

que puede ocasionar una prohibición, establecida mediante el criterio de la vinculación con el accidente, tanto sobre la actividad prohibida como sobre la que no lo está directamente. El efecto depende de la magnitud y del tipo de sanción, de la relativa capacidad de cada una de las actividades para evitar los accidentes, y de la posibilidad de introducir cambios en las actividades no prohibidas.²⁰ Lo único que podemos afirmar es que los responsables de la decisión colectiva, para estar seguros de su objetivo, deben tener presente la eventualidad de esos efectos, del mismo modo que no pueden olvidar la eventualidad de que en algunos casos éstos impidan que se genere la presión suficiente sobre la actividad que se pretende proscribir. Esto no significa que en la práctica sea factible alejar este riesgo, aunque siempre existirá por lo menos la posibilidad de reducirlo, vetando la tentativa de introducir cambios en las actividades que resultan permitidas, prohibiendo contratar un seguro contra la sanción o estableciendo quizá cargas no monetarias. Con ello no se eliminará totalmente el peligro de que se produzcan los efectos mencionados, sin embargo se puede contribuir a mantener la presión sobre la actividad prosrita al nivel más elevado posible.²¹

La situación creada cuando las sanciones se establecen en base a la vinculación con el siniestro se puede sintetizar del siguiente modo. Se limita un acto específico o una actividad mediante sanciones. La magnitud de la carga, y por tanto el rigor de la limitación, depende tanto del tipo de sanción como del riesgo de ser aplicada, es decir, el riesgo de que el accidente suceda. Esto, a su vez, depende de la capacidad para evitar los accidentes de quienes desean emprender la actividad, modificando su comportamiento o haciendo que otros modifiquen el suyo. De este modo se producen decisiones típicas de mercado, no sólo al permitir que los particulares elijan dada la carga establecida (en otros términos, la probabilidad de verse envueltos en un accidente y de tener que cumplir la sanción), entre la realización o no del acto o la actividad, sino también al permitir que aquéllos busquen formas alternativas de evitar los accidentes.²²

Sanciones basadas en la vinculación con los accidentes: actividades definidas con posterioridad a que éstos ocurran

Mucho más difícil es el caso en que las sanciones se establecen sobre la base de la vinculación con el accidente, porque los responsables de la decisión colectiva, no obstante poseer una idea vaga de qué actividades pretenden evitar, son incapaces de definir las detalladamente, con anterioridad al accidente. Aplicar sanciones *post factum* no es, en absoluto, descabellado, si se está convencido de que con ello se disuadirá al autor, y a quienes se comportan como él, de la realización de aquellos actos que se consideran colectivamente, y con posterioridad al siniestro, como contraproducentes. Sin embargo, para que esto sea posible es necesario que los responsables de la decisión colectiva den, por lo menos, ciertas indicaciones acerca de lo que se pretende sancionar. Una descripción vaga, como «conducción imprudente», bastará si con ella los autores potenciales del acto o la actividad prohibida son capaces de comprender su significado general con anterioridad al accidente. Como mínimo, inmediatamente antes de que el accidente suceda, los autores han de poder aplicar la expresión de la forma que más se aproxime al significado pretendido por los poderes públicos. De este modo, las sanciones que actúan con posterioridad al accidente serán un buen disuasivo de aquellas conductas que los responsables de la decisión colectiva habrían prohibido de contar con todos los elementos de la situación anterior al accidente, que posee el individuo que se ve involucrado.

Existen muchos problemas en relación a este tipo de prevención específica. En primer lugar, es necesario admitir que el individuo puede controlar el acto o la actividad en el momento en que le resulta evidente que se trata de algo «inadeuada», esto es, cuando ve claramente que su conducta constituiría el supuesto de hecho, que los responsables de la decisión colectiva considerarían sancionable. Pero se trata de una condición imposible, sin perjuicio de que existen algunos casos en los que no lo es. En segundo lugar, dada la incertidumbre y vaguedad de la prohibición, recurrir a cierto tipo de sanciones puede parecernos injusto. En tercer lugar, la misma incertidumbre que acaba de señalar, y la posibilidad de que el individuo pueda equivocarse acerca de lo que será considerado inadmisibles con posterioridad al accidente, conducen probablemente, si la sanción es suficientemente grave, a que los individuos se abstengan de realizar aquellas actividades genera-

les que los colocan en la difícil posición de tener que tomar una determinación tan arriesgada. Es claro que se trata de un inconveniente muy grave, a no ser que los responsables de la decisión colectiva tengan también la intención de limitar o reducir esas actividades generales, y elijan hacerlo por medio de este modo indirecto y costoso (pues comporta numerosas decisiones individuales de mercado).

Por último, el propio recurso a una sanción establecida en base al criterio de la vinculación con el accidente, plantea aquí los mismos problemas generales que se han visto en el apartado anterior. Los responsables de la decisión colectiva deben tener presente que por el empleo del mencionado criterio de vinculación, pueden resultar afectados actos o actividades que no tenían la intención de prohibir. Sin embargo, la incertidumbre anterior al accidente puede provocar que los responsables se preocupen de este problema menos de cuanto lo harían en el caso de estar seguros de lo que se tiene la intención de impedir. Es probable que esa incertidumbre no sea totalmente neutral, porque si fuese así se emplearía la prevención de mercado. Los responsables de la decisión colectiva han de saber si la conducta que se ha decidido impedir se está reduciendo en la práctica o si otras actividades, que no estaban comprendidas en sus objetivos, están siendo reducidas. Una vez más esta consideración afectará a la elección de las sanciones.

Todos estos hechos indican que la sanción de conductas definidas *ex post* debe hacerse con mucho cuidado; pero de ningún modo sugieren la necesidad de prescindir de su empleo. Si las sanciones no monetarias parecen demasiado rigurosas, se puede recurrir a las monetarias. Al igual que sucede con todas las sanciones que se aplican sólo en base a la conexión con el accidente, el aspecto colectivo de la decisión puede acentuarse prohibiendo las tentativas de inducir alteraciones en las actividades no afectadas por la prohibición colectiva y cuya modificación haría disminuir la frecuencia de los accidentes que desencadenan la aplicación de la sanción. Del mismo modo se debería prohibir todo seguro o contrato indemnizatorio que tendiera a cubrir el riesgo de las multas o las sanciones que pudieran recaer. Aunque las razones de ello parecen claras, su análisis es realmente complejo y merece una atención especial.

Los individuos que deseen emprender una actividad de modo tal que si sucede un accidente serán sancionados en base a un juicio *ex post*, intentarán en muchos casos asegu-

irse contra la sanción. Quien se asegurara contra la sanción sería incluido en el grupo formado por todos aquellos que desde el punto de vista actuarial tuvieran la misma probabilidad de realizar un acto que ocasionara un siniestro y que una vez ocurrido sería colectivamente repudiado y, por tanto, condenado a la sanción. A cada grupo le correspondería una prima determinada, lo cual tendría un efecto análogo al pago de una licencia para el grupo. Una vez satisfecha la prima los individuos ya no tendrían que preocuparse más de la cuestión de si el siniestro se produce de forma tal que puede acarrear una sanción.²⁵

Observemos que el resultado así obtenido es semejante al que se llegaría mediante una determinación de prevención específica en la que: (1) cualquier actividad en cuyo seno pudiera producirse un accidente y un acto repudiable *ex post*, debería dividirse en subactividades (siendo cada una de ellas la realizada por los miembros de un grupo actuarial con aproximadamente la misma probabilidad de estar involucrados en un accidente vinculado a un acto repudiable *ex post*); y (2) cada subactividad estuviera limitada (gravada con una carga) mediante el precio de una licencia, el cual variaría según la probabilidad estadística de que un miembro del grupo tuviera un accidente en donde, una vez ocurrido, su conducta fuera considerada como supuesto de hecho de una sanción. Si esto es así, el objetivo de los responsables de la decisión colectiva puede lograrse de forma mucho más eficaz estableciendo directamente ese límite.

Pero, en realidad, el objetivo es distinto. El fin que se persigue sancionando conductas definidas con posterioridad al accidente es el de influir en el comportamiento de un modo más específico: inmediatamente antes del accidente. El presupuesto implícito en esta técnica de imponer multas con posterioridad al accidente, ha de ser necesariamente que los particulares, en el último instante anterior al siniestro, son capaces de estimar lo sancionable de un modo mejor que cuanto pueda hacerlo una compañía de seguros estableciendo la correspondiente clasificación de riesgos y fijando las tarifas adecuadas, mucho antes del siniestro. En cambio, si se admite que las compañías de seguros son capaces de hacer esto tan bien como los particulares, entonces nada impide creer que los responsables de la decisión colectiva son igualmente capaces de hacerlo; lo cual, sin embargo, contradice nuestro presupuesto inicial. En definitiva, admitir esto último es negar que los individuos, en el último instante anterior al acci-

dente, puedan establecer el significado correcto de la expresión «conducta imprudente» mejor de lo que podrían hacerlo los responsables de la decisión colectiva antes de que el accidente sucediera realmente.

El asunto es claro, aunque el análisis pueda resultar complejo. Los responsables de la decisión colectiva pueden tener a su alcance la misma información de la que disponen las compañías de seguros. Si consideran que la mejor forma de reducir un cierto tipo de costes, producidos por los accidentes, es la de gravar con una cierta carga a quienes tienen una determinada probabilidad estadística de sufrir accidentes, derivados de conductas que los responsables de la decisión colectiva considerarían improbables *ex post*, nada les impide hacerlo de forma directa y eficiente. Esto es lo mismo que establecer una limitación sobre la categoría de la que forman parte dichos individuos. Pero cuando se emplea la sanción de conductas definidas sólo tras el accidente, los responsables de la decisión colectiva no pretenden sólo limitar la actividad que desarrolla un grupo determinado estadísticamente, sino también sancionar a los individuos, con el fin de obligarles a decidir en el instante último anterior al accidente la realización o no del acto en cuestión. Esto presupone el convencimiento de que establecer una presión sobre los individuos en ese último instante es una forma mejor de evitar los accidentes que la de recurrir a una limitación de las actividades que realizan un grupo actuarial preciso. Los responsables de la decisión colectiva adoptarían una actitud incoherente si permitieran contratar un seguro en estos casos, pues esto convertiría esa presión en el último instante en una limitación del grupo estadístico; lo cual es precisamente el instrumento al que de entrada han renunciado.²⁴

Ni que decir tiene que la clase de sanción no asegurable ha de ser controlada con mucho cuidado. Y no sólo porque nuestro sentido de la justicia nos impida establecer sanciones monetarias muy elevadas (al igual que ocurre con las sanciones no monetarias) cuando el criterio de responsabilidad es muy vago, sino también porque una sanción demasiado grave determinará que los particulares renuncien a aquellas actividades en las que se vean obligados a tomar una determinación en el último instante. En otros términos, preferirán evitar la actividad en cuyo seno se producen los actos susceptibles de castigo; y según nuestra hipótesis esto conduciría inevitablemente a una combinación de actos y actividades diversa de la pretendida por los responsables de la decisión colectiva. La

sanción —que llamaríamos sanción civil no asegurable— tendría que ser, pues, suficientemente grave para inducir a los particulares a tratar de eludirla, evitando (antes de que ocurriera el accidente) el acto específico, a pesar de su vaga definición, que sería sancionado *ex post*; pero al mismo tiempo aquella sanción debería ser lo suficientemente modesta para evitar que un número importante de personas abandonara las actividades generales que los responsables de la decisión colectiva no desean de ningún modo que se reduzcan.²⁵

Este cuarto sistema mixto de prevención específica y de mercado puede sintetizarse del siguiente modo. Las sanciones se aplican a las actividades y a los actos en función del criterio de la vinculación con el accidente. Como resultado de ello el mercado influirá tanto en la determinación de quién debe realizar la actividad, como en el descubrimiento de medios idóneos para evitar los accidentes.²⁶ (En esto coincide con el tercer método señalado.) Además, dado que los actos y las actividades se definen en términos muy amplios antes de que se produzca el siniestro, los particulares, al decidir emprender una actividad o realizar un acto, estimarán la probabilidad de ser sancionados si ocurre el siniestro, y en consecuencia la reducción de los actos y las actividades dependerá de esa estimación. En este sentido los actos y las actividades que resulten realmente limitados estarán determinados por las decisiones particulares basadas en los criterios orientativos generales establecidos por los responsables de la decisión colectiva.

La prevención general residual

Conviene destacar un aspecto ulterior de la prevención específica. A no ser que ésta produzca una eliminación total de los accidentes, será necesario afrontar siempre el problema del efecto de mercado producido por los costes de aquellos que sigan ocasionándose. En realidad, y dado que nuestra intención no es la de eliminar los accidentes a cualquier precio, éstos continuarán ocurriendo bajo el método de la prevención específica. De ahí que sea inevitable averiguar cómo la gente reaccionará en el mercado al coste de los accidentes. En este sentido todos los sistemas de prevención específica son sistemas mixtos. Si ese coste se imputa a las víctimas, las actividades que tienen tendencia a provocar víctimas se encarecerán más de lo que lo harían si el coste se imputara a otros

sujetos, reduciéndose dichas actividades por efecto de esta prevención general. Si ese coste se transfiere a otras actividades que están involucradas en el accidente, éstas tendrán que soportar una carga de prevención general y reaccionarán en la forma correspondiente. Si se imputa a actividades que no tienen ninguna relación con los accidentes, su reacción será la misma que la que tendrían si fueran gravadas con un impuesto indirecto.²⁷ De ello se deduce que no es suficiente que los responsables de la decisión colectiva determinen las sanciones que deben corresponder a ciertos actos o actividades, sino que deben ocuparse también de averiguar, sin perder de vista los costos colectivos y las sanciones más idóneas para satisfacerlos, cómo la asignación del coste de esos accidentes que no está prevista por la prevención específica, afectará a la decisión colectiva. Más adelante veremos que en la prevención específica, el problema de establecer qué actividades deben prohibirse constituye algo muy difícil de resolver. Esta cuestión, al igual que la análoga surgida en el ámbito de la prevención general (qué actividades deben soportar el coste de los accidentes), es uno de los dos problemas fundamentales que debe afrontar todo sistema que pretenda controlar la reducción del coste primario de los accidentes. Veámoslos, pues, seguidamente.

