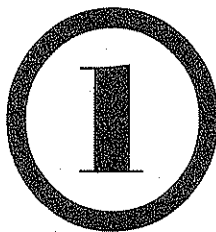


# *El daño moral o no pecuniario y el derecho del consumidor\**

---



Muchos intuyen que la regulación de los daños morales en todos los ámbitos de la responsabilidad objetiva debe ser distinta a la regulación de los daños patrimoniales.<sup>1</sup> Así, por ejemplo, no dudan que la compensación de los daños patrimoniales debe ser integral pero se resisten a aceptar una misma solución cuando se trata de pérdidas no directamente monetarizables.

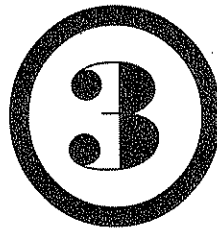
Esta intuición que los daños morales son distintos está, de algún modo, ratificada por muchos ordenamientos jurídicos importantes. En la Argentina, por ejemplo, antes de la reforma del Código Civil de 1968, el artículo 1068 restringía los daños compensables a aquellos "perjuicios susceptibles de apreciación pecuniaria". El artículo 1078, por su parte, preveía la indemnización por agravio moral pero únicamente en el caso que dicho agravio hubiera sido el producto de una acción que configurara un delito del derecho criminal. En la actualidad, la diferencia, aunque mellada, todavía existe. Así, por ejemplo, los daños morales son usualmente fijados en proporción a los daños materiales y con independencia de su verdadera magnitud. Además, en el caso del daño moral es permisible tener en cuenta la situación patrimonial del demandado y adecuar el monto de la compensación a la luz de su situación económica (Art. 1069), algo absolutamente impensable con otros tipos de daños. En el derecho comparado el daño moral también tiene una regulación idiosincrásica. En el derecho americano, por ejemplo, la mayoría de los estados han limitado la compensación por daño moral.<sup>2</sup> En Alemania, para citar un país europeo, también existe un tratamiento especial. Allí la compensación por el daño no pecuniario está, en principio, prohibida (BGB 253) y sólo autorizada en los casos de cuasi-delitos específicamente previstos. Además, como regla general, no hay compensación por daños morales en los casos de responsabilidad objetiva (la única excepción es la Ley de Tráfico Aéreo).<sup>3</sup>



No es fácil encontrar una explicación convincente que justifique la diferencia de respuesta jurídica a los daños no pecuniarios en el ámbito de la responsabilidad objetiva. Algunos han sugerido que el quid de la cuestión está en el carácter eminentemente subjetivo de este tipo de daños. La idea es que mientras tenemos una métrica clara para medir los daños pecuniarios -el dinero- en virtud de su epidémica subjetividad carecemos de una vara similar para registrar de un modo comparativo el daño no pecuniario que sufre cada uno. Esta subjetividad sugiere que, por ejemplo, a diferencia de lo que sucede en el caso de los daños materiales donde la compensación debe ser integral, los daños no pecuniarios sean compensados de una manera tasada y, por lo tanto, en algún punto arbitraria.

Yo creo que esta explicación de la peculiaridad de los daños no pecuniarios no es correcta. Es verdad que estos daños son muy subjetivos y, como tales, difícilmente comparables. No tenemos una forma clara de mensurarlos de un modo inter-subjetivo confiable. Pero de ello no se deduce la conclusión de que deberíamos tratarlos de un modo diferente al modo en que tratamos los daños pecuniarios ya que es posible realizar algunos experimentos para, de algún modo, objetivarlos. Así, por ejemplo, podríamos intentar averiguar cuál es el punto de indiferencia social promedio para cada tipo de daño moral, esto es, cuál es la cantidad de dinero que, en promedio, deberíamos recibir en compensación para que nos resulte indiferente sufrir el daño o permanecer indemnes. Una vez identificados los puntos de indiferencia para todos los daños podríamos usarlos como patrón de la compensación debida. Esta estrategia nos permitiría circunvalar la pretendida subjetividad y establecer un sistema de compensación que permite la integralidad.

