiado altas, y también en que los límites y pautas pueden constituir una forma sensible de garantizar que las indemnizaciones por responsabilidad civil no sean arbitrarias.

A pesar de que los reformistas de la responsabilidad civil no se han centrado mucho en los casos de homicidio culposo ni han argumentado que las indemnizaciones resultantes son muy altas, una consecuencia no intencional de los límites para las indemnizaciones por el dolor o el sufrimiento puede ser reducir las indemnizaciones por homicidio culposo cuando deberían

bilionario que asesina a alguien tendría que confiscársele toda su fortuna. En la práctica, no obstante, probablemente no haga mucha diferencia el hecho que el sistema de responsabilidad civil no genere tales indemnizaciones altas, dado que toda la riqueza de la mayoría de los asesinos es extremadamente limitada.

¹⁶⁰Otro aspecto engañoso es que si la WTP de la víctima incorpora parcialmente las pérdidas en las que incurren los dependientes, entonces nuestro enfoque tendría dos cálculos. Un ajuste sería necesario para corregir este problema.

¹⁶¹Las personas ancianas aparentemente presentan VSLs que son equivalentes o no mucho menores (o incluso mayores) que los de las personas más jóvenes. Ver ALDY y VISCONSINI, *Age Variations in Workers' Value of Statistical Life* en 23-25, 45 tabla 3 (citado en la nota 105), indica que la función del VSL en la duración de la vida tiene "forma de U invertida", y concluye en que los trabajadores mayores de cincuenta y cuatro años muestran un VSL comparable al de los menores de veinticuatro años, a pesar de que son significativamente menores que los de aquellos que tienen entre veinticinco y treinta y cuatro.

¹⁶²Si la víctima padece dolor y sufrimiento inusuales antes de morir, incluyendo la angustia de anticipar su propia muerte en un futuro cercano, este costo puede que no se vea reflejado en los VSLs estándares. Así, debería otorgarse indemnizaciones por daños adicionales. También debería otorgarse indemnizaciones por gastos médicos y gastos de sepelio. Ver GEISTFELD, Mark, *Placing a Price on Pain and Suffering: A Method for Helping Juries Determine Tort Damages for Nonmonetary Injuries*, 83 *Calif. Rev.* 773, 823-10, 1995. Ver también LEEBRON, 64 *NYU L. Rev.* en 274-76, citado en la nota 23.

incrementarse. La razón es que en la mayoría de Estados en los que los tribunales no admiten indemnizaciones por pérdidas hedónicas, los tribunales por lo general se basan en los daños de dolor y sufrimiento para garantizar que las indemnizaciones por homicidio culposo no sean demasiado bajas. Dichas indemnizaciones ayudan a compensar el déficit que se genera por la falta de indemnizaciones por pérdidas hedónicas. En tanto la víctima realmente haya experimentado dolor y sufrimiento como resultado de la responsabilidad civil, sus herederos o dependientes tendrán derecho a recibir una suma sustancial. Si se limitan las indemnizaciones por el dolor y el sufrimiento, entonces las indemnizaciones por daños recibidas por homicidio culposo en los Estados que admiten las pérdidas no hedónicas serán demasiado bajas, sobretodo para las personas que perciben ingresos bajos o que no perciben ingreso alguno, tales como las amas de casa.¹⁰²

Reducir las indemnizaciones por daños por homicidio culposo siendo ya bastante bajas, debido a que pasan por alto las pérdidas hedónicas de la víctima, sería incorrecto. Sugerimos que, como parte de un paquete de reforma de la responsabilidad civil que limita las indemnizaciones por dolor y sufrimiento, la legislatura debería permitir también las indemnizaciones por pérdidas hedónicas en los casos de homicidio culposo. La combinación de un límite con las indemnizaciones hedónicas (debidamente disciplinadas) reduciría el riesgo de arbitrariedad y las indemnizaciones excesivas, como quisieran los reformistas, asegurando también una disuasión adecuada.