TERCERA PARTE

DOS PROBLEMAS FUNDAMENTALES DE LA REDUCCIÓN DE LOS COSTES PRIMARIOS DE LOS ACCIDENTES

Todo sistema de responsabilidad civil, que persiga la reducción del coste primario de los accidentes, debe establecer las bases para la adopción de dos decisiones muy complejas: (1) la medida en que cada una de las actividades que concurren en la producción del siniestro ha de ser gravada con el coste del mismo, lo cual, para ser breves, denominaremos «problema de la imputación del coste» («what-is-a-cost-of-what»); y (2) la estimación del coste propio del accidente, que designaremos por «problema de la valoración del coste» («what-is-the-cost»). Tanto si la reducción del coste de los accidentes se realiza por medio de la prevención específica, como si se intenta con la general o mediante cualquier sistema mixto, las dos cuestiones anteriores han de resolverse necesariamente. En realidad, se trata de decisiones que han de tomarse incluso cuando la reducción del coste primario no es un objetivo fundamental, aunque es obvio que en este caso los problemas no revisten tanta complicación.

Decisiones de estas clases se adoptan siempre, porque aun cuando se diga que los daños se dejan tal como acaecen, esta afirmación ya lleva implícito el reconocimiento de unos costes y del acto o la actividad que debe soportarlos. No obstante, no es necesario que la determinación se produzca en función de las circunstancias particulares de cada siniestro, pues basta que se adopte según las reglas generales inducidas de los accidentes en concreto, siguiendo un criterio de eficiencia u otro distinto, para que pueda lograrse también el propósito de reducir el coste primario. Pero según sea la importancia que se conceda a este objetivo, cabrá la posibilidad de que la decisión se adopte teniendo en cuenta los demás fines que se desean alcanzar.

Imaginemos un accidente en el que resulta herido un anciano al colisionar su recién estrenado automóvil azul con un viejo coche conducido por un joven metalúrgico. El accidente se produce en una cuesta empinada, hay varios ciclistas y peatones circulando; un aeroplano está sobrevolando el lugar

en ese momento, el metalúrgico tiene prisa por llegar al trabajo, y el anciano está preocupado por la declaración de la renta que debe presentar antes de tres días. ¿Qué porción de los costes resultantes de este accidente se debe atribuir a los automovilistas, a los peatones, a los ciclistas, a los aeroplanos, a las cuestas empinadas, al acero, a la juventud, a la vejez, a los coches nuevos, a los coches azules, a los coches viejos, y al impuesto sobre la renta? Este es el problema que debe resolverse, cuando se emplea el método de la prevención general. Y la cuestión es similar en el caso de la prevención específica. ¿Se debe prohibir, o regular de modo distinto, la circulación de automóviles, el pasear y el ir en bicicleta por la vía pública, el conducir coches viejos, el conducir nuevos, el circular cuando no se ha hecho todavía la declaración de la renta? O ¿es suficiente con regular un poco cada una de estas actividades? Es cierto que la trascendencia y la forma de producirse la imputación de la responsabilidad varía según se emplee la prevención específica o la general, pero también lo es que en ningún caso se puede eludir el tener que tomar una decisión al respecto.

Hemos visto que no existe ningún sistema de responsabilidad civil que pueda reducir el coste de los accidentes mediante el uso exclusivo de uno de los dos métodos de prevención; y así, todo sistema recurrirá normalmente al uso de ambos para resolver el problema de la imputación del coste. El criterio de la culpa combinado con el seguro —esto es, el sistema de responsabilidad por culpa— resuelve este problema (así como el de la valoración del coste) utilizando una combinación muy particular de técnicas de mercado y colectivas. Por esta razón, si se desea averiguar cuán eficaz es ese sistema en el control de la reducción del coste primario de los accidentes y en el logro de otros fines de la responsabilidad civil, será preciso compararlo con otros también de carácter mixto.

Pero antes de pasar a evaluar los sistemas mixtos, conviene saber cuál sería la solución si se empleara el método de la prevención específica puro o el de la prevención general absoluta. Con respecto a este último método hemos de averiguar qué actividad, o grupo de ellas, puede reducir el coste de los accidentes, expresado en valores de mercado del modo más económico posible, pues sólo imputando el coste a dichas actividades será factible tomar una decisión de prevención general adecuada en favor o en contra de los accidentes. El problema análogo que concierne a la prevención específica es el

de determinar qué actividades pueden reducir el coste de los accidentes del mejor modo posible desde el punto de vista colectivo. Es obvio, por tanto, que todo esto requiere una consideración más atenta.

CAPÍTULO 7

EL PROBLEMA DE LA IMPUTACION DE LOS COSTES DE LOS ACCIDENTES: EL MÉTODO DE LA PREVENCIÓN GENERAL

La remoción del coste primario de los accidentes, realizada mediante un método de mercado puro, exige imputar ese coste a aquellos actos o actividades (o combinaciones de ellos) que puedan evitar el accidente del modo más económico. Es decir, el sistema tendría que asignar los costes a los mismos actos o actividades a los que «sobornaría» un hipotético sujeto que tuviera que soportarlos inicialmente si quisiera lograr (en ausencia de costes de transacción y de información) la modificación necesaria de los comportamientos que produjera la mayor reducción posible del coste de los accidentes.²

Esta afirmación implica diversas cosas. Si no existieran costes de transacción y de información asociados con el hecho de tener que pagar a la gente para que modifique su conducta, sería indiferente (en términos de control de mercado de los accidentes) quién soportara inicialmente los costes. Con independencia de quién fuera el responsable inicial, se establecerían negociaciones y se pagarían sobornos tendentes a alterar la conducta de los individuos con el fin de conseguir una reducción del coste de los accidentes superior a la disminución consiguiente de la utilidad personal que experimentarían los individuos a causa de dicha alteración.³ Pero como en realidad este tipo de transacciones son enormemente costosas, a menudo no vale la pena gastar la mínima cantidad en ellas ni en el montante necesario del soborno para convencer a alguien de la conveniencia de restringir la conducta que ocasiona los accidentes. La consecuencia de ello, es que, en esos casos, la sociedad no elude el coste de los mismos, no obstante la existencia de formas alternativas de imputación que, eliminando o disminuyendo los costes de transacción, podrían evitar los producidos por los accidentes. El objetivo del mé-

todo de mercado puro respecto a la determinación de la actividad responsable es descubrir precisamente cuál es esa imputación alternativa.

Un ejemplo puede ilustrar este punto. Supongamos que el coste medio de los accidentes en que los peatones resultan atropellados por los automóviles sea de 10.000 ptas. Supongamos también que este coste fuera sólo de 1.000 ptas. si los automóviles tuvieran instalados parachoques de goma. Por último, admitamos que estos parachoques costaran 5.000 ptas. más que los que se usan normalmente. Si no existieran costes de transacción, es seguro que se instalarían los nuevos parachoques, con independencia de quien fuera el responsable en los casos de atropello. Veámoslo. Si los responsables fueran los fabricantes de automóviles preferirían gastar las 5.000 ptas. en parachoques, más las 1.000 ptas. de los daños resultantes, en vez de tener que pagar 10.000 ptas. por este último concepto. Si los peatones fueran los responsables, y pudieran al mismo tiempo prever los costes, preferirían pagar 5.000 ptas. a los fabricantes para que instalaran los parachoques de goma y soportar entonces 1.000 ptas. a título de daños del siniestro, en vez de tener que correr con las 10.000 ptas. iniciales. Lo mismo sucedería si un tercero, elegido al azar (como los fabricantes de televisores), fuera considerado responsable, pues también podría reducir los costes sobornando a los fabricantes de automóviles para que instalaran los nuevos parachoques. El resultado es siempre el mismo por la sencilla razón de que el coste de evitar los accidentes es, en cualquier caso, menor que el necesario para compensar los daños que producen. Siempre que esto ocurra y siempre que sea nulo el coste de convencer a quien corresponda para que modifique su conducta (contando, además, que exista la información necesaria para todo ello), el mercado buscará el modo más económico de evitar los accidentes.

Alteremos ahora nuestro ejemplo introduciendo los costes de transacción. Imaginemos que cualquier asignación de los costes que no sea la de no interferir en su corrección (esto es, imputándolos a los peatones), comporte un coste administrativo de 500 ptas. Supongamos también que el coste que representa para los peatones convencer a las demás partes sea muy elevado, digamos 6.500 ptas. (esto es fácil de admitir, teniendo en cuenta lo difícil que resulta reunir a todos los peatones para poder llegar a tomar un acuerdo y la necesidad de enfrentarse al problema de los llamados «aprovechados».⁴) Imaginemos que este coste sea, en el caso de los fabricantes de

televisores, de 3.000 ptas. solamente. ¿Qué sucedería en nuestro ejemplo?

Si los responsables fueran los fabricantes de automóviles, soportarían una carga de 10.000 ptas. por daños, más 500 ptas. en concepto de costes de administración. En el futuro podrían ahorrarse estas cifras instalando por 5.000 ptas. los parachoques de goma, pagando 1.000 ptas. por los daños y, probablemente, 500 ptas. más por los costes de administración (suponiendo, para simplificar, que estos últimos permaneciesen constantes). En estas circunstancias, obviamente, se instalarían los parachoques de goma.

Si los responsables fueran los peatones, soportarían 10.000 ptas. por los daños. Convencer a los fabricantes para que instalaran los nuevos parachoques les representaría un coste de 5.000 ptas., más 6.500 ptas. en costes de transacción, y aun así todavía tendrían que pagar los daños correspondientes, que ascenderían, en este caso, a 1.000 ptas. Dado que la cifra de 12.500 ptas. es mayor que 10.000, no parece probable que se produzca el cambio. Hay que observar, además, que la ausencia de los parachoques de goma, en este caso, acarrearía en realidad un coste innecesario a la sociedad, que se podría cifrar en la diferencia que existe entre las 10.000 ptas. cuando los peatones son los responsables, y las 6.500 ptas. cuando el coste se imputa a los fabricantes.

Si los responsables fueran los fabricantes de televisores, las cifras a comparar serían: 10.000 ptas. más 500 ptas., sin parachoques de goma, frente a 5.000 ptas. (para el soborno) más 3.000 ptas. (en costes de transacción), más 1.000 ptas. (en el coste remanente de los accidentes), y quizá 500 ptas. más (en costes administrativos). Dado que esta última suma arroja una cifra (9.500 ptas.) menor que la anterior (10.500 ptas.), los parachoques de goma serían instalados con toda probabilidad. Sin embargo, este resultado se alcanzaría aquí de un modo menos eficiente que el seguido cuando los responsables son los fabricantes de automóviles, ya que se grava a la sociedad con un coste de transacción innecesario valorado en 3.000 ptas.

Es claro que desde el punto de vista de nuestra hipótesis inicial lo más adecuado es responsabilizar a los fabricantes de automóviles.

En estos ejemplos he ignorado el hecho de los cambios a largo plazo que se producen en las actividades contempladas. He supuesto que la decisión acerca de la instalación de parachoques de goma sólo estaba influida por las distintas reglas de responsabilidad establecidas.⁵ No obstante, los criterios de

responsabilidad pueden tener un efecto a largo plazo muy importante. Pueden alterar los beneficios obtenibles por las actividades afectadas y, en consecuencia, afectar al número correspondiente de fabricantes de automóviles, al de vehículos fabricados, al de peatones, y al de fabricantes de televisores en el ejemplo precedente.⁴

Esto no plantea problemas teóricos particulares. Si no existen costes de transacción, se aplican a largo plazo los mismos remedios que se suelen utilizar para corregir las malas asignaciones producidas a corto plazo. En consecuencia, se produce una reducción en el número de vehículos, peatones y televisores cada vez que ésta comporta un coste menor que la consiguiente disminución de la utilidad que acarrea tal reducción.⁵ Si ahora tenemos en cuenta la existencia de costes de transacción, tal como debe ser, el problema teórico sigue siendo el mismo que el que se plantea en el corto plazo: hay que asignar los costes a quien pueda reducirlos de la forma más económica posible (a largo plazo), estableciendo los cambios apropiados, y al mismo tiempo evitar los costes de transacción innecesarios.

Sin embargo, en la práctica el problema es mucho más complejo. Las negociaciones destinadas a modificar a largo plazo el despliegue de una actividad son casi siempre prohibitivas, dado que requieren, por ejemplo, grupos amplios de consumidores que estén dispuestos a sobornar a los fabricantes para que produzcan más, o a subsidiar la entrada de nuevos fabricantes en una industria determinada. Además, la cuestión del sujeto más idóneo para evitar el coste de los accidentes de la forma más económica posible (esto es, determinar la conveniencia desde el punto de vista del mercado de un aumento del número de automóviles frente a un posible incremento del número de peatones) es más difícil de resolver en relación al largo plazo que con respecto al corto (esto es, quién se halla en mejores condiciones de determinar si vale la pena introducir parachoques de goma).⁶ Esto significa que en muchos casos, cuando la solución es incierta para el largo plazo, se puede eludir la cuestión relativa a ese período y concentrar la atención sobre la alternativa en un período breve.

Un problema mucho más complicado se plantea cuando es posible determinar qué actividad es a largo plazo la más adecuada para evitar el coste de la forma más económica, mientras que la misma no resulta apropiada a corto plazo para realizar esta tarea. Supongamos que tenemos la convicción de que la restricción del tráfico peatonal es el mejor modo de

reducir el coste de los accidentes a largo plazo, y sin embargo a corto plazo la instalación de un cierto tipo de parachoques parece lo más adecuado. ¿Cómo podemos obtener ambos resultados? Algunas veces será sencillamente imposible lograrlos, en cuyo caso deberemos elegir la remoción del coste que juzguemos más importante y el sujeto que veamos más capaz de cumplirla. En otros casos será posible conseguir ambas cosas mediante una combinación de técnicas de mercado (tales como la de imputar la responsabilidad a los fabricantes de automóviles) que estimulen la instalación de parachoques de goma cuando sea conveniente, con controles e incentivos colectivos (tales como el de establecer subsidios o ayudas a los fabricantes de automóviles, financiados mediante un impuesto especial que recaiga sobre los peatones), para incrementar el número de automóviles en relación al de peatones.⁷ El número de combinaciones posibles es casi infinito, pero el problema práctico no es más difícil que el de establecer un control del coste primario mediante decisiones colectivas fundamentadas.