Además, la dificultad en realizar comparaciones interpersonales de daños que no son monetarizables no impide que realicemos escalas con validez general. De hecho, las penas del derecho penal son una prueba clara de que podemos hacerlo. En efecto, todo código penal contiene una escala de castigos no obstante que los daños que sufren quienes son víctimas de delitos son también subjetivos y de difícil comparación interpersonal.



En un artículo de enorme difusión en los Estados Unidos titulado "Una propuesta de reforma al régimen de la responsabilidad por productos elaborados" Alan Schwartz ha pretendido explicar porqué razón los daños no pecuniarios, al menos en el contexto del derecho del consumidor, son peculiares.<sup>4</sup> Coleman en su libro *Risks and Wrong*,<sup>5</sup> es uno de los autores importantes que ha considerado convincentes los argumentos de Schwartz.

Schwartz encuentra que nadie se asegura contra los daños no pecuniarios. Nadie, según él, está dispuesto a pagar una prima para ser compensado en el caso en que sufra un daño en sus afectos o emociones o incluso en el funcionamiento de sus capacidades y ninguna compañía de seguros ofrece dicha prima.<sup>6</sup>

Schwartz cree que no nos aseguramos porque estamos convencidos de que la prima de un seguro que nos puede cubrir contra daños no pecuniarios no vale sus costos.<sup>7</sup> Por ello, nunca desembolsaremos el dinero requerido para obtener una compensación y, por ejemplo, minimizar la depresión que podríamos sufrir si, por ejemplo, perdiéramos la posibilidad de disfrutar unos días de vacaciones (salvo, claro está, que lo que hubiéramos de desembolsar fuera menos que el costo verdadero de la prima, esto es, menos que una suma al menos igual al monto de la compensación que recibiremos en el caso que el daño hubiera ocurrido multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia.)

¿Porqué razón creemos que la prima de un eventual seguro que nos cubra contra daños no pecuniarios no vale su costo? Esta es una pregunta difícil cuya respuesta completa no pretendo ofrecer aquí. No obstante ello creo que es posible señalar la dirección que deberíamos seguir si quisiéramos contestarla. En este sentido, es preciso destacar que los daños no pecuniarios pueden ser compensados sólo imperfectamente con dinero. Cualquiera sea la cantidad de dinero que recibamos no podremos comprar lo que hemos perdido. Consecuentemente, parecería ser más racional que pagar una prima que sólo nos garantiza que vamos a obtener dinero, esforzarnos por desarrollar hábitos alternativos que nos permitan el mismo grado de satisfacción de aquellos que devienen imposibles como consecuencia del daño.

\* Algunas de las ideas de este trabajo surgieron como consecuencia de diversas conversaciones con Lucas Grossman quien, por supuesto, es responsable de mis errores.

<sup>1</sup> Usaré la expresión daño moral y daño no pecuniario como si fueran idénticas a pesar de reconocer que entre ellas existe una relación de especie a género. En realidad, lo que me interesa aquí son todos los daños no patrimoniales esto es, todos los daños que no implican necesariamente que quien los sufre disminuya sus ingresos monetarios.

<sup>2</sup> Recientemente el 104 Congreso de los Estados Unidos ha examinado distintas reformas en el área de la responsabilidad extracontractual, especialmente, en la responsabilidad por los productos elaborados, la responsabilidad médica, los daños punitivos y los daños no pecuniarios. En 1995 el Congreso sancionó el *Common Sense Products Liability and Legal Reform Act*, que limitaba la compensación. Esta regulación fue vetada por el Presidente Clinton.

<sup>3</sup> Véase *The German Law of Obligations Volume II - The Law of Torts: A Comparative Introduction*, B.S. Markesinis, Clarendon Press, Oxford, 1994, pag 921.

<sup>4</sup> Véase "Una propuesta de reforma al régimen de la responsabilidad por productos elaborados" en *La Responsabilidad Extracontractual: Donde se juntan la economía, la filosofía y el Derecho*, C. Rosenkrantz ed. Gedisa, Barcelona, 2001.

<sup>5</sup> Véase *Risk and Wrongs*, Cambridge University Press, 1992.