VI. PREGUNTAS POSITIVAS

En todo momento, nuestra discusión ha sido más normativa que positiva. Hemos intentado observar cómo el Derecho de la Responsabilidad Civil y la política reguladora podrían informarse mutuamente; cada uno tiene vacíos y debilidades importantes y el entendimiento de uno ayuda a la identificación de los problemas del otro. Pero no hemos abordado una pregunta positiva obvia: ¿por qué estas dos áreas del Derecho adoptan enfoques tan diferentes al valorar las vidas? Esta pregunta es difícil de responder sin el entendimiento de los antecedentes teóricos y de las cuestiones normativas subyacentes.

En esta parte, intentamos responder la pregunta positiva, y para hacerlo de manera que se sustente en el ejercicio reciente más visible en la valoración de las vidas humanas: la compensación por los ataques terroristas del 11 de septiembre del 2001. La exploración de ese esfuerzo tan disputado unirá varios hilos de nuestra discusión y también sugerirá direcciones potenciales para otros intentos administrativos de proporcionar una compensación por homicidio culposo.

1. *Ex ante, ex post* y la visibilidad

El inicio de una respuesta a la pregunta positiva es que a pesar de que las dos áreas del Derecho tienen un objetivo que se superpone —la disuasión de la conducta perjudicial— también tienen orígenes históricos y orientaciones radicalmente diferentes: el Derecho de la Responsabilidad Civil es *ex post* e individualizado y el Derecho Regulador es *ex ante* y generalizado. Como resultado, el Derecho de la Responsabilidad Civil es naturalmente más particular y menos pegado a la norma. El punto central *ex ante* de la regulación aleja a los administradores de los estándares específicos para cada caso y los acerca a los criterios pegados a la norma. Nuestra conclusión básica es que algunas de las diferencias claves entre el Derecho de la Responsabilidad Civil y la política reguladora surgen de la diferencia entre las perspectivas *ex post* y *ex ante* y, en particular, de las diferencias en los controles políticos sobre los dos cuerpos de leyes separados.

¹⁰²Ver ZIMMERMAN, Rachel y HALLINAN, Joseph T., *As Malpractice Caps Spread, Lawyers Turn Away Some Cases*, WALL ST JOURNAL, 8 de octubre de 2004, describe un proceso de homicidio culposo por la muerte de una ama de casa que los abogados rechazaron debido a que no se produjo pérdida de ingresos que recuperar y las indemnizaciones por daños ocasionales por el dolor y el sufrimiento fueron limitadas a US\$ 250,000.

La orientación *ex post* e individualista del Derecho de la Responsabilidad Civil tiene numerosas consecuencias. Primero, la valoración implícita (o explícita) de las vidas humanas en el contexto de la responsabilidad civil cuenta con amplia información. Los tribunales tienen acceso a una gran cantidad de evidencia sobre las partes y las circunstancias particulares. Bajo las normas de la evidencia, puede presentarse ante el tribunal la mayor parte de la evidencia relevante, y tanto el demandante como el demandado tienen incentivos para aprovechar estas normas. Dado que la víctima es una persona real, identificable, es natural que el tribunal determine la pérdida real, incluyendo las pérdidas de los dependientes, en lugar de basarse en promedios estadísticos. De hecho, no es necesario basarse en dichos promedios, los cuales proporcionan información menos exacta que los hechos mismos.

Segundo, las reparaciones de la responsabilidad civil hacen que el juzgador compare la condición de la víctima después del daño con su condición anterior al daño e ignore al resto de la sociedad. Este enfoque funciona bien cuando la responsabilidad civil ocasiona una pérdida financiera o un daño físico, pero cuando asesina a la víctima, el juzgador no tiene cómo comparar el bienestar posterior y el anterior al daño de manera tal que pueda monetizarse de un modo confiable. Para determinar la pérdida hedónica ocasionada por la muerte, uno no puede observar la experiencia de muerte real de la víctima; uno solo puede confiar en la inferencia estadística basada en la generalización realizada por el resto de la sociedad. Pero en vista de las tradiciones judiciales, esto sería poco común e incluso extraño en el plano de la responsabilidad civil.

