

InDret

***Los más y los mejores.
Indemnizaciones sancionatorias (Punitive Damages),
jurados, jueces profesionales y agencias reguladoras***

Pablo Salvador Coderch
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

Working Paper nº: 135
Barcelona, abril de 2003
www.indret.com

Recensión a: Cass R. SUNSTEIN, Daniel KANEHMAN, Reid HAISTIE, David A. SCHKADE, John W. PAYNE and W. KIP VISCUSI, *Punitive Damages. How Juries Decide*, Chicago, The University of Chicago Press, 2002, 279 págs.

Sumario

- 1. A toro pasado todo parece mucho más fácil**
- 2. Un libro necesario: la economía ya no puede definirse como matemáticas aplicadas a una psicología improbable**
- 3. Buen juicio moral, pésimo cálculo**
- 4. La primera impresión es la buena: deliberar es peor**
- 5. El tiempo no retrocede: sesgos retrodictivos**
- 6. El ánimo de lucro perjudica, pero el análisis coste beneficio es letal**
- 7. Nadie quiere prevención racional**
- 8. Todos ignoran a Learned Hand...**
- 9. ... Porque ansiamos creer en una sociedad sin riesgos, descuidamos los usuales y tememos a los insólitos.**
- 10. Los jueces profesionales aquilatan más y mejor**

1. A toro pasado todo parece mucho más fácil

Cuando el abogado defensor se dirige al jurado en un proceso norteamericano por responsabilidad civil sabe de sobras que, a toro pasado, todo parece más fácil de prever y que el jurado tenderá a creer que el accidente era de ocurrencia mucho más probable de lo que, en realidad, resultaba antes de tener lugar. *Ex post*, reina la fatalidad y el curso de los acontecimientos nos resulta retrospectivamente previsible hasta la obvedad, algo que, *ex ante*, no era así, desde luego. El sesgo de la retrodicción (*Hindsight bias*) es consustancial a la condición humana y el libro que InDret recomienda hoy recorre éste y otros vastos territorios del mundo de la psicología que hasta hace muy poco se ignoraban, pero que ahora los buenos analistas cubren a galope tendido.

2. Un libro necesario: la economía ya no puede definirse como matemáticas aplicadas a una psicología improbable

El libro recoge artículos escritos individual y colectivamente por Cass R. SUNSTEIN, Daniel KANEHMAN –Premio Nobel de economía de 2002–, Reid HAISTIE, David A. SCHKADE, John W. PAYNE y W. KIP VISCUSI sobre las indemnizaciones sancionatorias (*punitive damages*) y los juicios de jurado, dos temas que acaso sólo se dan cita en los Estados Unidos de América.

Este es un libro importante porque aplica al análisis económico del derecho saberes bien establecidos por la mejor psicología cognitiva de los últimos veinte años y legendariamente intuitivos por los abogados listos de los últimos veinte siglos: al ampliar los territorios de la vieja economía neoclásica, el libro se acerca a la magnífica capacidad de percibir la realidad concreta que siempre ha caracterizado a los buenos abogados, pero que, hasta hace no mucho, les hacía enarcar las cejas ante el análisis brillante, lejano y creativo de los analistas económicos del derecho. Los trabajos clásicos de Daniel KAHNEMAN y Amos TVERSKY –como su ejemplar *Prospect Theory: An Analysis of Decision under Risk* (47 *Econometrica* 263 (1979))– son reivindicados en este libro e InDret quiere rendir homenaje en esta reseña a Amos TVERSKY (1937-1996) otro psicólogo que también habría ganado el Nobel de Economía –*rectius*: de ciencias sociales– si no fuera porque, con buen criterio, nunca se concede a una persona fallecida.

En la mayor parte de los derechos estatales de los Estados Unidos de América, el proceso por responsabilidad civil es, a diferencia de lo que sucede en España, un juicio de jurado. George PRIEST, en la introducción al libro (pp. 1-16), inicia a su lector en la organización y funcionamiento de este tipo de juicios y, a continuación, resume la institución de los *punitive damages* tal y como opera en la práctica procesal americana (véase también Pablo SALVADOR CODERCH, *Punitive Damages*, InDret 04/1999 y *Punitive Damages and Continental Law*, en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 3/2001, pp. 604-616). Luego, en los 13 capítulos del libro, los autores formulan incansables dos preguntas:

- ¿Qué sesgos cognitivos aquejan al juicio de un jurado que debe decidir sobre un veredicto por *punitive damages*? Y
- ¿En qué medida tales sesgos se reproducen en la sentencia de un juez profesional?