Así la cuestión básica que plantea el uso exclusivo del método del mercado es la de cómo determinar en la práctica cuál es el sujeto más adecuado para reducir los costes de la forma más económica, esto es, cómo asegurar en relación a cada clase de accidentes quién hace el papel del fabricante de automóviles de nuestro ejemplo. En casi todas las áreas es posible formular hipótesis de aproximación plausibles basadas en nociones intuitivas o en datos empíricos recogidos indiscriminadamente, que nos permiten realizar una selección previa acerca de quién no es, claramente, el reductor más idóneo y de quién podría serlo. Estas aproximaciones a la solución también podrían realizarse mediante experimentos de laboratorio, si no fuera por que resultan prohibitivos. No obstante existen criterios orientativos que, a falta de información mejor, nos permiten establecer quién puede realizar la reducción de costes del modo más económico posible. Por último, y en el caso de que con todo lo anterior no obtengamos una respuesta satisfactoria, el método de mercado puede aventurar una, bien dividiendo los costes en partes iguales entre todas las actividades que no hayan sido eliminadas por los dos intentos previos, bien asignándolos en función de técnicas y fines distintos a la reducción de mercado del coste primario de los accidentes, prescindiendo de la cuestión del sujeto imputable.

En primer lugar me referiré al empleo de hipótesis de aproximación plausibles, a continuación veré en particular

cada uno de los criterios orientativos (con el fin de poderlos comparar más tarde con los empleados por la prevención específica y por algunos de los sistemas mixtos, como el de la culpa), y luego me ocuparé de la situación cuando ni siquiera los criterios orientativos den una respuesta satisfactoria. Finalmente, examinaré qué órganos y métodos podrían tomar correctamente la decisión requerida por el método de mercado.²⁰

EL EMPLEO INICIAL DE HIPÓTESIS DE APROXIMACIÓN PLAUSIBLES

El empleo de hipótesis de aproximación plausibles en el ámbito de la prevención general debe guiarse mediante consideraciones de mercado. Aunque se trata de aventurar una solución colectiva, no puede ignorarse que ésta concierne a las valoraciones de mercado de los particulares. Con ella tan sólo se intenta realizar una selección previa, eliminando del conjunto de actividades imputables aquellas que reduzcan los costes del siniestro a un precio indiscutiblemente prohibitivo. El coste de reducir los daños de los accidentes, restringiendo o modificando una actividad determinada, depende tanto de su conveniencia, desde el punto de vista de mercado (cuánta gente la desea y cuántas sustitutivas existen para ella), como de su relación (en términos causales) con el accidente en cuestión. Por ejemplo, aunque el coste de los atropellos podría reducirse considerablemente disminuyendo o modificando el tráfico peatonal, es obvio que el precio que debería pagarse por ello sería muy alto, si esa actividad careciera de sustitutivas inmediatas. Algo similar ocurriría si se imputara el coste de esos accidentes a los zapatos de piel, pues, a pesar de que existen sustitutivos de los mismos (zapatos de goma), esta alternativa sería totalmente absurda, porque el cambio de zapatos no tendría ninguna repercusión sobre los costes de los atropellos.

De ahí que las hipótesis de aproximación que se formulen bajo la idea de la prevención general deben tener en cuenta la conveniencia y unicidad de la actividad (expresadas en términos de mercado) así como su relación con los costes a distribuir. Es claro que, en la práctica, esas hipótesis también pueden recurrir al uso de criterios de prevención específica. Algunas actividades deben excluirse porque razones de oportunidad política (al margen de las valoraciones del mercado) aconsejan no interferir en su desarrollo, con independencia de los

efectos que podría tener sobre el coste de los accidentes el convertirlas en sujetos imputables.

Las hipótesis de aproximación están destinadas, por tanto, a excluir como posibles sujetos pasivos del coste a todas aquellas actividades que, aun cuando pudieran reducirlo, no lo harían sin ocasionar pérdidas enormemente mayores (en términos de la consecución de los deseos de los particulares valorados en el mercado) que las resultantes de gravar otras actividades para obtener una reducción del coste de los accidentes superior, o por lo menos igual, a la pretendida de aquel modo. Ni que decir tiene que cualquier estimación colectiva acerca de la capacidad de las distintas actividades para reducir el coste primario de los accidentes, así como sobre el precio al que se produciría, es muy difícil e incierta, pues requiere siempre intuir las actividades que puedan evitar los accidentes más fácilmente (a menor precio como mínimo), reduciéndose en su desarrollo o introduciendo equipos de seguridad. Cuestión mucho más difícil aún, cuando se trata de formular hipótesis acerca de combinaciones de actividades que puedan lograr la reducción de los costes de la forma más económica; por cuanto a menudo la reducción óptima se logra dividiendo los costes entre un número de actividades determinado. Sin embargo hay que reconocer que estas dificultades no son mayores que las que entraña el recurrir a hipótesis de aproximación plausibles, equivalentes, en el ámbito de la prevención específica. En esta fase de selección previa, cuando sólo se excluyen las actividades que son claramente incapaces de evitar el coste de los accidentes a un precio razonable, puede ser que no sea tan complicado en la práctica adoptar una decisión satisfactoria.

Por ejemplo, cuando me referí a algunas de las «causas» de aquel accidente en el que se vio envuelto el anciano y nuestro joven metalúrgico dejé de mencionar a muchas otras posibles. Esta omisión es el reflejo de una típica hipótesis de aproximación plausible; porque pone de manifiesto la convicción de que es inútil pretender que produzca algún efecto sobre los costes del accidente el gravar con todo o parte de los mismos a las actividades silenciadas. En todo caso se trata del reconocimiento implícito de que esa imputación sólo tendría efectos indirectos, entrañando el realizarla un coste muy superior al que produce responsabilizar a las actividades mencionadas. Por otro lado, algunas de esas actividades ya hubieran podido excluirse de entrada mediante una aproximación de aquel tipo. A no ser que tales accidentes tuvieran lugar

siempre en las proximidades de los aeropuertos, o en lugares donde los aeroplanos suelen volar bajo, es imposible creer que con imputar sus costes a la aviación se obtenga algún efecto relevante. Pero incluso si en el ejemplo propuesto el vuelo del aeroplano fue el elemento de distracción que produjo el accidente, no existe ninguna garantía de que en su ausencia no hubiese habido algún otro elemento de distracción que hubiera actuado en su lugar. Además, es utópico pretender eliminar todos los focos de distracción posibles, ni siquiera haciendo recaer sobre ellos todos los costes de los accidentes. Y tampoco hay que creer que, aun cuando esta imputación eliminara o redujera significativamente dichos focos, la disminución de daños consiguientes se hubiese producido a un coste social inferior (esto es, mediante una desviación menor de los deseos individuales) al que hubiera acarreado el gravar a las demás actividades involuacradas. Por tanto, en nuestro ejemplo, ignorar al aeroplano hubiese sido una hipótesis de aproximación que habría estado plenamente justificada.

Proceder mediante hipótesis de aproximación plausibles presenta una gran similitud con la tradicional teoría económica de la asignación de recursos. En muchas ocasiones el problema de la imputación de los costes es muy fácil de resolver, porque la distribución de los mismos se ha de realizar entre un número reducido de partes que están relacionadas entre sí, como es el caso de los compradores y vendedores de acero. En estas situaciones el problema de qué porción de los costes incurridos debe corresponder a cada parte no parece requerir una hipótesis de aproximación. El único caso de la economía tradicional en el que surge ese problema es cuando están implicados costes o beneficios externos (externalidades), como, por ejemplo, cuando la producción o la venta del acero afecta, favorable o desfavorablemente, a terceros ajenos a la relación vendedor-comprador. Aquí la cuestión crucial es la de saber qué parte de esos costes y beneficios es atribuible a los terceros y qué parte conviene mantener en el ámbito de la relación comprador-vendedor.

¿Cómo es posible comprobar la ausencia de efectos externos en la mayoría de las situaciones tradicionales de asignación de recursos? ¿Por qué preferimos no atribuir a la relación comprador-vendedor los costes y beneficios que la venta de acero produce sobre terceras partes? Aunque no nos hayamos parado a pensar en ello, la realidad es que en estos casos nos comportamos del mismo modo que cuando aventuramos hipótesis de aproximación en el ámbito de los accidentes: nos

firmamos en la misma clase de factores que pueden evitar los costes y concluimos por creer en la inutilidad de asignar las ventajas y los inconvenientes (los costes y los beneficios) a la relación comprador-vendedor por la misma razón que nos negamos a imputar, en el ejemplo de la colisión de los dos vehículos, el coste del accidente al vuelo de los aeroplanos. Cuando nos asalta la duda, admitimos la posible existencia de ciertos efectos externos debidos a la producción de acero, pero silenciamos la presencia de todos aquellos que hayamos podido excluir con absoluta facilidad.

La asignación del coste de los accidentes es distinta sólo por lo que se refiere a la frecuente existencia de problemas de distribución entre partes que son independientes, lo que implica una mayor presencia de efectos externos. Pero incluso en estos casos no merece dedicar mucho tiempo a eliminar, mediante hipótesis de aproximación plausibles, aquellas partes cuya relación con el accidente no es más próxima que la existente entre la compraventa de acero y los efectos externos de los que se prescinde inmediatamente. Así pues, lo más conveniente es centrar la atención sobre los problemas de asignación más difíciles; esto es, sobre la asignación de costes entre aquellas partes que parecen ser las más idóneas para evitarlos y sobre el criterio que informa esta imputación.

UN CRITERIO ORIENTATIVO: LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE LA REMOCIÓN DEL COSTE DE LOS ACCIDENTES Y LOS COSTES ADMINISTRATIVOS

El primer criterio orientativo para descubrir quién será el sujeto más idóneo para evitar los costes del modo más económico (*the cheapest cost avoider*), es el de buscar la relación óptima entre costes de remoción y costes administrativos. Esto significa que si descubrir a ese sujeto (a imputarle los costes) es muy caro, se pueden disminuir los costes generales, asignando los daños a otro sujeto, aunque a éste no le sea tan fácil realizar la reducción; cualquier ahorro logrado mediante una asignación de costes aparentemente correcta puede que no justifique los costes necesarios para descubrirla. Asignar el coste de los accidentes a los automovilistas en función de la velocidad a la que circulan produce una reducción de los atropellos casi idéntica a la que resulta de imputarlo en función de la edad y de la participación en el accidente. Pero si esto último comporta un elevado coste administrativo, es preferi-

ble en la práctica acudir al primer método. En este sentido adquieren relevancia los costes administrativos de los proyectos de seguro personal, como el de KENTON-O'CONNELL, y de las propuestas de seguro de responsabilidad civil, como el plan de «compromiso provisionales» («stopgaps») de BLUM y KALVEN; una relevancia que hay que comparar sin embargo con la reducción del coste de los accidentes que cada tipo de plan realiza.

OTRO CRITERIO ORIENTATIVO: EVITAR LAS EXTERNALIDADES

El segundo criterio orientativo es el de buscar la máxima internalización de costes compatible con el criterio anterior. La idea es bastante sencilla, aunque la jerga económica la oscurezca un poco. Como ya he señalado, a menudo no podemos saber con seguridad qué asignación de costes es la más idónea para que en teoría se produzca la más económica reducción de los mismos; sin embargo, en la mayoría de los casos, podemos prescindir de un gran número de alternativas de distribución posibles, porque tenemos el convencimiento de que no son adecuadas. Puede ser que ignoremos si los peatones podrían evitar los costes de los atropellos con mayor facilidad que los automovilistas; pero estamos convencidos de que en cualquier caso siempre lo harán mejor que los contribuyentes en general o que los fabricantes de televisores. En consecuencia, hemos de evitar que se produzcan externalidades en la relación conductor-peatones que proyecten los costes sobre los contribuyentes en general, salvo que esto sea tan barato desde el punto de vista administrativo, que un ahorro en este ámbito compense la falta de reducción de los demás costes. Es precisamente esta injustificada proyección de los costes sobre los contribuyentes la causa concreta del desconcierto producido por el proyecto de BLUM y KALVEN, un desconcierto mayor en realidad que el ocasionado, por los planes de seguridad social, dado que éstos justifican expresamente las externalidades que producen por el ahorro de los costes administrativos y por otros objetivos distintos de la reducción del coste primario de los accidentes.

La proyección exterior de los costes puede producirse por tres causas distintas: la primera es la insuficiente clasificación, la segunda es la transferencia y la tercera es la información inadecuada.

Externalidades debidas a la insuficiente clasificación

Un ejemplo de externalidad debida a la insuficiente clasificación lo proporciona la asignación de los costes de los atropellos a los conductores en general (mediante el establecimiento de un tributo igual para todos los automovilistas). Pero si ocurre que los jóvenes son responsables de un enorme número de atropellos, la asignación señalada significa proyectar sobre la categoría general de los automovilistas parte de los costes ocasionados por esa subcategoría. Si la asignación se hiciera, en cambio, en función de la edad de los conductores involucrados en los accidentes y del número de ellos acaecidos, el resultado sería que todos los automovilistas pagarían una parte de los mismos, siendo la correspondiente a los jóvenes mucho mayor.

Un ejemplo más amplio de externalidades debidas a la insuficiente clasificación se produce al integrar los costes de los atropellos en el coste de la vida, reparando los daños con los fondos obtenidos mediante contribuciones generales (esto es, considerando la categoría más amplia posible). En este caso, el coste de los accidentes sólo sería relevante, en teoría, para la decisión de vivir en los Estados Unidos o en Argentina (suponiendo que estos daños y los impuestos que sirven para compensarlos fueran distintos en cada uno de esos países). Pero una vez tomada la decisión de vivir en el primero de ellos, estos costes ya no influirían sobre el circular en coche o el ir a pie. De este modo la gente estaría en condiciones adecuadas de decidir el país de residencia, pero no acerca del modo de desplazarse dentro de él; y, por tanto, aquí sólo existiría una tenue prevención general. Es obvio que el coste de los atropellos es en la actualidad un componente del coste de vivir en un país determinado (por ejemplo, los Estados Unidos); pero la imputación del coste a los automovilistas o a los peatones afecta no sólo a la decisión de ir a pie o en coche (lo subcategoría), sino también —si ese coste es suficientemente significativo— a la de emigrar a Argentina (la categoría).