Tercero, y conforme a los primeros dos puntos, las indemnizaciones por daños tienden a ser muy variables. Los jurados carecen de puntos de referencia, de modo que sus juicios dependerán en gran medida de la presentación de evidencia por parte de los abogados, y de cualquier otro recurso¹⁴⁴, prejuicio y expectativas que aporten los ciudadanos al jurado. Los jurados también podrían reaccionar emocionalmente ante el caso, o malinterpretar sus instrucciones, y permitir que factores irrelevantes (como el deseo de venganza) influyan en su determinación de la indemnización.

Cuarto, el Derecho de la Responsabilidad Civil normalmente tiene poca visibilidad pública, al menos a nivel del sistema. Las indemnizaciones individuales pueden concitar gran atención pública, pero el sistema de indemnizaciones —la indemnización mediana, la indemnización promedio.¹⁴⁵ Así, el escrutinio público es relativamente débil salvo y hasta que una red de indemnizaciones prominentes (como en el caso del Fondo del 11 de Setiembre) sea anunciada. Las dificultades de monetización, las cifras variables y la posible arbitrariedad de muchos resultados concitan poca atención bajo la forma de escrutinio y revisión, que no es la mejor debido a la naturaleza *ex post* del litigio y el hecho que las indemnizaciones se otorgan una por una.

¹⁴⁴Sobre la relevancia de las bases, ver CHAPMAN, Gretchen B. y JOHNSON, Eric L., *Incorporating the Irrelevant: Anchors in Judgments of Belief and Value*, en GILDOVICH, Thomas, GRIFFIN, Dale, y KAHNEMAN, Daniel, eds. *Hierarchies and Biases: The Psychology of Intuitive Judgments* 120, 137, Cambridge 2002, informa sobre un estudio los efectos de esperanza ocasionados por las indemnizaciones específicas de los demandante en el pedido de reparación en los veredictos sobre daños personales.

¹⁴⁵Ciertamente, las indemnizaciones extremas que reciben la atención de los medios son, según afirman algunos, muy pocas como para ser materia de interés. Ver JONES MERRITT, Deborah y ANN BARRY, Kathryn, *Is the Tort System in Crisis? New Empirical Evidence*, 60 Ohio St. L. J 315, 386-91, 1999, señala que los tasas de resultados favorables a nivel nacional en procesos de responsabilidad del fabricante y negligencia se encuentran entre las más bajas para cualquier categoría de procesos civiles, que era menos probable que se otorgaran indemnizaciones por daños punitivos en tales casos que en los casos contractuales, y que las indemnizaciones medianas en dichos casos a nivel nacional en los sistemas estatales están por debajo de \$300,000, identificando sólo seis veredictos por encima de \$1 millón en doce años en el Condado Franklin, Ohio. Un argumento similar ha sido planteado respecto de las indemnizaciones por daños punitivos. Ver EISENBERG, Theodore, et al., *Juries, Judges, and Punitive Damages: An Empirical Study*, 87 Cornell L. Rev 743, 772-73 & tabla 5, 2002, sostiene que las indemnizaciones por daños punitivos son casi correlativas con las indemnizaciones por daños y perjuicios. Ver HERSCH, Joni y VISCUSI, W. Kip, *Punitive Damages: How Judges and Juries Perform*, 33 J Legal Stud 1, 15-17, 2004, discutiendo este argumento, sostiene que las indemnizaciones por daños punitivos dictadas por el jurado son altamente imprecisas respecto de las indemnizaciones por daños y perjuicios, sobretudo comparándolas con las indemnizaciones otorgadas por los jueces.