<sup>6</sup> Steven P. Croley y Jon D. Hanson han problematizado la afirmación de Schwartz afirmando que hay pruebas de que los consumidores quieren seguros contra daños no pecuniarios y están dispuestos a pagar la prima correspondiente. Véase "The Nonpecuniary Costs of Accidents: Pain-and-Suffering Damages in Tort Law", 108 Harv. L. Rev. 1787, 1995.

<sup>7</sup> Contratamos seguros porque adjudicamos mayor utilidad marginal al dinero en circunstancias en las que sufrimos un accidente vis a vis



Supongamos que lo anterior lo convence. Supongamos que usted cree con Schwartz y con Coleman que los daños no pecuniarios son distintos en razón de que, como muestra nuestra resistencia a asegurarnos, valoramos menos ser compensados en la instancia en que sufrimos este tipo de daños que el costo de obtener dicha compensación. ¿Cuál es la relevancia de su nueva convicción? ¿Qué impacto tiene esta particularidad en la cuestión de si debemos compensar los daños no pecuniarios causados en casos de responsabilidad objetiva o, si usted quiere limitarse a una cuestión más limitada, en el contexto del derecho de los consumidores?

Tanto Schwartz como Coleman creen que el carácter peculiar, y las razones de su peculiaridad, son muy relevantes a la hora de determinar cómo se deben compensar este tipo de daños. Según ellos si valoramos menos la compensación que su costo no deberíamos obligar a compensar. El razonamiento es el siguiente.<sup>8</sup> Schwartz sostiene que el derecho de la responsabilidad extracontractual de los productos elaborados debe ser gobernado por lo que llama "el Principio de la Soberanía del Consumidor", esto es, la idea que lo que debe hacerse con los daños -si deben o no compensarse- depende de lo que se habría acordado en un contrato hipotético que habría de celebrarse antes del daño entre los consumidores y los fabricantes de productos de consumo.<sup>9</sup> Ahora bien, según Schwartz los consumidores nunca impondrían a los fabricantes como condición para la adquisición de los bienes que estos ofrecen que los compensen en el caso de que los consumidores sufrieran daños no pecuniarios. Si los consumidores valoran menos la compensación de un daño que el precio de la prima del seguro contra ese daño, razona Schwartz, no van a estar dispuestos a pagar el sobreprecio que los fabricantes habrán de exigir para comprometerse a compensar el daño en el caso que este ocurra precio sobreprecio que será, justamente, igual a la prima del seguro que los consumidores no están dispuestos a pagar.

¿Schwartz y Coleman están en lo cierto? ¿En el contexto de la responsabilidad objetiva y, en especial, en el contexto de la responsabilidad por productos elaborados y en el derecho de los consumidores, deberíamos liberar a los demandados a quienes se les reclaman los daños no pecuniarios? Esta es la pregunta en la que me concentraré en lo que sigue.

En primer lugar, podemos problematizar la propuesta de Schwartz destacando los efectos nocivos que en términos de disuasión habría de tener un sistema que no nos obliga a compensar todos los daños que causamos.

Una de las maneras de disuadir las conductas dañosas es obligar a quien causa un daño a hacerse cargo de su compensación integral. Si existe la obligación jurídica de poner a quien es dañado en la misma situación en la que estaba antes del daño, todos haremos lo necesario para evitar los daños, al menos, aquellos daños cuyos costos para otros son mayores que los beneficios que nosotros podemos obtener. Sobre la base de la relación entre compensación integral y disuasión podríamos sostener que lo que proponen Schwartz y Coleman es problemático e inconveniente. Al permitir que los daños no pecuniarios queden en cabeza de quien los sufre el sistema jurídico no serviría para disuadir los accidentes. Un ejemplo ilustrará fácilmente el punto. Suponga que los insumos del producto X cuestan \$10; que el valor actuarial de los daños pecuniarios que la producción de X puede causar es \$10 (esto es, X tiene una probabilidad de 1/10 de causar daños por \$100), que el valor actuarial de los daños no pecuniarios que la producción de X puede causar es \$2 (esto es, X tiene una probabilidad de 1/10 de causar daños por \$20) y que el precio del bien en el mercado es \$21. El problema de la propuesta de Schwartz y Coleman, de acuerdo con la objeción que estoy analizando, es que cuando los daños no pecuniarios -\$2- son dejados por el sistema jurídico en cabeza de quien los sufre sin permitirle a este que reclame compensación, se producirá X aún cuando todos los costos de X (\$10+\$10+\$2) sean mayores que sus beneficios (\$21) y, por lo tanto, aún cuando nuestra sociedad estuviera mejor sin X que con X.<sup>10</sup>



En el Costo de los Accidente<sup>11</sup> Guido Calabresi introdujo una idea relacionada con la determinación de los costos y los beneficios de los accidentes que también es útil para resistir la propuesta de Schwartz y Coleman.