La respuesta a la primera pregunta es: todos los imaginables y algunos más que jamás se le habrían ocurrido a usted. La contestación a la segunda es: los mismos fenómenos que sesgan los veredictos de un jurado vician la sentencia de un juez, pero en muchísima menor medida.

Así, si bien los jurados aciertan a la hora de incorporar a su veredicto las valoraciones morales y sociales que permiten calificar a un comportamiento dañino como doloso o gravemente desconsiderado y que, por tanto, llevan a imponer una condena por *punitive damages* para castigar al demandado y prevenir conductas similares en el futuro, la traducción del juicio de reproche en términos monetarios es, sostienen los autores, desastrosa y todo tipo de errores y prejuicios convierten los veredictos condenatorios en una lotería imprevisible (Cass R. SUNSTEIN, pp. 31-42). En cambio, los jueces profesionales yerran en mucha menor medida: la institución del jurado que incorpora democracia a la tarea de impartir justicia es tan errática en sus valoraciones que realizada por los jueces profesionales, por la *noblesse de robe*, parece claramente preferible: al menos por esta vez, los más no son los mejores.

Para llegar a formular ambas hipótesis los autores se embarcaron en una estrategia de investigación de simulación (*simulation research strategy*) reuniendo en centros de conferencias a centenares de ciudadanos que, a cambio de una congrua remuneración, se prestaban a participar en el experimento representando con la máxima seriedad posible el procedimiento de

decisión, la deliberación y el veredicto que dictarían en caso de tener que pronunciarse sobre los asuntos que les presentaban los autores en un jurado de verdad (pp. 19 y ss.). En el supuesto de los jueces profesionales, los autores recurrieron a 97 jueces estatales que aceptaron participar en una experiencia similar con ocasión de una conferencia sobre análisis económico del derecho a la que habían acudido (pp. 187 y ss.). Los lectores podrán dudar de la bondad de un experimento que carece de la *gravitas* solemne que acompaña a un auténtico proceso, pero, con todas las salvedades que quepa formular a este tipo de estudios, el que InDret presenta ahora impresiona por su coherencia y la rotundidad de sus conclusiones.

3. Buen juicio moral, pésimo cálculo

En el capítulo 2 (pp. 31 y ss.), KAHNEMAN, SCHKADE y SUNSTEIN analizan las respuestas de 899 ciudadanos capaces de formar parte de un jurado, de un condado del estado de Texas y llegan a la conclusión básica del libro: los jurados expresan bien nuestros juicios morales básicos, pero luego son un auténtico desastre al tratar de traducir el horror moral en dinero, en indemnizaciones sancionatorias (pp. 31 y ss.). ¿Por qué? Porque aunque compartamos las categorías, carecemos de un módulo común que nos permita cuantificar de manera concorde el grado de nuestra indignación. Nos manejamos bien con conceptos cualitativos y todos ordenamos de la misma manera conductas por su grado creciente o decreciente de enormidad moral, pero coincidimos poco a la hora de poner una y la misma unidad de medida a cada categoría. Y si coincidimos en factores de agravación, con frecuencia estadísticamente significativa, ello se asocia a cuestiones de relevancia legal cuanto menos dudosa, como la riqueza del demandado o la gravedad del daño causado. Pero hay más.

4. La primera impresión es la buena: deliberar es peor

En efecto, en el capítulo 3 del libro (pp. 43 y ss) SCHKADE, SUNSTEIN y KAHNEMAN muestran cómo, de manera contraria a nuestras intuiciones republicanas más acendradas, deliberar empeora las cosas: en un inesperado deslizamiento hacia la severidad (*severity shift*), los jurados simulados que acuerdan, tras haber deliberado, dictar un veredicto condenatorio a pagar daños punitivos resuelven conceder mayores sumas que las que individualmente cada uno de sus miembros estaba dispuesto a hacer pagar al demandado antes de reunirse para deliberar con el resto del jurado. Al parecer, y siguiendo el atractivo de una inexplicada *ventaja retórica*, quien mayor condena propugna, arrastra a los demás. Por qué eso resulta así y no al revés es algo que queda por explicar (pero que muchos profesores de derecho penal ya sabían: los estudiantes de derecho suelen ser severos, mucho más que los jueces profesionales, pero después de discutir el caso práctico en clase su propensión a castigar aún ha aumentado más). Los autores excluyen, en cambio, que la mayor o menor gravedad del veredicto dependa de la procedencia geográfica del jurado, salvo que, invariablemente, los jurados son mucho más severos con el demandado forastero que con el convecino.