Comparemos el Derecho Regulador. Las decisiones reguladoras son *ex ante* y altamente abstractas. Las víctimas de la conducta regulada no son identificadas y sus características personales no sobresalen (a pesar de que algunas veces un desastre o una crisis pueden provocar la regulación¹⁶⁶). Mientras que los casos en los tribunales abundan en emociones, las decisiones reguladoras por lo general (aunque no siempre) parecen frías y técnicas, aunque normalmente hay mucho más en juego.

La orientación *ex ante* y general de la orientación de la política reguladora tiene muchas consecuencias. Primero, debido a que no se puede identificar a las personas reales que se benefician con la regulación, uno debe basarse en promedios. La noción común es que a pesar de que todos los individuos son diferentes, las diferencias se equilibrarán, de modo que puede emplearse promedios. Así, si una regulación protege a las personas del tipo X con un VSL de US\$ 7 millones y a las personas del tipo Y con un VSL de US\$ 5 millones, los reguladores usan la valoración promedio de US\$ 6 millones para una regulación que afecta a las personas equitativamente divididas en los dos tipos.

Este razonamiento no es inverosímil, y algunas veces los promedios son adecuados a pesar de su crudeza; pero puede confundir a los reguladores. Si algunas regulaciones solo afectan a las personas del tipo X, y otras regulaciones solo afectan a las personas del tipo Y, entonces debería utilizarse valoraciones diferentes. Ciertamente, sabemos que algunas regulaciones protegen a las personas contra el cáncer, un riesgo respecto del cual las personas están dispuestas a pagar una prima para evitarlo, mientras que otras regulaciones protegen a las personas contra una muerte repentina no anticipada, un riesgo que genera menos interés público.¹⁶⁷ Entonces, también algunas regulaciones afectan a los pobres más que a los ricos, a las personas urbanas más que a las rurales, y así sucesivamente. Bajo la teoría que motiva la práctica reguladora actual, los VSL individualizados, que toman en cuenta estas diferencias, son importantes.

Segundo, las decisiones reguladoras afectan a más personas que las indemnizaciones por responsabilidad civil, y por ello son más prominentes políticamente. La mayor prominencia política de las decisiones reguladoras puede tener buenos efectos simplemente debido a que el escrutinio público puede ser un factor correctivo contra las decisiones absurdas o con motivos maliciosos; pero aquí nos centramos en algunos efectos malos o conflictivos. El más obvio es que el simbolismo de las decisiones reguladoras sensibles y desagregadas puede molestar a las personas, ya que tales decisiones parecen estar en conflicto con otros valores. Aquí nos viene a la mente la controversia sobre el valor de las vidas humanas, o la controversia probablemente más intensa sobre la valoración superior de las vidas de los ricos en comparación con las vidas de los pobres.¹⁶⁸ Los riesgos de escepticismo público también pueden explicar el hecho que las agencias no puedan valorar las vidas de los niños en forma adecuada y abierta.

Por el contrario, el aislamiento de las indemnizaciones por responsabilidad civil suprime estas preocupaciones simbólicas. Prácticamente nadie se queja de que los pobres obtengan menores indemnizaciones por responsabilidad civil porque han perdido menos ingresos futuros; y la existencia de la disparidad, y su prolongada existencia, al menos genera problemas para aquellos

¹⁶⁶Ver KURAN, Timur y SUNSTEIN, Cass R., *Availability Cascades and Risk Regulation*, 51 Stan L. Rev. 683, 742, 1999, sostiene que los riesgos que producen una información errónea acelerada en base a la licitud de la disponibilidad pueden generar políticas contraproducentes.

¹⁶⁷Ver HAMMITT y LIU, 28 J Risk & Uncertainty en 82-99 (citado en la nota 57); REVESZ, 99 Colum L. Rev en 972-74 (citado en la nota 96).