Para saber cuál es el costo de un accidente muchos autores, Posner es el más renombrado entre ellos,<sup>12</sup> toman en cuenta lo que la gente está dispuesta a pagar en el mercado por los bienes afectados por dicho accidente y lo que está dispuesta a pagar por los bienes que únicamente se producen si se realizan las actividades que dan lugar al accidente.<sup>13</sup> Así, por ejemplo, de acuerdo con esta manera de evaluar un accidente X tiene más costos que beneficios si el precio de mercado de X es \$9 pero para producirlo hay que consumir insumos por \$5 y causar un daño a V en bienes cuyos sustitutos en el mercado costarán otros \$5 y, alternativamente, tiene más beneficios que costos si X vale en el mercado \$11 y sus insumos con más los daños que se causan en su producción totalizan \$10.

Calabresi cree que el costo de un accidente no debe medirse únicamente en términos de lo que la gente está dispuesta a pagar en el mercado por los bienes afectados por el accidente. Sostiene que, además, es preciso tener en cuenta lo que para la particular persona afectada efectivamente cuestan dichos bienes. Así, por ejemplo, el costo de un accidente que produce un daño en un bien determinado cuyo valor de reposición en el mercado es \$5 será mayor si la víctima del accidente es A, cuyo patrimonio es de \$10, que si la víctima del accidente es B,

cuyo patrimonio es de \$1000, no obstante que en ambos casos el valor de reposición del bien es idéntico. Calabresi llama al costo diferente que puede tener un accidente en personas diferentes "el costo secundario" de un accidente y, según él, debe ser calculado a la hora de sugerir reglas de responsabilidad extracontractual.<sup>14</sup>

En la sección anterior no he tenido de modo alguno en cuenta el "costo secundario". La crítica a Schwartz que allí sugerí se basó en que su propuesta no serviría para reducir los costos sociales con total independencia de cómo estos costos sociales se distribuyen. Sin embargo, parecería que un sistema de la responsabilidad extracontractual debería ser sensible a cuestiones de distribuciones y, por lo tanto, al hecho que no obstante que los bienes tienen un precio único de mercado no todos tenemos la misma facilidad o dificultad para pagarlo. Veamos qué sucede con la propuesta de que los daños no pecuniarios no deben compensarse cuando reconocemos que deberíamos variar las reglas que determinan cuándo y cómo se debe compensar en función de quiénes son los afectados y los beneficiados por las actividades que producen daños o accidentes.

Supongamos que un consumidor de un producto determinado, cuyo precio es \$10 bajo un régimen jurídico en el que el fabricante no es obligado a compensar los daños no pecuniarios que el producto puede causar, enfrenta un riesgo de 1/10 de sufrir un daño no pecuniario de un valor de \$50 si consume el producto en cuestión. Supongamos que el consumidor tiene un patrimonio de \$8 y el fabricante uno de \$80.000 y que la cobertura del daño no pecuniario -la prima- tiene un costo de \$5,1. Supongamos que el valor marginal del dinero tanto para el consumidor como para el productor decrecen a la misma razón. Dado el patrimonio del consumidor es bastante probable que no estará dispuesto a pagar la prima. En las condiciones del consumidor es racional conservar los \$5,1 que vale la prima -si la pagase seguramente no alcanzará el nivel de subsistencia- y hacerse cargo del daño de \$50 si el accidente fuera a ocurrir. ¿Pero qué sucede con el productor? Dado que la utilidad marginal del dinero decrece para ambos a la misma razón pagar \$5,1 cuando se tiene \$80.000 será siempre un sacrificio menor que pagar la misma suma cuando se tienen sólo \$8. Por lo tanto, el costo secundario de la prima será mucho menor para el productor que para el consumidor.