Un sesgo parecido aparece con respecto a la demanda del actor: la cantidad pedida por su abogado sirve para anclar la imaginación justiciera de los jurados (capítulo 4, pp. 62 y ss. redactado por HASTIE, SCHKADE y PAYNE), es decir, una receta de buen litigador parece ser: pide mucho que impresionarás al jurado (*anchoring effect*, luego potenciado por otros factores similares). En cambio, los jurados tienen serias dificultades a la hora de entender los conceptos legales (negligencia, negligencia grave) o las instrucciones para conceder *punitive damages* (capítulo 5, HASTIE, SCHKADE, PAYNE, pp. 77 y ss.).

5. El tiempo no retrocede: sesgos retrodictivos

Todo abogado defensor sabe que los seres humanos creemos poder reescribir la historia mejor que aquéllos a quienes defendemos y cuya conducta otros están a punto de juzgar: el *hindsight bias* que afecta a los jurados simulados en experimentos como los realizados para escribir este libro es sencillamente espectacular. Aquellos comportamientos que, *ex ante* no se consideran negligentes, dada la escasa probabilidad de su ocurrencia y el coste de evitarla, se juzgan *ex post* imperdonables y la probabilidad del suceso se estima mucho mayor (capítulo 6, HASTIE, SCHKADE, PAYNE, pp. 96 y ss.).

Naturalmente, el libro advierte de que no todo el aprendizaje fruto de la experiencia comporta un sesgo cognitivo, es decir, que no toda retrodicción es errónea: ajustes *ex post* de la probabilidad de que algo pudiera suceder reflejan en muchas ocasiones que lo erróneo era nuestro cálculo inicial; equivocada resulta, en su caso, la creencia de que nuestra apreciación posterior coincide con la anterior cuando ello no es cierto; y, por último, también lo es pensar que cualquier persona y, en particular, el demandado, habría formulado *ex ante* juicios y apreciaciones sobre la realidad coincidentes con las que formula *ex post* (pp. 107 y 108).

6. El ánimo de lucro perjudica, pero el análisis coste beneficio es letal

En uno de los capítulos más fascinantes del libro (el 6, pp. 113 y ss.) W. KIP VISCUSI enseña no sólo cómo los jurados simulados son severos con los demandados que organizan la realización de actividades económicas con ánimo de lucro, es decir, con las empresas, sino también cómo son aún más estrictos si la empresa demandada incluyó en la organización de su actividad estudios sobre los costes y beneficios derivados de adoptar tal o cual medida de precaución, pero resolvió no adoptarla si el beneficio era muy superior al coste y cómo, por último, los veredictos son deletéreos si había un riesgo de causar daños personales: lo peor que puede hacer una compañía mercantil es gestionar racionalmente los riesgos propios de su actividad sometiéndolos a un análisis riguroso. Los daños personales, en particular, son inconmensurables y su cálculo es tabú.

7. Nadie quiere prevención racional

Hace algún tiempo, A. MITCHELL POLINSKI y Steven SHAVELL publicaron el que, con toda probabilidad, es el estudio de análisis económico y normativo del derecho de los *punitive damages* más brillante y citado de los últimos cinco años (*Punitive Damages: An Economic Analysis*, 111 Harvard L. Rev 869 (1998)). En él defendían una concepción estrictamente preventivista de los daños punitivos: su concesión e importe deberían estar vinculados, proponían, únicamente a la probabilidad de detección de la comisión del ilícito civil de que se tratara, de forma tal que procede concederlos cuando no siempre se identifica al infractor y por un importe igual al daño causado multiplicado por el recíproco de la probabilidad de detección. Así, si una empresa química realiza vertidos ilegales con daños de 10, pero es denunciada y perseguida sólo una vez por cada veinte vertidos que lleva a cabo –es decir, si la probabilidad de detección es de 0,05- la indemnización sancionatoria debe ser igual a $10 \times 1/0,05 = 200$. Una condena a pagar menos generaría infrapreención, y una condena superior, sobrepreención.