La clasificación es prácticamente inmune, además, a la falacia «post hoc ergo propter hoc», como mínimo después de un período de tiempo. Supongamos que los costes asociados a los accidentes de tráfico se imputaran a los automovilistas, y que los conductores de coches de color rojo tuvieran que soportar una carga mayor que la correspondiente a los conductores de coches de color azul. Supongamos también que

esta circunstancia fuera independiente tanto de la posible mayor peligrosidad de los automóviles rojos, como del hecho de que los conductores de éstos sean más imprudentes; tratándose solamente de una simple coincidencia estadística. La carga que recaería sobre los coches de color rojo haría que algunos automovilistas prefiriesen conducir temporalmente coches de color azul. Sin embargo, con el tiempo, desaparecida la anomalía estadística, los datos relativos a los costes de los siniestros asociados a cada color de coche se igualarían. Si la anomalía persistiera porque, independientemente de la peligrosidad de los coches rojos y de los azules, quienes prefirieran los primeros fuesen realmente más propensos a causar accidentes, continuaría existiendo un estímulo en favor de los segundos. El equilibrio final entre el coste de los accidentes que sufren los coches de color rojo y los azules dependerá del grado de vinculación existente entre las preferencias por los colores y la conducción peligrosa. Pero como siempre existirán individuos que, no obstante preferir el color rojo, sean prudentes en su manera de conducir, esta última clasificación no será tan precisa como aquella que fuera el resultado de un criterio de identificación directo de la propensión a sufrir accidentes, distinto del hecho de conducir coches de color rojo. Sin embargo, esto no significa que las categorías establecidas sean inadecuadas. Si existe un simple vínculo casual entre manejar un coche rojo y carecer de prudencia, clasificar no produce ningún daño; mientras que si existe un vínculo real, aunque no esté conscientemente explicitado, la clasificación logrará un cierto efecto de prevención general.

Dado que la operación de clasificar es onerosa, existirá un cierto nivel en que será más económico admitir las externalidades que se produzcan, que continuar haciendo categorías más concretas. Por esta razón, el criterio orientativo que se propone aquí consiste en evitar el mayor número posible de externalidades compatibles con un nivel óptimo de costes administrativos.

Existen tres tipos de costes asociados con la operación de clasificar: el coste de reunir los datos necesarios para realizar el coste de analizarlos y convertirlos en elementos actuariales significativos, y el coste de imputar los daños a categorías cada vez más específicas. Si estos costes son relevantes, no estaremos dispuestos a gastar ni un céntimo en establecer categorías actuariales significativas, no obstante la posibilidad de definirlos, ni asignaremos los daños en función de las categorías que realmente hayamos definido. En otros

términos, tarde o temprano se llega a un punto en que continuar subclasificando supone un coste mayor que el consiguiendo el ahorro en costes primarios que dicha operación produciría. En la práctica el problema de hasta dónde llevar la clasificación no es irresoluble. De hecho, es el mismo problema al que se enfrentan actualmente las compañías de seguros; cuando desean establecer categorías en base a la probabilidad de manifestar un comportamiento culposo. Aquí se observa que merece la pena fijar primas más elevadas para conductores varones, solteros y menores de veinticinco años, que para las mujeres, los hombres casados y los solteros mayores de veinticinco años. En cambio no se intenta realizar una clasificación ulterior que distinga a los varones solteros de veintidós años y siete meses de edad de aquellos que siendo varones y solteros tengan veintidós años y ocho meses. La diferencia observable en la probabilidad de sufrir accidentes de cada uno de estos grupos aunque pudiera medirse, no justificaría el coste necesario para establecer la subclasificación.

El hecho de que los costes de clasificación condicionen la conveniencia de realizarla, permite afirmar que algunas veces no será apropiado establecer clasificación alguna. Si la reducción del coste primario de los accidentes alcanzada mediante la prevención general fuese mínima, y los costes que conlleva ese método —los costes de clasificación— fuesen demasiado elevados, sería preferible recurrir a un seguro social financiado mediante los impuestos generales. En efecto, se trataría de imputar el coste sobre la categoría más amplia —la de quienes viven en un determinado país—, respecto a la cual todas las demás serían subcategorías. Sin embargo, a la vista de la práctica actuarial de las compañías de seguros, no parece inútil intentar establecer subclasificaciones en aquellas áreas en donde los accidentes y los costes de los mismos sean un problema fundamental.¹²

Externalidades debidas a las transferencias

Uno de los muchos ejemplos de externalidades derivadas de las transferencias se produce al asignar los costes de los atropellos a los peatones. Si como consecuencia de ello la sociedad decide asumir el coste —mediante un sistema de seguro social, financiado por medio de una contribución general—, porque considera que los peatones no están cubiertos de manera satisfactoria, aquello que en principio parece ser una

imputación de costes a las víctimas, en realidad se convierte en una exención del coste para ambas partes. En estas circunstancias, lo que se debe averiguar es si son los conductores o los contribuyentes quienes pueden evitar mejor el coste de los atropellos, pues está visto que la asignación del mismo, a los peatones se traduce en realidad en una imputación directa a los segundos.

Existen diversas razones, unas de orden práctico y otras de tipo político, que justifican la existencia de las externalidades debidas a las transferencias. Más adelante, cuando veamos cómo el sistema de la culpa y el método de mercado puro asignan los costes, examinaremos algunas de ellas. Por el momento basta señalar que en la búsqueda del sujeto que pueda reducir los costes del modo más apropiado desde el punto de vista económico, es necesario prestar atención sobre la capacidad de evitarlos que ostenta quien los soporta realmente, una vez producida la transferencia, en vez de fijarse en la capacidad del sujeto inicialmente gravado. Cada vez que en última instancia el sujeto pasivo sea uno de los excluidos, bien mediante el uso de hipótesis de aproximación plausibles, bien por razones derivadas de la subclasificación o bien por otros motivos, debemos admitir que nos hemos equivocado de personaje.

Externalidades debidas a un conocimiento inadecuado

Las externalidades debidas a un conocimiento inadecuado de la situación aparecen cuando, por ejemplo, se imputa el coste de los accidentes a los peatones, y éstos son incapaces, ya sea por falta de información o por motivos de tipo psicológico, de prever el riesgo que comporta el ir a pie. El único modo de llegar a creer que los peatones son quienes mejor pueden evitar el coste de los accidentes, es admitir que son capaces de transformar en expresión monetaria precisa el riesgo que asumen andando. Pero si esto no es así, imputárselo no afectará en absoluto a su comportamiento y, en consecuencia, el efecto será el mismo que si nada interfiriese en la distribución de los daños.²⁹ De ello se sigue también que, si el reparto de los costes entre conductores y peatones es deseable en teoría, sólo la asignación a los primeros puede producir la oportuna reducción práctica de los mismos, siempre y cuando supongamos, naturalmente, que los automovilistas tengan un conocimiento adecuado de la situación.

La forma de evitar las externalidades: un ejemplo

Es probable que a simple vista no sea perceptible el acierto que supone, desde la perspectiva de la prevención general, imputar la totalidad del coste de los atropellos a los automóviles, cuando se desconoce cómo distribuirlo entre éstos y los peatones, evitando así que los vehículos soporten sólo una parte y el resto se proyecte fuera de la relación.

Un ejemplo ayudará a aclarar este extremo. Supongamos que mediante una hipótesis de aproximación se haya excluido del elenco de reductores económicos del coste de los atropellos a todas las actividades a excepción del manejo de los vehículos y del tráfico peatonal. Supongamos también que el mejor modo de reducir el coste de los atropellos sea el de repartirlo entre aquellas dos actividades, pero desconocemos qué proporción debería corresponder a cada una. Sin embargo, sabemos que esas actividades, en conjunto, acarrear un cierto coste social. En consecuencia podemos decir que, desde el punto de vista de la asignación de recursos o de la prevención general, siempre será preferible reducir o alterar ambas actividades (de forma conjunta o separada) hasta un punto tal en el que la gente anteponga pagar los daños de los accidentes a tener que soportar el coste de una reducción o modificación ulterior. Hasta dicho punto cualquier cambio «cuesta» a la gente menos que los accidentes que se evitan, lo cual es algo favorable, tanto si la modificación se produce a expensas de una sola actividad, como si, en teoría, pudiera realizarse un cambio más barato que afectara a ambas. Esta última afirmación no altera la veracidad de que el cambio original «cuesta» menos que el ahorro que conlleva; lo único que muestra es que existe la posibilidad teórica de producir un cambio mejor. Pero teniendo en cuenta nuestra hipótesis de partida, esta modificación teórica no está a nuestro alcance en la práctica. La situación que estamos examinando es aquella en donde cualquier parte del coste de los accidentes, que no se impute a los automóviles, se proyecta fuera del ámbito limitado por los vehículos y los peatones, de modo que deja de afectar a ambas actividades. En vez del efecto combinado sobre ellas, que teóricamente se presenta como mejor, el resultado de repartir los costes no comportaría ningún cambio en el tráfico peatonal, y sólo una ligera modificación en el tráfico rodado, cuando *ex hypothesi* todavía es posible realizar un cambio mayor en esta última actividad que permitiría ahorrar mucho más que lo que costaría actuarlo.

UN TERCER CRITERIO ORIENTATIVO: LA BÚSQUEDA DEL SUJETO QUE ESTÁ EN MEJORES CONDICIONES PARA «SOBORNAR» A LOS DEMÁS (*the best briber*)

El tercer criterio orientativo para determinar quién es el sujeto más indicado para evitar los costes, difiere bastante de los dos anteriores. Aquí se trata de imputar el coste de los accidentes de forma tal que se facilite al máximo la corrección en el mercado de los eventuales errores cometidos en dicha asignación. Este criterio presupone que, a pesar de los costes de transacción, el mercado tiende a descubrir al sujeto más idóneo para evitar los costes, y a influenciar su conducta negociando el pago de una cantidad suficiente (digamos un soborno). Por ello, cuando no sepamos con seguridad qué sujeto (o qué actividad) puede evitar los costes del modo más económico, bastará imputar el coste a quien tenga mayor facilidad para entablar la negociación correspondiente con aquel que sí puede hacerlo realmente. De este modo si el sujeto que soporta inicialmente los costes no es el más idóneo para evitarlos, por lo menos se habrán reducido al mínimo las dificultades impuestas por los costes de transacción sobre la búsqueda de aquel otro sujeto y sobre su incentivación. Obviamente este criterio no consiste en seleccionar al sujeto pasivo por el simple hecho de que es capaz de negociar y sobornar a los demás del modo más fácil, aunque no sea claramente el más apto para evitar los costes; lo único que indica es que cuando nos hallemos ante varias alternativas posibles y no sepamos con seguridad qué actividad sería la más adecuada para evitar los costes, la actitud más razonable es la de elegir a quien pueda sobornar a los demás para que eviten los accidentes.

En la práctica descubrir a este sujeto es mucho más complicado de lo que podría parecer. El requisito de ser una actividad que puede establecer fácilmente negociaciones con las demás, entraña otras condiciones que conviene examinar.

La primera se refiere al conocimiento del riesgo. No importa cuán fácil sea para una actividad entablar la negociación con las demás, si los sujetos que la desarrollan ignoran el riesgo de accidentes que comporta. Sin este conocimiento nada les movería lo suficiente a entablar negociaciones tendientes a reducir el coste y, por consiguiente, el imputárselo de entrada no ayudaría en absoluto al descubrimiento del sujeto que puede reducir el coste de los accidentes del modo más económico.

La segunda condición hace referencia a la facilidad, que cada actividad pueda tener, para descubrir a quién debe sobornar. En efecto, aquí se quiere destacar que uno de los costes de entablar negociaciones consiste en averiguar con quién es más ventajoso transigir. El uso del criterio del «sobornador perfecto» implica que la colectividad desconoce quién es el sujeto mejor dotado para reducir los costes de los accidentes, ya que si lo supiera se los habría asignado desde el comienzo. Y además también pone de manifiesto la creencia en el mercado como ámbito experimental más apropiado para localizar al sujeto que puede evitar los costes de la forma más barata posible. Sin embargo, es falso que esa técnica experimental sea igual de fácil para todas las actividades que pudiéramos gravar. En consecuencia, sólo debemos gravar aquellas actividades que sean capaces de reducir al mínimo el entero coste de entablar negociaciones, incluido el de recoger la información que aquí se precisa.

Por último, hay que destacar que la forma más fácil de entablar la negociación conlleva a veces la necesidad de ejercer coerción sobre los potenciales «aprovechados». En nuestra sociedad la coerción tiene un coste, lo cual no significa que no pueda estar plenamente justificado.¹⁴ Quien se halla en mejores condiciones de sobornar a los demás para que reduzcan el coste de los accidentes ha de poder entablar la negociación correspondiente, recurriendo sólo al mínimo de coerción posible o, en caso de que ésta sea más económica que el empleo de otras técnicas, ha de poderla emplear de la forma más barata posible para suscitar la adhesión de los aprovechados a su propuesta.

En otros términos, el sujeto pasivo de los costes que pueda entablar más fácilmente la negociación, debe ser elegido teniendo en cuenta *todos* los costes involucrados en ella; lo cual incluye, además de los costes de transacción más obvios, los que se refieren al riesgo, a la información necesaria y, si fuera el instrumento disponible más económico, al uso de la coerción.

Asignar el coste a quien se halla en mejores condiciones para sobornar a los demás, significa creer que, cuando los anteriores criterios orientativos resultan insatisfactorios para determinar quién puede reducir los costes de la forma más económica, es preferible que el mercado lo determine, a recurrir a una decisión colectiva. Esta presunción se apoya en las razones que usualmente se aducen para preferir el mercado: las decisiones de mercado comportan normalmente un núme-

ro elevado de experiencias entre sujetos particulares, el cambio de las condiciones no requiere decisiones colectivas nuevas, los errores sólo afectan a los hombres de negocios, etc. A veces estos argumentos carecen de sentido. Por ejemplo, si la negociación sólo puede entablarse ejerciendo coacción sobre la mayoría de los individuos que despliegan la actividad, para que se adhieran a la transacción, entonces desaparecen todas las ventajas que la experimentación y la flexibilidad ofrecen. En este caso gravar a quien puede ejercer mejor la coacción conduce a un resultado muy similar al que se lograría mediante una decisión social que gravara directamente a quien puede evitar el coste del modo más económico; con la única diferencia que la decisión corresponde a la parte gravada inicialmente y no al órgano que adoptaría normalmente este tipo de determinaciones. Cuando no es posible recurrir a múltiples decisiones individuales en el mercado, es preferible que la sociedad determine, en función de sus propios datos experimentales (al fin y al cabo la sociedad no ha de tener vedado el recurso a un cierto grado de experimentación), quién es el más apto para evitar los costes, que confiar en una decisión del mercado al respecto.