¹⁶⁸Consideremos también la controversia en torno a la idea "vida-años", una idea que para muchas personas es problemática en términos éticos porque trata a los ancianos como menos valiosos que los jóvenes. Ver ACKERMAN y HEINZERLING, *Pricelors* en 52, citado en la nota 61, denuncia el "rechazo futuro" del principio por el cual "averiguar a un anciano (...) es (...) un crimen tan grave como asesinar a un joven".

que creen que los principios éticos exigen que todas las muertes se valoren de la misma manera. Pero parece que es difícil en términos políticos recurrir a la conclusión lógica de que los VSL para los pobres deberían ser menores que los VSL para los ricos en la toma de decisiones regulatoras.

No podemos explicar por qué las agencias han ignorado las pérdidas de los dependientes. Una respuesta posible es que las agencias creen que las WTP de las víctimas por asumir riesgos de muerte incorporan estos costos; pero como hemos explicado, es poco probable que estas WTP incorporen tales costos completamente. Otra respuesta posible es la falta de información; no es fácil generar una cifra verosímil para captar los costos para los dependientes a nivel de la población. Pero este problema debe ser solucionado. Un factor que posiblemente contribuiría a la brecha es que el análisis costo-beneficio y el uso de VSL se encuentran en sus inicios —como una parte formal del Derecho Regulator, solo tiene una antigüedad de alrededor de veinticinco años¹⁶⁹— y las agencias se han concentrado en los grandes problemas descuidando y pasando por alto temas más sutiles. Pero ahora es el momento de que la metodología VSL avance hacia una nueva etapa de sofisticación.

Para observar cómo podría hacerlo, examinemos cómo las diferentes orientaciones del Derecho de la Responsabilidad Civil y del Derecho Regulator se reflejaron en las opciones de la comisión a la que se le solicitó establecer una compensación para las víctimas de los ataques terroristas del 11 de setiembre.

2. El 11 de setiembre y la compensación

Hemos descrito brevemente las regulaciones promulgadas para regir la compensación para los sobrevivientes de las víctimas de los ataques del 11 de setiembre.¹⁷⁰ Antes de evaluar tales regulaciones, llevemos a cabo dos experimentos.

Primero, supongamos que el Congreso nunca hubiese establecido el Fondo de Compensación para las Víctimas del 11 de Setiembre y, en lugar de ello, las víctimas y los sobrevivientes hubiesen entablado un juicio al amparo del Derecho Estatal de la Responsabilidad Civil. Supongamos que hubiesen logrado establecer la responsabilidad civil de los demandados, tales como las aerolíneas. ¿Cómo se hubieran establecido las indemnizaciones? Es claro que las diferencias de riqueza se hubiesen reflejado en las indemnizaciones por homicidio culposo y en las de los sobrevivientes. Los dependientes de los banqueros de inversiones hubieran obtenido indemnizaciones mucho mayores que las obtenidas por los dependientes de los bomberos. Además, las indemnizaciones habrían variado significativamente a la luz de las diferentes características de cada víctima. Pero también se hubiera producido una considerable variación inexplicable en las indemnizaciones, variación que no tendría una conexión con los factores relevantes, sino con los caprichos del jurado y del derecho de la responsabilidad civil. Así, las desigualdades hubiesen sido penetrantes. Algunas hubiesen sido el producto de las normas existentes, otras el resultado de un simple "ruido" en el sistema.

Segundo, supongamos que una agencia, antes de los ataques del 11 de setiembre, hubiese dictado regulaciones diseñadas para obligar a los propietarios de edificios como el World Trade Center a instalar dispositivos de seguridad que hubieran salvado vidas en caso de un ataque terrorista o un desastre similar. Aquí, podemos estar seguros de que la agencia habría utilizado valoraciones uniformes —tales como US\$ 6.1 millones por vida salvada— ello hubiera ignorado las diferencias de recursos y otras diferencias entre las víctimas. La agencia también hubiera ignorado a los dependientes.