Mas el análisis, epifanía de la ortodoxia en análisis económico del derecho, es preterido sin contemplaciones por los jurados simulados (capítulos 8 y 9, de W. KIP VISCUSI, pp. 132 y ss.): información profusa sobre el grado de probabilidad de detección de la producción del daño y de la identidad de su causante no ejercen influencia alguna sobre el montante del veredicto condenatorio a pagar *punitive damages*. La idea de prevención óptima es así ajena al jurado americano medio. En cambio, influye y mucho, como ya hemos señalado, la cantidad que pide el abogado del actor. Y aunque la educación juega algún papel, incluso los estudiantes de derecho de la Universidad de Chicago -no exactamente un club de cuáqueros- manifiestan un despegue claro de toda idea de prevención racional, escribe un resignado VISCUSI (p. 163). Fuerza es reconocer que ni POLINSKI/SHAVELL ni VISCUSI han resuelto nunca de manera satisfactoria la cuestión de por qué tales o cuales conductas que casi todos adoramos detestar –las del sádico o psicópata, por ejemplo- han de ser excluidas *a radice* del cálculo del bienestar social por más que su realización aporte utilidad, es decir, beneficios a su miserable perpetrador.

8. Todos ignoran a Learned Hand...

Lo anterior, sigue VISCUSI (capítulo 10, pp. 171 y ss.) es mucho más serio de lo que a primera vista parece, pues pone en crisis no sólo un modelo particular sobre la concesión óptima de indemnizaciones sancionatorias, sino el mismo núcleo del análisis económico del derecho de daños: la fórmula de Hand ($B = P \cdot L$). Los jurados simulados descuidaron cualquier tipo de ponderación racional de costes y beneficios, anclaron su apreciación de la negligencia de los demandados en la magnitud absoluta del daño causado y dejaron a un lado la estimación del grado de probabilidad *ex ante* de causación del daño: la gente fija la atención en el peor de los escenarios posibles y emite su juicio de acuerdo con esa apreciación.

Los jurados del experimento tenían que dictaminar sobre las decisiones adoptadas por una compañía aérea que dudaba sobre si debía o no reparar las fijaciones de la puerta de una aeronave en una situación tal que los costes de la reparación, B, eran de 2.000 \$ U.S. y los beneficios (privados y sociales) derivados de su realización, P·L, eran de 1.500 \$ en daños probables evitados, es decir, un caso en el que, por hipótesis, $B > P \cdot L$ y en el que, por tanto, la demandada que resolviera finalmente no llevar a cabo la reparación, pero el accidente tenía lugar no habría incurrido ni siquiera en negligencia, mucho menos en negligencia grave o dolo, es decir, en el supuesto de hecho de los *punitive damages*.

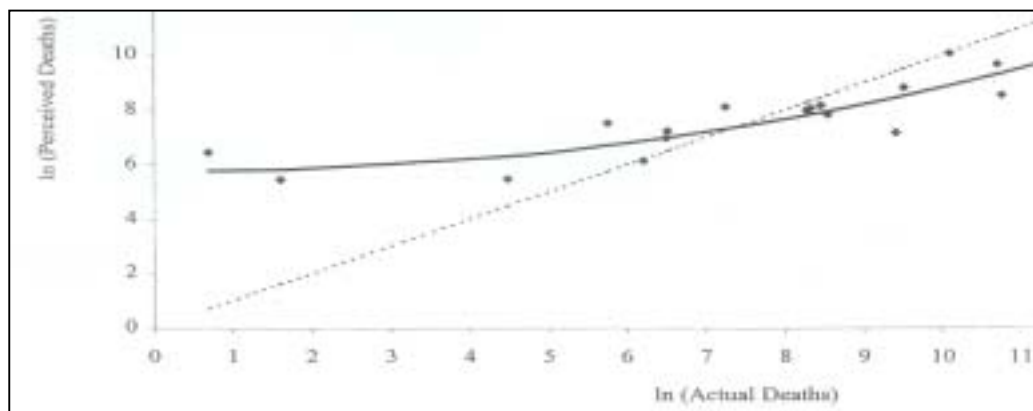
VISCUSI construyó cuatro variantes del caso y se las dio para deliberación y veredicto a otros tantos paneles: en la primera, los daños eran únicamente materiales por importe de 15.000 \$ con probabilidad de 1/10; en la segunda, los daños seguían siendo exclusivamente materiales, pero por importe de 1.500.000 \$ con probabilidad 1/1.000; en la tercera, los daños eran personales (29 víctimas mortales) por 150.000.000 \$, con probabilidad 1/100.000; y en la cuarta, los unos eran daños personales muy graves por 1.500.000.000 \$ y la otra, sólo 1/1.000.000. Obsérvese que, en todas las variantes, los daños probables son los mismos, 1.500 \$.