EL CASO DIFÍCIL

Lo anterior nos indica que, no obstante existir áreas en las cuales los criterios orientativos examinados nos permiten deducir qué actividades han de verse gravadas con los costes de los accidentes, hay otras en las que esos criterios resultan insatisfactorios. En estos últimos, la prevención general puede actuar de tres modos distintos: formulando una hipótesis acerca de qué actividad aparece como la más idónea para evitar los costes del modo más económico, y luego verificándola experimentalmente (dividiendo los costes entre todas las actividades que hayan superado una selección previa, o asignando las pérdidas siguiendo criterios diversos de los propuestos por el mercado.

Hipótesis depuradas

Formular una hipótesis depurada o un juicio intuitivo acerca de qué actividad será probablemente la más apropiada para evitar los costes de la forma más económica, es un método

análogo al consistente en establecer hipótesis de aproximación plausibles, con la única diferencia de que ahora la selección realizada es menos evidente. Ello no significa que no puedan existir juicios válidos acerca del sujeto buscado, ni que esos juicios no puedan verificarse de manera empírica; sino tan sólo que los términos del juicio serán difíciles de precisar, dado que a menudo se fundan en meras impresiones. Por ello se hace necesario identificar tales dificultades refiriéndonos a los casos más difíciles.

Las principales dificultades que entraña la identificación del sujeto idóneo para evitar los costes del modo más económico radica en el hecho de que la facilidad de evitar (la habilidad para reducir el coste de los accidentes) es una noción que depende de varios factores desconocidos. En primer lugar depende de la conveniencia en el mercado de las relativas actividades, potenciales sujetos pasivos del coste. Por ejemplo, si la alternativa consiste en evitar un cierto coste a base de disminuir la circulación de un número «x» de automóviles o un número «y» de peatones, averiguar la facilidad de evitar los costes exigirá estimar si costaría menos (esto es, si dañaría menos a las personas involucreadas) el impedir la circulación de «y» peatones o la de «x» conductores. Obviamente se trata de un dilema que no puede resolverse con absoluta seguridad.

La cuestión se complica porque, a menudo, la mejor solución —la mejor forma de evitar los costes— consiste en la reducción de ambas actividades: el tráfico rodado y el peatonal. Es difícil determinar el valor que la gente daría a los respectivos porcentajes de la primera y de la segunda actividad que deberían eliminarse; y más difícil todavía es el comparar estos valores con los de las varias combinaciones de ambas actividades que sería preciso eliminar para alcanzar el pretendido resultado. Y sin embargo son, precisamente, estos valores relativos los que debemos conocer para poder dividir de forma óptima los costes entre el tráfico rodado y el peatonal, por lo menos cuando los anteriores criterios examinados no nos han resuelto el problema.

Por otra parte, el problema no reside sólo en reducir las actividades. Muchas veces se trata de alterar la forma de desplegarlas, quizás instalando los equipos de seguridad correspondientes. Por ello hemos de referirnos no sólo a la existencia de equipos de esta clase alternativos, sino también a la invención de nuevos. En consecuencia, no estamos discutiendo sólo si es más barato evitar el coste de los accidentes me-

diente la reducción de tal o cual clase de tráfico, sino también si el imputar los costes al tráfico peatonal tenderá a reducir —mediante una cierta disminución del mismo y una alteración del tiempo y del lugar en que se realiza— los costes de los atropellos de un modo más fácil que imputándolos a la circulación, suponiendo que tanto una como otra actividad se vean reducidas o alteradas al ser gravadas con esos costes. Además es necesario contrastar ambos efectos con los que producirían cada una de las diversas combinaciones posibles, como la de imputar el 60 por ciento del coste al tráfico peatonal y el 40 por ciento al rodado, o el 50 por ciento a cada uno, o el 25 por ciento a uno y el 75 por ciento al otro.

Dicho de otro modo, la hipótesis depurada entraña una cierta complejidad porque cada una de las actividades elegibles abarca un sinnúmero de otras específicas subcategorías. Hemos visto que, en teoría, imputar el coste a una subcategoría afecta tanto a ella como a la categoría a la que pertenece. Es por eso que normalmente no nos preocupamos por el adecuado nivel de subcategorización, buscando en cambio aquella subcategoría que pueda ser influida de forma eficiente. Esto no es objetable cuando estamos considerando la asignación entre categorías generales y específicas; pero no parece tan simple cuando hemos de decidir gravar o no a los conductores de veinte años y a los peatones rubios. En el ámbito de las categorías (automovilistas y peatones) no hay problemas; pero al decidir cuál de ellas deberá gravarse, o en qué proporción, hemos de tener en cuenta las posibles subcategorías, porque la habilidad de aquellas para evitar más fácilmente los costes depende de lo lejos que pueda llevarse eficientemente la clasificación en cada una.

Pongamos un ejemplo. Si supiéramos que al imputar los costes a los automóviles (concretamente, a la más específica subcategoría de los mismos que pueda ser influida de forma eficiente) la mayor parte de esta carga terminaría por recaer sobre aquellos vehículos que tienen más de diez años, comportando su desaparición del mercado y la consiguiente reducción radical de los costes de los accidentes, mientras que imputando esos costes a los peatones, el mismo resultado sólo se lograría si una parte fundamental de ellos renunciara a ir a pie, no cabe duda que este conocimiento jugaría un papel importante a la hora de decidir cuál de las dos actividades es capaz de reducir más fácilmente los costes de los accidentes, persiguiendo una solución determinada. Esta solución sería distinta si supiéramos que imputando el coste a la subcategoría más

específica de los peatones, éste acaba cayendo sobre la gente que pasea en la oscuridad de la noche sin portar un farolillo, y que al precio de 50 ptas. por persona y año, esta subcategoría podría evitar los accidentes, mientras que imputar el coste a las correspondientes subcategorías de vehículos no produciría ningún efecto especial sobre la propensión de los mismos a causar accidentes, siendo necesario eliminar la circulación nocturna para lograr una reducción significativa de los costes primarios.

El lector observará inmediatamente la analogía existente entre este ejemplo y las cuestiones que debe afrontar la elección de un plan de seguro personal del tipo propuesto por KEETON-O'CONNELL y por la *American Insurance Association*, o la de uno semejante a los proyectos de seguro de responsabilidad civil que constituyen la parte no gubernamental del plan de «compromiso provisional» («stopgap») de BLUM y KATZ. Si la elección de estos planes dependiera, completamente, de la prevención general y no del desecho social a favor de la circulación de los menores de edad, y en contra de la circulación de los padres de familia, sería necesario considerar si una clasificación que impulsara la seguridad de los pasajeros podría ofrecer una remoción de los accidentes más económica que la ofrecida por otra que activara la seguridad de los terceros.

En otros términos, la búsqueda del sujeto capaz de evitar los costes de los accidentes de la forma más económica es la búsqueda de aquella actividad que puede disponer, más rápidamente, de una substitutiva que ofrezca un máximo de seguridad: la búsqueda, por tanto, de aquella alteración o reducción de la actividad que disminuya el coste primario del modo más económico. Esta operación exige, necesariamente, confrontar no sólo las actividades entre sí, sino también las diversas subcategorías de las mismas, porque es muy probable que la solución óptima se halle en la alteración o en la eliminación de una subcategoría.

Debo insistir en que el objetivo de esta búsqueda no es la eliminación del coste primario de los accidentes. La óptima distribución de costes de que disponemos resultará, probablemente, de una elección de mercado consistente en preferir un cierto nivel de accidentes en vez del coste que significa tener que alterar la conducta para evitarlos. Siempre será posible que la alternativa más económica a ciertos accidentes sea más cara que los propios accidentes, y en último extremo esto será cierto dada la imposibilidad de un conocimiento absoluto

de los datos relevantes. Sin embargo, el objetivo de la búsqueda sigue siendo el de permitir que la decisión acerca de los accidentes se base en la alternativa más barata de modo tal que podamos comparar lo que nos cuestan los accidentes, y lo que nos cuesta la técnica más económica de evitarlos.

Por último, la búsqueda del sujeto capaz de evitar los costes de la forma más económica debe tener presente que un mismo factor puede estar involucrado en distintas categorías de una misma actividad y en actividades diferentes. Supongamos, por ejemplo, que todos los atropellos tuvieran que ver con un cierto tipo de frenos y con peatones de 80 años de edad. Supongamos también que lo óptimo, en términos de reducción de los costes que estos siniestros acarreen, sea imputarlos a los peatones octogenarios, porque la desaparición de la circulación de esta clase de personas es más barata que la instalación de frenos de nuevo tipo (sin que estemos influidos por cuestiones relativas al fraccionamiento). Si nuestro universo fuera éste, la prevención general (prescindiendo de cuestiones relativas al fraccionamiento) haría recaer los costes sobre los peatones.

Consideremos ahora todos los siniestros consistentes en la colisión de un automóvil con una bicicleta. Imaginemos que en este caso los coches tienen el mismo problema con los frenos, y las bicicletas las conducen menores de veintidós años, y admitamos que imputar el coste total de estos accidentes a los jóvenes ciclistas representa la solución óptima, porque la reducción de los costes referidos es más barata eliminando de la circulación las bicicletas guiadas por los menores que cambiando de frenos. Apparentemente esto significa que la prevención general gravará con los costes a los ciclistas. Pero ahora consideremos, conjuntamente, a los atropellos de peatones y de ciclistas, y conengamos en que se da la circunstancia (completamente consistente con las suposiciones precedentes) de que imputando los costes de estos siniestros a los automóviles, se obtiene la solución óptima en términos de reducción de dichos costes, porque cambiar el tipo de frenos es más barato que eliminar de las calles a los ciclistas menores y a los peatones octogenarios. A pesar de nuestra impresión los automóviles deberán asumir los costes de ambos tipos de accidentes.

La simplicidad de estos ejemplos pone de manifiesto la dificultad que todo ello comporta. Dado que la interacción de actividades es muy compleja, asignar el coste de los accidentes teniendo en cuenta sólo quién es el sujeto capaz de evitar

los en cada caso particular o en cada tipo de accidentes determinado, no tiene por qué producir el óptimo resultado para la reducción total del coste de los siniestros. En consecuencia, nuestra búsqueda del sujeto idóneo para evitar tales costes no puede considerar cada siniestro en el vacío. En cierta medida esto hace que la búsqueda sea un trabajo muy complicado, pero al mismo tiempo, como veremos, puede simplificarse desde el momento en que aceptemos el hecho de que la perfección ni es posible ni sirve de mucho.

El descubrimiento del sujeto idóneo para evitar los costes es tan difícil que sería lógico dudar de nuestra capacidad para tomar una determinación razonable. Sin embargo, no hay motivo para perder la esperanza. La mayoría de los proyectos examinados en el primer capítulo de este libro se pronuncia en un sentido u otro al respecto, aunque a veces lo hagan de forma implícita. De modo análogo, en el ámbito del sistema de responsabilidad por culpa se resuelven alternativas que entrañan una dificultad similar. Es evidente que al igual que podemos equivocarnos al establecer que una parte ha sido imprudente en determinado caso, también podemos hacerlo al decidir quién o qué conjunto de cambios en ciertas actividades hubieran podido evitar los costes de los accidentes del modo más fácil. El aspecto destacable de todo esto no es la necesidad de que esas decisiones sean correctas para que puedan ser efectivas, sino la mayor probabilidad que existe de aproximarse a la prevención general óptima cuando la distribución de costes se hace teniendo presente aquella facilidad para evitar los accidentes que cuando nos fijamos, en cambio, en otros objetivos o cuando procedemos a la asignación sin una noción clara de a dónde queremos llegar.

Hemos de recordar, además, que las hipótesis depuradas entran en juego una vez que el problema ha sido simplificado sustancialmente. Las hipótesis de aproximación plausibles anteriores (que en realidad no son otra cosa que simples verificaciones de la facilidad de evitar los costes, realizadas con el fin de eliminar las actividades que son claramente irrelevantes) ya habrán reducido el número de alternativas a una cifra más manejable. Luego los tres criterios orientativos señalados reducirán todavía más el ámbito de probabilidades. En consecuencia, las actividades, de entre las cuales deberemos por último seleccionar una, constituirán un grupo muy pequeño. Es por esta razón que en muchos casos existirá una base suficiente para intuir la solución entre las alternativas, posibles y podremos verificar empíricamente la elección adoptada.

Si es imposible hacer aproximaciones razonables, ello sólo significa que desde el punto de vista de la prevención general (o de mercado) carecemos de motivos suficientes para creer que una de las partes en cuestión es preferible a las demás a la hora de soportar los costes, y que cualquier división que se funde bien en la suerte, bien en la economía, bien en objetivos diversos de la prevención general es tan buena como las demás, siempre y cuando no viole los criterios orientativos de prevención general establecidos anteriormente. Por otro lado sabemos que si cometemos un error de imputación muy grave, la actividad afectada tratará de mitigar su efecto entablando negociaciones con aquellas que puedan evitar el coste de forma más fácil. Cuanto mayor sea el error, más convenientes serán estas transacciones, a pesar del coste que conlleva entablar la negociación correspondiente.

Asignación de costes en base a la vinculación con los accidentes

Si no existe base suficiente para establecer una hipótesis depurada y sí, por otro lado, no se desea distribuir el coste de acuerdo con criterios de prevención colectiva ni de reducción del coste primario de los accidentes, lo que se puede hacer es repartir el coste entre el reducido conjunto de las actividades previamente seleccionadas. Esta repartición engendrará un grupo de categorías actuariales que vendrían a reflejar la probabilidad que cada una de las actividades gravadas tendría de estar involucrada en los siniestros.