La conclusión de Schwartz y Coleman en el sentido que no se deben compensar los daños no pecuniarios reposa en la convicción que no tiene sentido obligar a los demandados a pagar los daños no pecuniarios que sufren los actores de un juicio cuando estos, tal como lo evidencia su resistencia a asegurarse, no asignan mayor valor a la cobertura contra los daños no pecuniarios que al costo de la prima necesaria para lograr dicha cobertura. Pero, ¿deberíamos adoptar la misma conclusión cuando introducimos la idea de los "costos secundarios", esto es, que los costos involucrados pueden ser diferentes dependiendo de la capacidad de pago de actores y demandados y que, por lo tanto, la prima para el demandado puede valer menos para él que el valor de la cobertura del daño para el actor?. Cuando ampliamos nuestra visión de este modo el hecho que los actores en general no contratan un seguro no nos dice nada definitivo. Ello sólo refleja la relación existente para el actor entre el costo de la prima y el valor de la cobertura. Pero si nos interesan reducir los costos secundarios de todos los involucrados lo determinante no será esta relación sino si el sacrificio económico que implica comprar una cobertura para quien dicho sacrificio es menor -en la hipótesis el demandado- es menor que el beneficio económico que representa la compensación de los daños no pecuniarios para quien sufre los daños -esto es el actor-. Cuando este es el caso, deberíamos obligar al demandado a pagar dicha cobertura o, lo que es lo mismo, a compensar a la víctima en el caso en que ella hubiera sufrido un daño.

En síntesis, si aceptamos que la reducción de los costos secundarios también debe ser un objetivo de las reglas de la responsabilidad extracontractual y creemos que los demandados son más pudientes que los actores -como en general sucede con los fabricantes de productos elaborados vis a vis los consumidores- contrariamente a lo que sugieren Schwartz y Coleman, deberíamos adoptar un sistema de responsabilidad extracontractual que incluya la obligación de compensar todos los daños no pecuniarios que los productos elaborados causan a los consumidores.

*circunstancias donde permanecemos indemnes. Suponga que usted enfrenta una probabilidad de 1/10 de sufrir un daño de \$10. El valor actuarial de este daño dado la probabilidad antes referida es, entonces, de \$1 (1/10.10). En virtud de que el valor actuarial del daño es \$1 nadie en su sano juicio le ofrecerá cobertura contra el riesgo de este daño a menos que usted este dispuesto a pagar más de \$1. Quien aceptara una prima de menos de \$1 quebraría irremediamente porque recaudará menos de lo que tendrá que pagar cuando ocurran los accidentes que asegura. Ahora bien, ¿qué explica que usted*

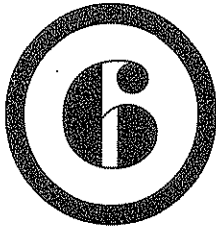
*(y todos) está dispuesto a ofrecer más de \$1 para asegurar un daño cuyo valor actuarial es \$1? En otras palabras ¿qué explica que estamos dispuestos a asegurarnos aún cuando el valor actuarial del daño es menor que lo que tenemos que pagar para asegurarnos contra él? ¿Qué nos hace pagar más por algo que vale menos? La respuesta está relacionada con la distinta utilidad marginal del dinero en distintas circunstancias. Más precisamente, la respuesta a estas preguntas es que nos aseguramos porque consideramos que el dinero tiene mayor utilidad marginal en el mundo posible donde acontece el*

*accidente comparada a la utilidad marginal del dinero sumada de 9 de los 10 mundos donde pagamos la prima pero no acontece el accidente. Asignamos más valor relativo al dinero en un mundo donde somos víctimas de un accidente y, por lo tanto, tiene sentido asegurarnos a pesar de que en términos absolutos tomando en cuenta todos los mundos posibles en el ejemplo 9 mundos donde nada pasa y 1 donde sufrimos un accidente pagamos más por la prima de lo que recuperamos por la cobertura. En el caso de daños no pecuniarios parecería que asignamos mayor valor relativo al dinero en los 9 mundos donde nada pasa*

*que a la compensación en el mundo donde sufrimos el accidente. Por ello, no tiene sentido asegurarse.*

<sup>14</sup> Esta posición ha sido llamada "insurance theory" por Ellen Smith Pryor, en "The Tort Law Debate, Efficiency, and the Kingdom of the Ill. A Critique of the Insurance Theory of Compensation", 79 Va. L. Rev. 91 (1993).