¹⁶⁹Ver nota 51.

¹⁷⁰Ver Parte I.C.

¿Cómo tomó sus decisiones el Fondo del 11 de Setiembre? Por una parte, el Fondo estuvo dirigido por el Congreso para basarse en los principios de la responsabilidad civil, y por esa razón utilizó fórmulas que tomaron en cuenta las diferencias de recursos.¹⁷¹ Los dependientes de los banqueros inversionistas recibieron una compensación mayor a la de los dependientes de los bomberos.¹⁷² Asimismo, las indemnizaciones fueron en aumento según el número de dependientes. Por otra parte, el descontento público y político respecto de estas indemnizaciones disparatadas –que parecían deshonrar a los bomberos, y también distinguir a las víctimas por sus líneas de clase– hizo que el Fondo adoptara indemnizaciones que fueron menos dispersas que las que se hubieran adoptado bajo el sistema de la responsabilidad civil.¹⁷³

Aquí tenemos una lección. Ya que los casos individuales de responsabilidad civil sólo interesan a una persona o a pocas personas, es poco probable que las indemnizaciones sean prominentes en términos políticos o que estén influenciadas por consideraciones políticas irrelevantes. Pero debido a que son *ex post* e individualizadas, por lo general no aprovechan la información accesible solo a nivel de la población en general. El Fondo de Compensación de las Víctimas del 11 de Setiembre combinó las virtudes y las fallas de ambos enfoques. Debido a la prominencia política de la tarea, y debido a que establecer indemnizaciones para miles de personas hacía la comparación fácil y obvia, el Fondo estuvo limitado, como las agencias reguladoras, a utilizar cifras relativamente uniformes; recordemos que una cifra estándar se utilizó para indemnizaciones por daños no económicos.¹⁷⁴

Al mismo tiempo, la arbitrariedad estuvo por lo tanto limitada, en el sentido de que las personas bajo circunstancias similares recibieron indemnizaciones similares. Debido a que el Fondo debía utilizar los principios de la responsabilidad civil, las cifras no fueron totalmente uniformes, y se permitió adecuadamente un cierto grado de variación individual. Lamentablemente, el uso de los principios de la responsabilidad civil también hizo imposible usar cifras para las pérdidas hedónicas y, en su lugar, el Fondo se basó en cifras erróneas como los ingresos perdidos, generando como resultado que las indemnizaciones promedio –en un rango de US\$ 2–3 millones– fueran menores a las pérdidas hedónicas que realmente se produjeron, de acuerdo con la metodología VSL empleada por las agencias.¹⁷⁵

En situaciones normales, son posibles importantes mejoras. Los tribunales pueden, y deben, aprovechar la información sobre las personas promedio cuando no se cuente con la información relevante sobre una víctima en particular (tal como la WTP para evitar el riesgo que ocasionó la muerte).¹⁷⁶ Y a pesar de que la política siempre limitará a las agencias, existen ciertamente muchas

¹⁷¹Ver *Final Report*, Volumen I en 30–39 (citado en la nota 59), explica que la edad de una víctima y sus ingresos compensables serían tomados en cuenta al computar la presunta pérdida económica.

¹⁷²Por ejemplo, el cónyuge de una persona de cuarenta años con ingresos equivalentes a \$50,000 recibiría un poco más de US\$ 1 millón, mientras que el cónyuge de una persona de cuarenta años con ingresos equivalentes a US\$ 225,000 recibiría alrededor de US\$ 3.5 millones, sin incluir la pérdida no económica. Ver *id.* en 30–33.

¹⁷³Ver CHEN, *Mao Bohua* Sept. 11 *Fund.*, NY Times en B3 (citado en la nota 6): “La ley rubió de dos impulsos en conflicto: seguir los estándares de los ingresos perdidos futuros típico en los casos de responsabilidad civil, al mismo tiempo haciendo que el fondo sea justo para todos los grupos de ingresos (...) [El maestro especial] finalmente diseñó el programa para evitar que éste favorezca a los ricos más que a los que se encuentran en desventaja financiera”.