Sin embargo, esta división es admisible a falta de un fundamento mejor para imputar los costes; esto es: si los demás criterios posibles o son demasiado imprecisos o son demasiado caros. De todos modos, esto no queda a salvo de la crítica, como se puede observar en el ejemplo siguiente. Supongamos que un accidente, en el que están envueltas dos actividades, cueste 8.000 ptas. cada vez que ocurre. Supongamos, además, que cada actividad pudiera impedir el siniestro si instalara un mecanismo de seguridad valorado en 6.000 ptas. por accidente evitado. Una imputación basada en que las actividades estaban vinculadas con el accidente implicaría gravarlas con 4.000 ptas.; es claro que ninguna de ellas instalaría el mecanismo citado, a no ser que eventualmente una se viera inducida a hacerlo como resultado de una transacción con la otra. No obstante, si el coste de entablar la negociación co-

respondiente fuese superior a 2.000 ptas. por accidente, no se produciría ninguna transacción y los accidentes continuarían produciéndose; mientras que es indudable que si inicialmente cualquiera de las actividades estuviera gravada con la totalidad del coste del siniestro, el mecanismo de seguridad se habría instalado, tal como corresponde. Pero la situación no es tan grave como aparenta. Un resultado contrario se produciría si en vez de atender al ejemplo anterior nos fijamos en una situación similar donde la única forma de evitar los accidentes es la de que ambas actividades tengan que modificar su conducta en un cierto sentido, por ejemplo, instalando un equipo de seguridad cuyo coste sea de 3.000 ptas. para cada una.

Es obvio que en muchos ámbitos, en los cuales pretendemos asignar los costes en función del criterio de la vinculación con el accidente, no se sabe a ciencia cierta quién es el sujeto que podría evitarlos de la forma más fácil (*the easiest cost avoider*). Dada esta falta de información, nuestra atención debe dirigirse hacia las cuestiones siguientes: (1) ¿cuándo son capaces las categorías actuariales de reflejar mejor la facilidad de evitar los accidentes, cuando se tiene un criterio aproximativo, por más indirecto que éste sea, para dividir los costes, o cuando éstos se dividen en partes iguales sin tener en cuenta criterio alguno?; (2) supongamos que una división de los costes en base a criterios extremadamente aproximativos fuese la que proporcionara el mejor resultado, ¿podrían justificar éstos a los costes administrativos que acarrea esa división?

La respuesta a estas cuestiones depende en parte del relativo coste de formular hipótesis y de establecer divisiones iguales. Pero, además, depende de la aplicabilidad de la teoría de la probabilidad estadística. En ausencia de información adecuada acerca de quién es el sujeto que puede evitar el coste de los accidentes del modo más económico, dividirlo en partes iguales entre las actividades involucradas incrementa al máximo la probabilidad de lograr la remoción óptima del mismo, si los efectos perjudiciales que acarrea los errores de imputación crecen a un ritmo superior al que comporta la diferencia entre la imputación realmente efectuada y la imputación óptima.¹⁵ Dicho de otro modo, si sucede que al aumentar la diferencia entre la asignación correcta y la errónea, los efectos perjudiciales de esta última crecen a un ritmo mayor, entonces —a falta de información adecuada— la mayor probabilidad de reducir al mínimo esos efectos perjudiciales se halla dividiendo los costes en partes iguales. Esto no es de extrañar

a la vista de la forma que presentan, normalmente, las curvas de la oferta y de la demanda. En consecuencia, el criterio de la vinculación con el accidente puede ser un modo aceptable de distribuir los costes desde el punto de vista de la prevención de mercado si no existe un fundamento mejor para asignar los costes de manera distinta.¹⁶

La referencia a otros cometidos

Si ninguno de los criterios examinados nos indicara quién debe soportar el coste de los accidentes en un ámbito particular, si la comprobación del vínculo con el accidente tampoco incrementara la probabilidad de imputar los costes al sujeto más idóneo para evitarlos, y si estuviéramos convencidos de que toda ulterior aproximación y verificación empírica para descubrir a dicho sujeto nos ofrecería un resultado que no justificaría el coste de obtenerlo, entonces podríamos afirmar que ni siquiera el método de prevención general más puro se preocupa de quién debe ser, entre los posibles sujetos pasivos de las pérdidas, el que debe soportarlas. Sin embargo, ni desde la perspectiva del método de la prevención colectiva para la reducción del coste primario de los accidentes, ni desde el punto de vista de otros objetivos, tales como el fraccionamiento de los daños, es adecuado adoptar una posición de indiferencia ante el problema de quién debe soportar las pérdidas; pues esos otros objetivos precisamente pueden orientar la decisión. Si no podemos tomar una determinación razonable acerca de si es el seguro personal o el de responsabilidad civil el que establece la asignación óptima de las pérdidas, podemos, en cambio, sin infringir el método de la prevención general, adoptar un plan de este último tipo argumentando que con ello se favorecen las preferencias colectivas por los coches pequeños, o elegir un plan del primer tipo por la sencilla razón, digamos, de que así se favorece el fraccionamiento óptimo de las pérdidas. Mucho antes de llegar a este punto ya se habrá advertido la necesidad de abandonar un exclusivo método de mercado para reducir los costes primarios de los accidentes, y la conveniencia de recurrir a técnicas y fines distintos.

ÓRGANO Y MÉTODO

Todo lo anterior conduce al que quizá sea el requisito más importante para descubrir al sujeto idóneo para evitar los costes. Se trata de elegir los órganos y los métodos más adecuados para utilizar los criterios precedentes y examinar la parte que está en mejores condiciones de modificar su conducta en orden a evitar los accidentes. En otros términos, es necesario confiar la elección del sujeto idóneo para reducir los costes a un órgano o instancia que sea capaz de: (1) eliminar a todas aquellas actividades que, mediante una hipótesis de aproximación plausible, demuestren su incapacidad para ser agentes idóneos de la remoción del coste engendrado por una categoría determinada de accidentes; (2) atender a que la asignación conduzca al mínimo número de externalidades compatible con un determinado nivel de costes administrativos; (3) eliminar aquellas asignaciones de costes que conducen a resultados que no justifican el precio de obtenerlos; (4) identificar al sujeto que puede sobornar a las demás actividades al menor coste posible (*the cheapest briber*); (5) formular la mejor hipótesis intuitiva acerca de qué actividad puede ser la más adecuada para evitar los costes desde el punto de vista económico (*the cheapest cost avoider*) (si es que los anteriores criterios no han resuelto este problema) y verificar la hipótesis mediante experimentos controlados o datos estadísticos, y (6) hacer todo esto sin introducir factores extraños ulteriores.¹⁷

Dado que en la práctica será difícil admitir un método de mercado puro, es ocioso dedicar demasiada atención a la instancia y al método que podrían realizar ese género de prevención. Bastará con reducir el problema a dos cuestiones: (1) ¿cuál es el modo más fácil de descubrir al sujeto idóneo para evitar de la forma más económica los costes de los accidentes, el de intentar una decisión al respecto en cada caso concreto, o el de establecer directamente qué categorías asegurables o qué actividades podrían evitar más fácilmente una determinada clase de siniestros?, y (2) ¿qué instancias están en mejores condiciones de adoptar cada una de esas decisiones? Creo que si nuestro fin es el de hallar al sujeto más apropiado para reducir los costes en términos económicos, no es conveniente tomar decisiones centradas exclusivamente en el caso concreto; por esta razón un órgano como el jurado es poco recomendable para alcanzar aquel objetivo. Hay varios motivos que apoyan esta conclusión, pero prefiero examinarlos más

adelante, al comparar el sistema de la culpa con el método de la prevención general.

LA CONTRATACIÓN PRIVADA: UNA DIGRESIÓN

Aquí podría concluir el análisis de la imputación del coste desde la perspectiva de la prevención general si no fuera por que algunas veces se afirma que existe un ámbito en el cual es indiferente (desde el punto de vista del método de mercado) quién soporte el coste de los accidentes. Creo que esto es incorrecto, y que destacar ese ámbito —el de la contratación privada— sólo sirve para confundir las cosas. Una breve digresión bastará para mostrar el porqué.

Suele decirse que cuando dos partes están ligadas por una relación contractual no importa a cuál de ellas se le atribuya inicialmente los costes de los accidentes que resulten, porque el mercado se encargará de asignar las pérdidas de la mejor forma posible, con independencia de la distribución inicial. Usando un ejemplo típico de los manuales de responsabilidad civil estadounidenses se afirma que en caso de que se produzca una tormenta inesperada, de los daños causados a un muelle por un buque amarrado en él, da igual que responda el propietario de éste o el del muelle, tal como se estableció en el caso *Vincent v. Lake Erie Transp. Co.*¹⁴ Si se consideran responsables a los propietarios del buque los cánones de atraque serán unos; si, en cambio, son responsables los propietarios del muelle, esos cánones serán superiores. En ambos casos la pérdida, que una actividad debe soportar en última instancia, depende de cuán fácil sea para la otra hallar una actividad sustitutiva más económica (esto es, con menor propensión a causar accidentes). Si de aquellos daños han de responder los buques, éstos se dirigirán hacia puertos más seguros con el fin de reducir sus pérdidas al mínimo posible; hasta que los propietarios de los primeros muelles disminuyan adecuadamente sus cánones —o instalen mecanismos de seguridad bastantes— de tal modo que signifique un ahorro para los propietarios de los buques usar estos muelles y soportar los eventuales daños. Si los propietarios de los muelles tuvieran que responder de los daños, tratarían de reducirlos al mínimo instalando los correspondientes equipos de seguridad hasta que resultara más económico pagar por los eventuales daños que establecer una mejora ulterior de la seguridad del muelle; al mismo tiempo tratarían de cargar sobre los pro-

pietarios de los buques el coste de los mencionados equipos y el de los accidentes, hasta que el canon resultara tan elevado que estos últimos propietarios prefirieran dirigirse hacia otros puertos. El mismo análisis se deberá usar si la mejor forma de evitar las pérdidas es la de incrementar la seguridad de los buques. En cualquier caso, se buscará el modo más económico de afrontar la reducción de los costes, pero tanto éstos como el coste de realizar la reducción serán compartidos por las partes en la misma proporción, sea quien sea la parte que deba responder inicialmente por ellos.

Este argumento puede emplearse en cualquier situación contractual, aunque varíe su dosis de realismo. ¿Quiénes deben responder por los accidentes laborales, los trabajadores o sus patronos?, ¿quiénes deben hacerlo por los daños que ocasionan los taladros eléctricos, los fabricantes o los consumidores? Teóricos tales como BLUM y KALVEN insisten en que en términos de prevención general de la propensión a causar accidentes que presentan esas actividades, no hay diferencia entre una solución u otra.¹⁵ Pero hemos visto que tampoco existía diferencia, desde el punto de vista teórico, cuando se trataba de averiguar quién debía soportar los daños de tipo extracontractual, esto es, aquellos que afectan a partes sin relación contractual alguna. Sin embargo, debemos admitir que, en realidad, tal como sucede en el ámbito extracontractual, cuando los daños se producen en el seno de una relación contractual, la imputación inicial de las pérdidas puede ser trascendental. Las razones de ello no son otras que concreciones de los criterios ya señalados para descubrir al sujeto que puede reducir los costes del modo más económico posible.

El primer motivo para sostener que tampoco nos hallamos aquí ante alternativas indiferentes es que, en la práctica, siempre hay una parte que está en mejores condiciones de evaluar el riesgo del accidente que la otra, esto es, el coste esperado del accidente. Y si esto es así, la primera actividad es la más idónea (en términos de prevención de los accidentes causados eventualmente por ella) para soportar inicialmente los daños. Si los consumidores tuvieran que soportar los daños producidos por el uso de taladros eléctricos, e infravalorarán la probabilidad de que sucedieran tales accidentes, carecerían de los estímulos necesarios para comprender que la adquisición de una clase de taladros más cara, pero más segura, les resultaría una operación más económica teniendo en cuenta el coste de los accidentes que inevitablemente deben soportar. En cambio es muy probable que los fabricantes de taladros

eléctricos conozcan perfectamente el coste esperado de los accidentes anuales derivados del empleo de tales productos y, por consiguiente, si deben responder por ese coste, los consumidores podrán verlo reflejado en el precio de los taladros, gracias a lo cual serán capaces de adoptar decisiones adecuadas a favor o en contra de los accidentes. Las decisiones contrarias a los accidentes (rechazando los precios más elevados de aquellos productos por incluir, ahora, el coste de los accidentes), generan una cierta presión sobre los fabricantes que les obliga a producir taladros más seguros. Sin embargo, es claro que debe realizarse una imputación contraria si nos referimos al caso, por ejemplo, de las alergias producidas por el consumo de fresas; porque aquí es el consumidor quien se halla en mejores condiciones de apreciar el riesgo. En cambio no es seguro que deban ser los consumidores quienes tengan que soportar los daños si la primera vez que aparece la alergia provoca la muerte de la víctima. Prescindiendo de aquellas razones que se refieren al fraccionamiento de los daños, pueden existir motivos que justifiquen la necesidad de distinguir esta última situación del resto de los casos comprendidos en la llamada «responsabilidad del fabricante» (*products liability*). En realidad aquí no se trata más que de un mero ejemplo de aquel criterio orientativo según el cual es conveniente evitar las externalidades procedentes de la falta de información.

El segundo motivo es la posibilidad de que el seguro contra las pérdidas no tenga el mismo coste para ambas partes. Si las pérdidas se imputan a la parte que tiene más dificultades de acceder al seguro o a la parte que le resulta más caro, deberá añadirse al precio de los productos en cuestión un coste falso —el exceso de su seguro—. La posibilidad de que pueda autoasegurarse no altera los términos del problema; lo único que indica es que algunas veces una de las partes es tan fuerte que el no asegurarse le resulta la alternativa más económica. De nuevo, la determinación de quién debe soportar las pérdidas depende de cuál de las partes del contrato puede introducir más fácilmente en el precio de los bienes y servicios ese coste. Esto es un ejemplo específico del criterio orientativo según el cual deben evitarse costes de remoción innecesarios.²⁰

El tercer motivo es el de las externalidades que se producen mediante transferencias. Es indeseable la imputación que consiste en asignar los costes a una parte del contrato, que los proyecta a su vez sobre terceros, ajenos a la relación contrac-

tual, que no se puedan considerar bajo ninguno de los criterios orientativos como sujetos capaces de soportar las pérdidas. Por ejemplo, si por razones de orden político o social, fundadas en criterios compensatorios, los accidentes sufridos por los usuarios de taladros eléctricos fueran asumidos en última instancia por el Estado mediante un seguro social, la imputación de los costes a tales sujetos en nada contribuiría a aclarar la decisión a favor o en contra de dichos productos. En cambio, si al imputar el coste a los fabricantes de taladros no se produjera tal externalidad, tendríamos una buena razón para asignar a esos últimos tales pérdidas.