<sup>15</sup> En el contexto norteamericano Croley & Hanson han insistido en que las reglas de responsabilidad extracontractual deben ser vistas a la luz del principio de la soberanía del

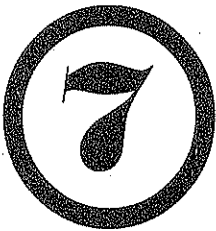


¿Qué sucede con las conclusiones de las secciones anteriores si tomamos en cuenta las leyes de la economía? En el mercado todas las exigencias que pretendamos imponer a un productor, distribuidor o comerciante que impliquen un aumento de los costos de los productos serán, indefectiblemente, trasladadas a los consumidores vía el aumento de los precios de esos productos. Ello se conoce en la jerga económica con el nombre de la “externalización” de los costos y es una conducta generalizada de todos los actores económicos en todas las latitudes.

Ahora bien, la obligación de compensar los daños que causan los productos elaborados es un costo adicional similar al de otros insumos necesarios para producir. Por ello, como el resto de los costos será externalizado a quienes compran esos productos. “Los precios, como dice Shavell, reflejarán siempre la expectativa de las firmas de ser hechas responsables por los daños que causan”.<sup>15</sup> En virtud de este fenómeno debemos tener en cuenta que si optamos por un sistema de la responsabilidad que impone la obligación de compensar los daños no pecuniarios la compensación, en definitiva, no será solventada por los demandados sino que será pagada por los consumidores.

El hecho que los consumidores son quienes, en definitiva, pagan las compensaciones neutraliza la objeción disuasoria a la propuesta de Schwartz que desarrollé en la sección 4. En efecto, un sistema que impone la obligación de compensar los daños no pecuniarios no es más disuasivo que otro que no impone dicha obligación, si quienes causan estos daños pueden externalizar los costos de la compensación trasladándolos a quienes sufren los daños. En otras palabras, en un contexto donde la externalización es universalmente posible la cuestión de si se compensan o no los daños no pecuniarios será, en definitiva, indiferente en términos de disuasión. Cualquiera sea el régimen jurídico elegido serán los consumidores quienes deberán pagar sus costos y, por lo tanto, cualquier sea el régimen jurídico elegido será ineficaz de disuadir las conductas dañosas de los causantes de los daños.

La consecuencia de tomar en cuenta el funcionamiento de la economía son diferentes para la objeción a Schwartz basada en los costos secundarios que desarrollé en la sección 5. Aún en un mundo donde la externalización es posible es mejor pensar como Calabresi que como Schwartz. En efecto, el costo secundario de los accidentes es menor cuando los fabricantes de productos elaborados tienen que compensar los daños, aún cuando puedan externalizar su costo, que cuando la víctima tiene que soportar el accidente. Ello es así, porque la externalización, al trasladar la compensación a todos los consumidores dispersa su costo mientras que dicho costo queda totalmente concentrado en la víctima cuando ella tiene que cargar con el daño. Como los costos secundarios son menores cuando hay dispersión de los daños que cuando hay concentración -es menos “costoso” que 10 personas soporten un daño de 1 cada uno que 1 persona soporte un daño de 10- en términos de reducción de costos secundarios será siempre mejor un sistema que disperse a uno que concentre. Consecuentemente, la economía no debilita la crítica de Calabresi. Más aún, la externalización de los costos es una razón adicional para pensar que una propuesta a la Calabresi en el sentido que en el ámbito de la responsabilidad por productos, objetiva o en el ámbito del derecho de los consumidores, los daños no pecuniarios deben ser compensados por quienes consumen es mejor que una propuesta como la de Schwartz.