¹⁷⁴Ver nota 3 y el texto que la explica.

¹⁷⁵Y, estrictamente, el Fondo utilizó el valor monetario de los beneficios legales en caso de muerte para los soldados y los oficiales de seguridad pública como base para la compensación no económica (es decir, la angustia mental) para los dependientes de las víctimas de los ataques del 11 de setiembre, a pesar de que los beneficios legales en caso de muerte supuestamente compensan a los dependientes (¿en parte?) por los ingresos perdidos, y las disposiciones legales eran irrelevantes para la tarea planteada. Ver *Final Report*, Volumen I en 40 (citado en la nota 59).

¹⁷⁶Comparemos la propuesta de Baldus, MacQueen, y Woodworth, 80 Iowa L. Rev. en 1148–78 (citado en la nota 29), describe una metodología para comparar las indemnizaciones que orientan el incremento o desvolación judicial.

medidas que las agencias pueden tomar para mejorar su uso de los VSL sin oponerse a las limitaciones políticas. Por lo menos, no vemos la razón por la cual las agencias no puedan estimar las pérdidas de los dependientes de las personas que mueren por una conducta regulada y nos parece probable que al menos alguna clase de individualización será posible: por ejemplo, otorgando una prima para los riesgos a los que se le teme especialmente. Ciertamente, algunas de estas medidas pueden ser adoptadas por otras entidades administrativas diseñadas para otorgar compensaciones; entidades que van más allá de las prácticas principalmente sensibles del Fondo del 11 de Setiembre para otorgar indemnizaciones que sean más individualizadas y generalmente más altas.

VII. CONCLUSIÓN

En Estados Unidos de América, dos cuerpos de leyes independientes asignan a las muertes valores en dólares. Las agencias reguladoras, que recurren a los estudios sobre la disposición para pagar, emplean una cifra uniforme que no toma en cuenta las pérdidas de los dependientes y otros. En los procesos de homicidio culposo, los tribunales intentan compensar a los sobrevivientes, sin incorporar la pérdida del difunto y asegurando un alto grado de variabilidad en las indemnizaciones. Para ambos cuerpos de leyes, la disuasión es un objetivo importante, y desde el punto de vista de la disuasión, ambos cometen serios desaciertos. Y para ambos, una pregunta clave consiste en cómo combinar la precisión y la capacidad de administración.

Existen dos problemas centrales en el Derecho Regulador. Primero, el valor de la vida estadística es uniforme en lugar de ser desagregado. La teoría misma que subyace a la práctica actual exige mucho más bajo la forma de individualización. Segundo, las cifras de la agencia no incluyen las pérdidas de los dependientes y otros; el resultado es la falta de disuasión. Hemos planteado sugerencias sobre cómo podrían las agencias solucionar estos dos problemas. El problema central del Derecho de la Responsabilidad Civil es que no incluye la pérdida de bienestar del difunto; su actual base sobre las pérdidas del difunto antes de su muerte y las pérdidas de los dependientes genera una subvaloración de los riesgos de mortalidad y, en consecuencia, una falta de disuasión. También hemos planteado sugerencias sobre cómo ambos cuerpos de leyes deberían tratar las muertes de los niños y los extranjeros.

Si nuestras recomendaciones fuesen aceptadas, podría esperarse que las indemnizaciones por responsabilidad civil fueran más altas, más uniformes y menos arbitrarias de lo que son actualmente. También podría esperarse que los VSL utilizados por las agencias reguladoras fuesen más variables; en muchos casos menores y en muchos otros mayores. La inclusión de las pérdidas de los dependientes debería generar regulaciones más rigurosas, ya que el beneficio efectivo de una vida salvada se incrementaría.