Un ejemplo clásico de lo que acabamos de decir, sin subestimar los que podríamos hallar en el ámbito de la responsabilidad del fabricante (*products liability*), es el de los accidentes de trabajo. Exista una gran diferencia, en términos de prevención (y a pesar de los análisis de los teóricos de la época), entre imputar inicialmente el coste de los accidentes laborales a los trabajadores y al asignarlo a los empresarios. La razón no estribaba en el hecho de ser siempre estos últimos la «causa» de los accidentes de sus empleados, sino, y en primer lugar, en la circunstancia de ser quienes podían asegurarse con mayor facilidad contra tales accidentes, y quienes estaban mejor informados acerca del coste de los mismos y, en segundo lugar, porque imputar el coste a los trabajadores tenía la gran desventaja de proyectar parte del mismo fuera de la relación laboral. En consecuencia, imputar el coste de los accidentes laborales sobre los empresarios contribuía a hacer mínimo el coste de aquéllos mediante una elección adecuada en favor o en contra de los accidentes.

Todo esto parece bastante obvio y quizá no merezca la pena detenerse demasiado en su examen. Sin embargo, BLUM y KALVEN han sostenido, recientemente, que a pesar de que la teoría económica demuestre que es indistinto, prácticamente, quien soporte inicialmente los costes, existe una razón, y sólo una, que impide el funcionamiento pleno de la teoría.²¹ Se trata de una razón algo distinta de mis tres argumentos anteriores. Como resulta, además, que contiene un rechazo implícito de los mismos, así como la propuesta de nuevos criterios, voy a dedicarle seguidamente algunas consideraciones.

Su argumento es como sigue: «hacer responsable [al fabricante en vez de al consumidor que padece los daños en los casos de *product liability* o en cualquier otro de naturaleza contractual] es lo mismo que obligar [a las víctimas potenciales] a contratar un seguro contra daños mediante el pago de

un precio más alto».²² Un seguro que es incapaz, además, de tener en cuenta el riesgo distinto que acecha a cada una de las víctimas, lo que obliga al consumidor prudente a pagar tanto como el que no lo es. A primera vista el argumento parece bien fundado. Sin embargo, esa especie de seguro obligatorio es directamente falso; mientras que el segundo aspecto, no obstante sugerir un criterio orientativo válido para descubrir al sujeto más idóneo para soportar las pérdidas en la situación contractual, se formula como criterio único, cuando en realidad es del mismo género, y posee el mismo significado general, que los argumentos anteriores que he señalado. (Se trata de un ejemplo más de externalidades debidas a una clasificación insuficiente.)

Es cierto que si hacemos responsables a los fabricantes y al mismo tiempo les impedimos que puedan exonerarse de ello, negociando una disminución consiguiente en el precio de los productos, el consumidor se verá obligado realmente a asegurarse contra los accidentes. Parte del coste de los accidentes será incluido en el precio de los productos y el consumidor se hallará cubierto si se produce el siniestro. En esto consiste el seguro. Pero también es verdad que si los fabricantes no son responsables y carecen de la posibilidad de asumir tal responsabilidad (esto es, la posibilidad de indemnizar a sus víctimas) negociando el aumento del precio de sus productos, entonces son ellos quienes se verán obligados a contratar una especie de seguro de responsabilidad civil, en donde los consumidores aparecerán como aseguradores.²³ En efecto, los fabricantes (de acuerdo con la teoría) tendrán que fijar a los productos un precio mucho menor que el que podrían señalar si fueran responsables; ya que los consumidores conocerán el riesgo en que incurren al comprar tales productos. Esta reducción del precio significa el coste del seguro de responsabilidad al que vienen constringidos los fabricantes.

La situación en la cual los fabricantes no pueden asumir la responsabilidad nos parece imposible, y en la práctica quizá lo sea. Es difícil imaginar situaciones en las que se prohíba a los vendedores contratar una indemnización al comprador. Sin embargo, la situación típica del fabricante es sólo un ejemplo de la situación contractual. Consideremos, en cambio, el caso en el que un amplio número de pequeños agricultores suministran trigo (que eventualmente se ahorrará) a una fábrica de harina o, para ser más realistas, supongamos el caso de los pequeños empresarios que suministran un cierto producto a una gran industria.²⁴ En estos casos la idea de

prohibir al vendedor la asunción de responsabilidad (esto es, mediante un contrato tipo que prevea la correspondiente indemnización) y el correspondiente seguro al que viene compelido el vendedor, parece bastante plausible. Los casos de los agricultores y de los pequeños fabricantes son, en realidad, los mismos que los planteados por BLUM y KALVEN, aunque hayan cambiado de posición los compradores y los vendedores. La única diferencia es que en mis ejemplos el sujeto obligado al seguro es el vendedor, mientras que en sus ejemplos los obligados parecen ser los compradores. En ambos casos, resulta claro que es la prohibición de cualquier acuerdo dirigido a transferir los costes iniciales de un contratante a otro lo que provoca que el seguro resulte obligatorio; y no el hecho de que el ordenamiento impute las pérdidas inicialmente a una u otra parte.²⁵

Lo cierto es que cuando se determina la parte que ha de soportar de entrada el coste total y se prohíbe el traspaso de la responsabilidad a un sujeto diverso a cambio de un precio, se construye a la parte no responsable a asegurarse con el sujeto considerado responsable contra las pérdidas eventuales.²⁶ Pero esto no puede interpretarse como una indiferencia ante la cuestión relativa a qué parte se prefiere asegurar ni acerca de la obligatoriedad o voluntariedad del seguro, impidiendo o permitiendo cláusulas que exoneren de la responsabilidad o que ofrecen la posibilidad de indemnizar. Aquí lo único que sucede es que la tesis fundada sobre la obligatoriedad del seguro es incorrecta, porque esta especie de seguro que resulta del modelo de responsabilidad no depende de la parte que se considere inicialmente responsable, sino que depende del hecho de consentir o no que el sujeto responsable descargue su responsabilidad sobre la contraparte a cambio de un precio cierto. Ni tampoco puede considerarse significativo el hecho de que a veces se permita a una de las partes descargar, con mayor frecuencia que a la otra, la responsabilidad; pues esto sólo indica que pueden existir ciertos motivos —p. ej., la conciencia de los riesgos distinta— que sugieren la necesidad de forzar a la parte no responsable a contratar un seguro.

Nos queda aún por referirnos a la idea según la cual el tipo de seguro aplicable a la situación contractual es nociva porque obliga a todos los asegurados a pagar la misma prima. Se afirma, por ejemplo, que todos los consumidores de la marca X (un producto que se contiene en botes que algunas veces estallan) pagarán una cantidad adicional igual, una

vez se haya determinado que los fabricantes de esa marca indemnizarán a los compradores por los daños sufridos, a pesar de que los consumidores mayores de 45 años estén, con toda seguridad, más expuestos a las eventuales lesiones que los menores de 29. ¿Cuál es el motivo por el que todos deban pagar la misma prima de seguro? En el maravilloso mundo de la teoría pura, donde todos son capaces de conocer y evaluar todos los riesgos y los costes del seguro son proporcionales a la entidad del riesgo, esa igualdad no existiría.²⁷ El fabricante de la marca X haría pagar a cada uno de los consumidores un precio distinto en función de su respectiva probabilidad de sufrir un accidente y de este modo impondría distintas primas según la categoría de riesgo a la que pertenecieran. El hecho de que los fabricantes no tengan en cuenta esas diferencias entre los adquirentes de sus productos, lo único que pone de manifiesto es que la operación de diferenciación tiene un coste que no se justifica por el resultado; algo, por otro lado, que nos es familiar en el ámbito del seguro. En efecto, si un producto X se usara tanto para la fabricación de papel higiénico (un producto que no suele explotar) como para la construcción del fuselaje de los aviones (un producto que posee un alto potencial explosivo), y si, al mismo tiempo, la empresa X, que lo produce, fuera la parte responsable, podemos estar seguros de que los precios impuestos a los dos tipos de adquirentes serían muy distintos y reflejarían la diversa probabilidad de sufrir accidentes de cada consumidor.

Lo contrario también es cierto. Si los consumidores no fuesen indemnizados por los daños que sufren —esto es, si los fabricantes se vieran «obligados» a asegurarse con los compradores— y si cada fabricante presentara un índice de accidentes distinto, la posibilidad de establecer precios diversos dependería de lo significativa que fuera la diferencia entre los índices de accidentes respectivos, así como de la practicabilidad de una estructura de precios diferenciada. Si los fabricantes fuesen capaces de establecer precios distintos, la situación sería la misma que la resultante de invertir el caso del papel higiénico y de los aviones. Si no fueran capaces de ello nos hallaríamos frente al «desastre» del que se lamentan quienes afirman que estamos imponiendo una especie de seguro obligatorio muy nocivo, con la única salvedad de que aquí es el fabricante prudente, en vez del consumidor, quien se ve constreñido a pagar la misma prima que el fabricante más propenso a ocasionar accidentes.

A pesar de lo dicho, conviene reconocer que BLUM y KALVEN tienen razón en un punto. Es indiscutible en la práctica, y no en la teoría pura a la que dicen referirse, que en la mayoría de las situaciones contractuales privadas siempre hay una de las partes que está en mejores condiciones que la otra para realizar la diferenciación señalada. El imponer precios distintos a los consumidores en función de sus respectivas probabilidades de sufrir accidentes puede ser más difícil o costoso para los fabricantes considerados responsables, que para los consumidores forzar variaciones en el precio en función de la probabilidad de causar accidentes de cada fabricante.²⁸ Si existe esta diferencia en la práctica, entonces hay motivos (desde el punto de vista de la prevención general) para imputar la responsabilidad a los consumidores en vez de asignarla a los fabricantes. Estos motivos existen, al margen de la teoría según la cual es indiferente a qué parte se atribuya la responsabilidad, porque son del mismo género que los tres argumentos que ya he indicado para determinar quién debe soportar las pérdidas en una situación contractual. No hay la menor duda de que saber si los diversos fabricantes conocen mejor que los consumidores los riesgos involucrados en la producción es tan importante como saber si son capaces de percibir la propensión a sufrir accidentes de los consumidores con más facilidad que la manifestada por estos últimos para reconocer una propensión similar en los fabricantes.

Quizá fuera posible expresar mejor la combinación de esos dos factores hablando en términos de externalidades debidas a la inexistencia de subcategorías suficientes, y de los criterios para evitarlas. Dado que la clasificación es altamente conveniente desde el punto de vista de la prevención general, pero cuesta dinero, es mejor en la situación contractual privada —manteniendo las restantes condiciones inalteradas— imputar el coste inicial a la parte cuya responsabilidad conduzca con mayor facilidad a clasificaciones significativas para ambos contratantes.

En teoría, parece que da lo mismo que el coste de los accidentes se impute a los fabricantes de automóviles que a los automovilistas. Y ello por la misma razón que haría, en teoría, irrelevante el que los costes se asignaran a los propietarios de los buques o a las autoridades portuarias en las situaciones del tipo *Vincent v. Lake Erie*. Sin embargo, en la práctica hay una gran diferencia, en términos del establecimiento de subcategorías, entre el hecho de imputar de entrada el

coste de los accidentes a los fabricantes de automóviles y el de asignarlo a los automovilistas. Imputar el coste inicial a los primeros estimula las clasificaciones fundadas en la fabricación y en el diseño de los coches, mientras que imputarlo a los segundos favorece la elaboración de subcategorías basadas en las características de los automovilistas. Si los fabricantes de automóviles fueran considerados responsables podrían, *en teoría*, imponer precios distintos a los respectivos adquirentes de los vehículos en función de sus respectivas probabilidades de sufrir accidentes y de sus características generales. Por el contrario, si los conductores fueran considerados responsables, podrían exigir, y obtener de los fabricantes, precios distintos según la propensión a los accidentes de los respectivos modelos de automóviles.²⁹ Y en el mundo perfecto del economista esto sucedería con toda seguridad, llegándose al mismo grado de subclasificación con independencia de cuál de las partes soportara inicialmente el coste. Sin embargo, hemos de admitir que en el mundo real se producirán subcategorizaciones y diversificaciones distintas según quien sea la parte considerada responsable. En suma, nos hallamos ante el mismo tipo de problemas que se nos plantean cuando debemos elegir entre proyectos de seguro personal como los sugeridos por KERTON-O'CONNELL y planes de seguro de responsabilidad civil como el que está contenido en la parte no gubernativa de la propuesta de BLUM y KALVEN.

Una vez más, el criterio de imputación de la responsabilidad a las partes de un contrato parece que no es otra que una manifestación específica del criterio orientativo que hemos señalado para la remoción del coste de los accidentes en general; el criterio según el cual la responsabilidad debe imputarse a la parte que sea capaz de establecer la subclasificación más idónea en relación a ella misma y la diferenciación —esto es: subclasificación también— más adecuada en relación a cada una de las posibles contrapartes. Existe un criterio para sostener que desde la perspectiva de la prevención general los automovilistas son los sujetos más adecuados para soportar el coste de los accidentes, cuando el imputarles las pérdidas conduce a una significativa subclasificación capaz de distinguir en función de las características de los conductores y capaz de establecer, sin demasiadas dificultades, una distinción relevante de los precios de los vehículos. Y esto es así a no ser que el imputar los costes a los fabricantes produzca una clasificación basada en las características del vehí-

culo más precisa que la producida por la imputación alternativa, y a no ser que también esa subclasificación se considere mucho más importante que algunas de las basadas en las características de los automovilistas.