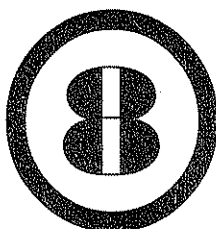
Schwartz podría redoblar la apuesta y argumentar frente a quienes insisten en que en términos de reducción de costos secundarios es mejor un sistema que obligue a los demandados a compensar los costos no pecuniarios que causan. Schwartz podría sostener que la mejor teoría de la responsabilidad -el Principio de la Soberanía del Consumidor- exige que adoptemos una perspectiva “agregativa”, esto es, un punto de vista que agregue a los consumidores en una clase como si ellos fueran una sola persona que se beneficia y perjudica colectivamente. Muchas veces adoptamos esta perspectiva. Así, por ejemplo, Rawls lo hace para seleccionar sus dos principios de la justicia. Si lo hiciéramos también para seleccionar el régimen de la responsabilidad por productos elaborados el argumento de los costos secundarios se desvanecería. Visto desde los consumidores como una clase los costos son idénticos sea que se concentren en un consumidor o se dispersen en más de uno. Por ello, si aceptáramos que esta es la perspectiva correcta y que a los efectos de decidir cuáles son las reglas de la responsabilidad extracontractual que deberían imperar en nuestra sociedad es conveniente agrupar a los consumidores en una clase, las propuestas de Schwartz serían inmunes a críticas calabresianas. La cuestión de si se deben compensar los daños no pecuniarios dependerá entonces de si la compensación beneficia o no a los consumidores como clase y la hipótesis es, que dado la externalización de los costos de la compensación y el hecho que los consumidores creen que la prima de una cobertura contra este tipo de daños no paga dichos costos, no los beneficia.

Ahora bien, ¿es plausible adoptar una perspectiva “agregativa”? ¿Tiene sentido preguntarnos qué es lo que debemos hacer con los daños causados por un producto situándonos como si los consumidores fueran una clase o es más razonable decidir adoptando el punto de vista de quién ha sido la víctima del daño? Repárese que si lo hiciéramos, si miráramos la cuestión desde la víctima -si adoptáramos una perspectiva “distributiva”- encontraríamos un argumento fuerte en favor de imponer al fabricante la obligación de compensar los daños. Así, desde una perspectiva “individual” podríamos sostener que la víctima debe ser compensada porque si no lo fuera estaría peor de lo que estarían los demás bajo regímenes jurídicos alternativos.

Yo creo que en ciertos casos la perspectiva agregativa es plausible. En este sentido, me parece que hay dos casos en los que es posible trascender nuestra individualidad. El primer caso, es agencial. Así, respecto de determinado resultado podemos tratar a un grupo de individuos como una clase si son parte de una agencia colectiva, es decir, si ellos participan o han participado en un proceso causal agregativo o social que terminó con dicho resultado. El segundo caso es prudencial. Podemos tratar a un grupo de individuos como una clase si los perjuicios que cada uno de ellos soporta cuando es tratado de ese modo se pueden compensar con los beneficios que habrá de disfrutar si continuáramos tratándolo de ese modo a lo largo del tiempo.

Los consumidores entre sí no encuadran en el primer caso. El daño de un consumidor no puede ser imputado a la agencia de todos los consumidores. Ninguno de los consumidores distintos a A contribuye en modo alguno a causar el daño que sufre A cuando este es consecuencia de que A ha consumido un determinado producto. Pero sí podrían encuadrar en el segundo caso. En este sentido, el costo del daño que sufre el consumidor A, cuando el sistema jurídico le impide reclamar una indemnización, podría ser compensado con los beneficios que obtendría A por la resultante disminución general de precios de los productos que A consume en un sistema jurídico donde los consumidores no pueden reclamar indemnización.

Ahora bien, si lo anterior es correcto, la perspectiva agregativa contrariamente a lo que supone no puede ser adecuada en todos los casos. Así, por ejemplo, no será adecuado tratar a los consumidores como una clase cuando ellos sufren daños de una magnitud tal que no pueden ser neutralizados por beneficios futuros. Si usted pierde a un ser querido en un accidente de consumo el daño no pecuniario que deberá soportar si no fuera compensado difícilmente podrá neutralizarse con la disminución de precios de los productos que debiera producirse en un sistema jurídico que no compensa los daños no pecuniarios y que usted seguramente aprovechará. De este modo, por la imposibilidad de adoptar una perspectiva agregativa en todos los casos, el argumento de Schwartz en el sentido que los daños no pecuniarios no deben compensarse, que depende crucialmente de la plausibilidad de adoptar esta perspectiva, no podrá nunca tener validez universal.