Se preguntaba a los jurados si la compañía demandada debía abordar las reparaciones en cuestión y si, caso de no haberlo hecho así y de haberse producido el accidente, debía ser condenada a pagar *punitive damages* además de una indemnización compensatoria. En todas las variantes, la mayoría de los jurados simulados resolvieron que la compañía debería haber realizado la reparación y habría de ser condenada a pagar daños punitivos, pero el porcentaje de veredictos condenatorios pasaba del 74% en la primera variante (sólo daños materiales de escasa consideración) al 96% en la última (daños personales muy graves) cuando, según la fórmula de Hand y medio siglo de análisis económico normativo del derecho de daños, la demandada ni siquiera había sido negligente en ninguna de las variantes presentadas, pues en todas ellas, como hemos señalado, $B > P \cdot L$.

9. ... Porque ansiamos creer en una sociedad sin riesgos, descuidamos los usuales y tememos a los insólitos

¿Qué sucede? pregunta VISCUSI (pp. 177 y ss). La gente, responde, tiene una mentalidad de riesgo cero -¡Nunca más!; ¡Fome zero!; ¡Tolerancia cero! (en lenguaje conservador) o ¡Impunidad cero! (en lenguaje liberal)- aunque la consecución de tal objetivo sea infinitamente costosa. Además de eso, hay un sesgo claro favorable a valorar *ex post facto* la realidad desde el peor de los escenarios posibles y, por último, un sesgo bien conocido y acaso consustancial a la naturaleza humana nos lleva a descuidar el cálculo de probabilidades y, en lugar de aplicarlo, tender a infravalorar los accidentes muy probables y a sobreestimar los improbables: aunque, por unidad de distancia recorrida, es más probable morir en un accidente de automóvil que en un accidente aéreo, mucha más gente tiene más miedo al avión que al automóvil (V. Sarah LICHTENSTEIN et al. *Judged Frequency of Letal Events*. 4 J. Experimental Psychology: Human Learning and Memory 551 (1978)).

La representación gráfica de la función de nuestra percepción de riesgos es la gloria de este iluminante libro (p. 182).



La curva continua representa la estimación media que los individuos de la muestra hacen acerca del número de fallecimientos provocados por circunstancias de diferente peligrosidad (el riesgo percibido), mientras que la curva discontinua representa el estado en el cual la estimación y los datos reales son idénticos (el riesgo percibido y el riesgo real coinciden). De este modo, el área comprendida entre ambas curvas nos permite observar el sesgo de la percepción de riesgos.

Así, en sucesos que causan un número de fallecimientos escaso en términos relativos, tales como accidentes pirotécnicos o navales, se sobrevalora el riesgo real pues la estimación excede en gran medida la curva de riesgos reales. Pero a medida que la peligrosidad de los eventos aumenta, la diferencia entre la percepción y los datos reales se va reduciendo progresivamente hasta un punto en que ambas coinciden; a partir de él y en ulteriores niveles, la tendencia se invierte y los individuos pasan de sobrevalorar a infravalorar riesgos más elevados: muertes por cáncer o ataques de corazón, por ejemplo. Cabe destacar que este sesgo no es tan elevado como el de sobrevaloración de riesgos pues el área comprendida entre ambas curvas en la parte derecha de la bisectriz es menor que el de la parte izquierda.