Si combinamos la idea que es bueno reducir los costos secundarios y que, en ciertas circunstancias podemos aceptar una perspectiva agregativa, la respuesta óptima a la cuestión de si en el contexto de la responsabilidad objetiva y, en especial, en el contexto de la responsabilidad por los productos elaborados, deberíamos condenar a los demandados a pagar daños no pecuniarios sería compleja. Dependerá de cuáles son los casos en los que los beneficios producidos por la disminución de costos que se obtendría si los daños no pecuniarios no fueran compensados pueden distribuirse equitativamente entre los consumidores a lo largo de sus respectivas vidas. Si este fuera el caso, deberíamos optar por un sistema como el propuesto por Schwartz. Si ello no fuera así, deberíamos adoptar una solución a la Calabresi y compensar íntegramente los daños no pecuniarios. Obviamente, no podemos dejar liberada la cuestión a la apreciación de los jueces en un análisis caso por caso. Necesitamos reglas para que los jueces puedan decidir de un modo uniforme, previsible y económico. Es muy difícil saber cuáles son estas reglas sin conocer mucho acerca de las sociedades en cuestión y el tipo de productos de que se trata y la manera en que está organizado el mercado de dicho producto. Será distinto legislar para bienes como los medicamentos, donde los accidentes muchas veces son fatales, que para los utensillos de cocina o para los relojes cuya pérdida es siempre menor. De todos modos si tuviéramos que elegir una regla creo que es más difícil que nos apartemos de la solución óptima si obligamos a compensar los daños no pecuniarios producidos por productos elaborados a los consumidores sólo en aquellos casos en los que el daño no pecuniario sufrido por la víctima es de gran magnitud.

consumidor. Véase Steven P. Croley & Jon D. Hanson, "The Nonpecuniary Costs of Accidents: Pain-and-Suffering Damages in Tort Law", 108 Harv. L. Rev. 1787 (1995), pag. 1792-93.

<sup>10</sup> Algunos partidarios del AED han argumentado en favor de un esquema dual. Así, han sostenido que la solución óptima es imponer a los productores la obligación de compensar al consumidor de sus pérdidas económicas así como la obligación de pagar una multa al estado por haber causado un daño no pecuniario. Con la multa pretenden incentivar de manera apropiada

la reducción de los riesgos de daños por parte de los productores lo que no sucedería si ellos sólo fueran obligados a compensar las pérdidas económicas evitando que los consumidores sean obligados a pagar precios que reflejan una cobertura más alta de la que quieren comprar lo que sucedería si los productores fueran obligados a compensar íntegramente no sólo las pérdidas económicas sino también las pérdidas no económicas de un accidente. Véase Schavell *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard U. Press, pag. 234-235.

<sup>11</sup> Véase, Calabresi Guido *El Coste de los Accidentes*, Editorial Ariel, Barcelona 1984.

<sup>12</sup> Véase, Posner Richard, *Economic Analysis of Law*, Harvard U. Press, 1981.

<sup>13</sup> He criticado esta idea de Posner en "La Riqueza no es un valor", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, Año 1. N 1, 1997.

<sup>14</sup> La diferencia en los costos secundarios de un accidente es lo que explica la política que Calabresi llama "bolsillos profundos". De acuerdo con

Calabresi a los efectos de distribuir los costos de los daños puede tener sentido que quienes tienen más dinero se hagan cargo de los daños, independientemente de quienes son culpables por el accidente e, incluso, de quienes lo han causado. Esta idea que los ricos son un conjunto de personas especialmente aptas para pagar los costos de los accidentes ha sido receptada en el artículo 907 del Código Civil Argentino que permite tener en cuenta la situación económica de los involucrados en los accidentes involuntarios para decidir el monto de la compensación.

<sup>15</sup> Véase Shavell, Steven opus cit. nota. 9.