10. Los jueces profesionales aquilatan más y mejor

En las páginas siguientes, W. KIP VISCUSI (capítulo 11, pp. 187 y ss.) y Reid HAISTIE (capítulo 12, pp. 211 y ss.) muestran cómo los jueces profesionales lo hacen mejor que los jurados: su nivel de educación formal, más elevado que el de la media de ciudadanos adultos capaces de integrar un jurado, así como su experiencia acumulada en el ejercicio de la función profesional de enjuiciar les permite llegar a mejores resultados, medidos desde el punto de vista del análisis económico del derecho de daños. Sin embargo, los sesgos no desaparecen, sólo se amortiguan bastante y, en particular, los jueces se resisten a ponderar variables tales como las que afectan al valor de la vida humana: en el ejemplo del accidente aéreo, las variantes con daños personales graves generan respuestas unánimes favorables a la reparación de la aero-

nave y a la estimación de la reclamación de *punitive damages* (pp. 195-197) aunque el modelo normativo de negligencia –la fórmula de Hand– establece que ni siquiera hay tal en ninguna de las cuatro variantes, haya o no daños personales.

Mas los autores no se detienen ahí y no propugnan la judicialización del derecho de daños, ni siquiera la de la cuestión legal sobre la procedencia de condenar al demandado a pagar *punitive damages* por tal o cual importe. Antes bien, en un alegato final, Cass SUNSTEIN sugiere que el destino natural de las propuestas de política jurídica de hacer pagar *punitive damages* a tales o cuales infractores recurrentes, dolosos o desconsiderados son las agencias reguladoras: el gobierno, pero no los jueces, debe asumir la tarea primaria de investigar las posibles infracciones y, en su caso, de sancionar su comisión con multas graduadas según escalas definidas a partir de múltiplos de los daños causados (capítulo 13, pp. 242 y ss., p. 252).

La propuesta, por más que polémica, parece razonable: para los juristas europeos continentales que hacemos InDret –gentes de *Civil Law* al fin y al cabo– la solución radical de muchos (pero no de todos) estados U.S.A. de atribuir el poder de decisión sobre los *punitive damages* a jurados sin ni siquiera bifurcar el procedimiento y (en lugar de delegar la fijación de su importe al Juez) permitir que también sean los propios jurados quienes establezcan la cuantía de que se trate, es un mal arreglo (salvo para los *litigating lawyers*, que, como es sabido, trabajan a *quota litis*), como este libro parece demostrar: ni la seguridad jurídica, ni el principio de legalidad en derecho sancionador, ni la racionalidad económica resultan bien parados. Es cierto que en los Estados Unidos, los veredictos sobre *punitive damages* son revisables en apelación por un panel de jueces profesionales, pero quizás la cuestión más importante no sea hacer bascular el poder de decisión desde los jurados a los jueces, sino atribuir la gestión organizada de los riesgos recurrentes a agencias gubernamentales, sujetas, eso sí, a la revisión de sus decisiones por órganos judiciales: la *judicial review* ha de ser excepcional, pues no puede constituir la primera línea de resolución de los problemas de gestión de riesgos en una sociedad compleja.

Nunca se insistirá bastante en que la función esencial del derecho de la responsabilidad civil no es tanto compensar daños (algo que un seguro hace de mejor manera: mucho más económicamente), ni acaso prevenirlos (pues la estimación profesional del daño probable *ex ante*, en cada sector de riesgos, suele hacerla mejor y más deprisa una agencia especializada o una compañía de seguros o una empresa de clasificación), como señalar a la sociedad cuáles van a ser los hechos y conductas que están exigiendo reparación, prohibición o regulación más o menos severa. Para ello, la combinación norteamericana de juicio de jurado y jueces profesionales no es tan mala como parece: los hombres y mujeres adultos de una sociedad tan compleja como la norteamericana que nutren los jurados saben distinguir entre los comportamientos que en cada momento histórico les parece están bien y los que están claramente mal, aunque fracasen luego en el empeño de medir el grado de bondad o maldad de unos y de otros, empeño cuyos logros y malogros revisa en apelación un panel de jueces profesionales. InDret no cree que el jurado o “juicio por los pares” vaya a dejar de ser la característica más notable de las jurisdicciones del *Common Law* U.S.A. En el principio está el jurado. Luego el

gobierno y sus agencias y, final pero excepcionalmente, juez, compañías de seguros y abogados.