Lo anterior podría sintetizarse diciendo que mientras desde el punto de vista teórico de la prevención general es indiferentes qué parte soporte los daños contractuales, en la práctica pueden ser muy distintas las consecuencias de una u otra solución. Los motivos que explican tales diferencias y los criterios para decidir quién debe soportar las pérdidas cuando las consecuencias son distintas, no son otra cosa que concreciones del criterio general utilizado para hallar el sujeto más idóneo para evitar el coste de los accidentes, tanto si se trata de una situación contractual como si no. En realidad, la única diferencia que existe entre la situación contractual y la extracontractual es la presencia en la segunda de costes de transacción significativos, que obstaculizan la actuación del mercado (tales como la necesidad de controlar la actuación de los aprovechados).

El hecho de que el mercado sea capaz de corregir errores y de determinar de un modo bastante eficaz cuál es el sujeto más idóneo para evitar los costes, no significa que pueda hacerlo siempre. En la práctica, los casos en donde hay más posibilidades de lograr ese propósito son aquellos en los que las partes contratantes tiene aproximadamente el mismo tamaño, fuerza, experiencia y riqueza. En estos casos, establecer una detallada distribución de pérdidas entre los contratantes será un derroche de energía innecesario.

Es difícil imaginar situaciones no contractuales en las que nos sea indiferente, desde el punto de vista de la prevención general, el sujeto que soporte inicialmente los costes de los accidentes. Algunos costes de transacción parecen inevitables en la mayoría de las situaciones extracontractuales, sobre todo porque resulta conveniente establecer correctivos a largo plazo para los problemas que en ese período una defectuosa asignación del coste de los accidentes puede engendrar. Aquí reside el principal motivo por el cual tiene una gran trascendencia el imputar inmediatamente el coste de los accidentes al sujeto más idóneo para evitarlos. Sin embargo, si no tenemos datos suficientes para decidir qué actividad se halla a largo plazo en mejores condiciones para evitar el coste, o si (por razones análogas a las sugeridas por la teoría del óptimo subsidiario) nos preocupa sólo la prevención general a corto plazo, entonces hay motivos para pensar que

también en algunas situaciones no contractuales nos dará lo mismo quién soporte las pérdidas. Se tratará de casos similares a los contractuales en donde la solución del problema también era irrelevante; situaciones en las que estén involucradas categorías iguales en tamaño, fuerza, experiencia y riqueza. Pero se tratará también de situaciones en las que los costes que conlleve entablar la negociación sean virtualmente nulos, con independencia de la parte que esté gravada inicialmente. Es precisamente esta última condición la que puede hacer que en la práctica la repartición de los costes entre los sujetos que no están ligados por un vínculo contractual sea más importante que en el caso anterior.

De todos modos, se puede afirmar que la prevención general de mercado no puede eludir la necesidad de tener que determinar el sujeto más idóneo para soportar las pérdidas, con independencia de si están involucrados contratantes como si no; una decisión que habrá de tomarse en ambos casos de acuerdo con un mismo criterio.

CAPÍTULO 8

EL PROBLEMA DE LA IMPUTACIÓN DE LOS COSTES DE LOS ACCIDENTES: EL MÉTODO DE LA PREVENCIÓN ESPECÍFICA

Cualquier intento de reducir el coste primario de los accidentes ha de establecer las actividades responsables de cada coste en particular. A falta de tales determinaciones —que han de adoptarse a nivel colectivo— carece de sentido hablar de modificar ciertas conductas con la intención de reducir dichos costes. Según el método de la prevención general, esta decisión habría de comportar una asignación de costes a las actividades respectivas tal que pudieran producirse decisiones de mercado tendientes a alterar o reducir el despliegue de aquellas más idóneas para evitar los costes, hasta el punto en que éstos resultarían inferiores, valorados en términos de mercado, a los que conllevaría la modificación de la conducta necesaria para evitar los accidentes.

El método de la prevención específica afronta el mismo problema desde una perspectiva distinta. Dado que siempre que deseamos evitar los accidentes es preciso renunciar a ciertas actividades legítimas, la cuestión sigue siendo la de saber hasta qué punto tenemos la intención de reducirlos. Pero en vez de que sea el mercado quien adopte esta decisión, el método de la prevención específica se propone adoptarla colectivamente. Esto implica no sólo que la colectividad tenga que determinar los actos o las actividades responsables de los accidentes, sino también el nivel de costes tolerables a la luz de las actividades que deben abandonarse para lograr la pretendida reducción. Estas decisiones no se fundarán aquí en la evaluación que el mercado haga acerca de su conveniencia, sino en juicios de orden colectivo. Y por ello la oportunidad de las mismas no tendrá que medirse en términos económicos exclusivamente, como sucedía en el caso de la prevención general: la prevención específica puede y debe enjuiciar tanto el valor «moral» como el «económico».

de aquellos actos o actividades cuya modificación signifique una reducción del coste de los accidentes.² Por este motivo, el problema de las actividades que deben considerarse responsables de los respectivos costes debe formularse de manera distinta en uno y otro método: mientras que la prevención general persigue la forma «más económica» de reducir el coste de los accidentes, la prevención específica busca «la mejor» forma de hacerlo.

Sin embargo, aquí estoy empleando la expresión «la mejor forma de evitar el coste» (*best cost avoidance*) con un significado particular; porque me refiero a aquellas modificaciones de las actividades que pueden proporcionarnos una reducción óptima del coste *primario* de los accidentes, sin incluir las demás finalidades posibles de la responsabilidad civil. La asignación de costes al sujeto que es más capaz de evitarlos desde el punto de vista de la prevención específica podría acarrear enormes gastos de fraccionamiento y administrativos. Y lo que es más importante todavía: podría impedir efectivamente el desarrollo de ciertas actividades en contra de nuestro sentido de la justicia. Dicho de otro modo, el término «mejor» o «más capaz» permite introducir todos aquellos factores morales que pueden inducir a la colectividad a preferir una actividad a otra. Sin embargo, no contiene todos los factores que llevarían a preferir un sistema de responsabilidad a otro. Ya he señalado anteriormente que nada impide definir a la prevención específica teniendo en cuenta todos estos elementos, pero lo único que se logra con proceder así es complicar el análisis.

A simple vista, determinar las actividades responsables de los accidentes no parece entrañar demasiadas dificultades en el método de la prevención específica. Al fin y al cabo muy poco se distingue este tema de la decisión política que se adopta a diario. Sin embargo, se trata de una operación muy compleja, por cuanto requiere una decisión muchísimo más precisa que la adoptada normalmente en el ámbito político, y porque, aun cuando los agentes encargados de actuar la prevención específica no cometerían ningún error (al margen del problema de los siniestros) acerca de la conveniencia o no de las actividades, no podrían evitar el tener que adivinar las actividades que hay que modificar (y la forma de la misma) con el fin de reducir particulares costes de los accidentes. Por ejemplo, a pesar de que es muy fácil establecer colectivamente que el beber alcohol es un mal, no lo es tanto formular un juicio correcto, del tipo perteneciente a la pre-

vencción específica, acerca de la prohibición de la bebida, a no ser que sepamos la relación existente entre el beber y el coste de los accidentes. En realidad, tal como demostró la «Ley seca» (*Noble Experiment*), la decisión colectiva de que el beber alcohol es algo malo no es tan simple como parece, y además complica enormemente las cosas.

Como veremos más adelante, tomar una decisión de acuerdo con el método de la prevención específica puro puede ser más difícil incluso que hacerlo conforme al de la prevención general, ya que en este último caso alguno de los criterios usados para elegir las distintas actividades afectadas son esencialmente criterios de mercado, los cuales resultan inútiles cuando se trata de enjuiciar y decidir en el ámbito de un sistema que precisamente ha renunciado del mercado como medio operativo. Del mismo modo que la prevención general, la específica no puede actuarse de manera fragmentaria. Sin embargo, he creído conveniente analizar paso a paso el problema de la imputación del coste de los accidentes en el campo de la prevención específica de forma análoga a la empleada para examinar este mismo problema en el de la prevención general.

EL EMPLEO INICIAL DE HIPÓTESIS DE APROXIMACIÓN PLAUSIBLES

Al igual que la prevención general, la específica debe proceder a la determinación de las actividades responsables de los particulares costes excluyendo, en primer lugar, aquellas que claramente no pueden considerarse imputables. Pero el criterio empleado por la prevención específica para realizar dicha selección previa es distinto al utilizado por la prevención general. En vez de excluir sólo aquellas actividades que si pudieran reducir los costes sería a un precio demasiado elevado, un sistema de prevención específica podría excluir también aquellas otras consideradas colectivamente tan importantes que prescindir de ellas carecería de sentido.

Consideremos nuevamente el caso de la colisión de los vehículos conducidos por el anciano preocupado por la declaración de la renta y el joven metalúrgico. La prevención específica excluiría a los aeroplanos como causa del siniestro por las mismas razones que llevarían al sistema de la prevención general a excluirlos. A los accidentes automovilísticos les afectará muy poco el que se regule el tráfico aéreo (o, desde el punto de vista de la prevención general, el que se impute

el coste de tales accidentes a la aviación). En cambio, mediante un sistema de prevención específica podríamos excluir la conducción de los ancianos de entre las causas de los accidentes, si la colectividad creyera que la presencia de aquellos en el volante es tan conveniente que no debe ser restringida ni regulada de ningún modo. Desde la perspectiva de la prevención específica es intrascendente la que es una cuestión esencial en el ámbito de la prevención general: la medida en que los conductores ancianos sean capaces de soportar los costes de los accidentes que ocasionan (en otros términos, la importancia de la actividad determinada individualmente en el mercado).

Del mismo modo que es muy probable que la prevención específica pueda exonerar de toda responsabilidad a una actividad relativamente deseable, en base a una hipótesis de aproximación plausible, también es posible que una actividad limitadamente responsable de ciertos costes, en sentido causal, no pueda verse libre de la totalidad de ellos, en base a los mismos criterios que antes, si se cree que esta exoneración es inoportuna. En consecuencia, si se plantea que el tráfico aéreo no es conveniente porque contribuye a hacer obsoletos los autobuses del tipo *Pullman*, que se consideran una herencia de la civilización americana, el hecho de que algunas veces los aeroplanos sean la causa de los despistes que provocan accidentes de automóvil deberá tenerse en cuenta muy seriamente a la hora de decidir la regulación de la aviación civil. Igualmente sucedería si por alguna razón se considerara inmoral el tráfico aéreo, porque entonces la relación existente entre los siniestros automovilísticos y este tráfico (por muy tenue que fuera) sería puesta en relevancia al regular la circulación aérea. Por tanto, la inoportunidad e inmoralidad de una actividad se juzgarán en el ámbito de la prevención específica al margen de su valor de mercado.

La hipótesis de aproximación que corresponde al método de la prevención específica ha de comparar la conveniencia de una actividad con los efectos correctivos que la modificación de la misma produciría sobre el coste de los accidentes, resolviendo la disyuntiva en función de la consideración colectiva de los valores involucrados en cada caso. No conviene perder de vista, por tanto, que cuanto más difícil sea comparar la oportunidad de una cierta actividad con los efectos que tiene su modificación sobre los costes, más necesario será llevar el tratamiento de la alternativa al epígrafe de los casos difíciles. En realidad, es imposible distinguir los casos difi-

ciles de las hipótesis de aproximación, porque las decisiones que deben adoptarse en el ámbito de la prevención específica no pueden realizarse fragmentariamente. Sin embargo, he creído conveniente mantener la distinción con el propósito de poner claramente de manifiesto las diferencias y similitudes que existen entre el sistema de la prevención general y el de la específica.

LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE LA REMOCIÓN DEL COSTE DE LOS ACCIDENTES Y LOS COSTES ADMINISTRATIVOS

Del mismo modo que la prevención general ha de saber lo que cuesta adoptar una correcta decisión acerca del sujeto que debe soportar las pérdidas producidas por un siniestro determinado, la prevención específica no puede ignorar que algunas veces la inversión necesaria para regular ciertas actividades puede ser superior a los resultados obtenibles con tal medida. El tema es exactamente el mismo en ambos métodos y no requiere ulteriores comentarios, salvo la necesidad de destacar que una alternativa difícil (y en consecuencia costosa) bajo la perspectiva de la prevención general, puede facilitarse enormemente si a los anteriores criterios se añaden los de la prevención específica. (Es probable que en el ámbito de la prevención general sea arduo optar entre una asignación de los costes producidos por los accidentes de tráfico fundada en un seguro personal y otra basada en un seguro de responsabilidad civil. No obstante, si tenemos en cuenta criterios colectivos, tales como la oportunidad de que circulen conductores menores de veinte años, el asunto puede simplificarse mucho.) Y lo mismo sirve para el caso contrario. Con ello surge un sólido apoyo, aunque se reduzca sólo a un criterio de eficiencia, para convencerse de la necesidad de un sistema mixto para la remoción del coste primario de los accidentes.

EXTERNALIDADES

La proyección exterior de los costes, que se produce en el sistema de la prevención general, presenta muchas similitudes con las externalidades debidas a la prevención específica. Ya hemos visto cómo el intento de prohibir o limitar ciertos actos o actividades puede provocar en la práctica el abandono de una actividad general.¹ Si ello es así, y si se trata de una acti-

vidad oportuna (esto es, una que la prevención específica excluiría también como causa de los accidentes mediante una hipótesis de aproximación), podríamos reducir mucho mejor el coste de los accidentes en cuestión regulando otra actividad que también los «cause». En efecto, se trata de una externalidad análoga a la que se produce en el ámbito de la prevención general, cuando a causa de la falta de organización de una actividad determinada, que la hace inmune a las presiones del mercado, es prácticamente inútil afectar ciertos costes a la misma. Nuestro deseo es evitar esta clase de externalidades de la prevención específica, del mismo modo que pretendemos evitarlas en el ámbito de la general.

Análogo a esta proyección exterior de los costes es el caso que se plantea cuando se intenta disciplinar una actividad, o un acto específico, que todavía no se haya visto libre de responsabilidad mediante una hipótesis de aproximación de las correspondientes a la prevención específica (esto es, actos o actividades que mantengan una cierta relación con el siniestro en cuestión y de las que no se considere oportuno prescindir como causas del mismo), y esa disciplina sólo pueda lograrse mediante sanciones que juzgaríamos demasiado severas. Si por este motivo no se establece la sanción necesaria, carece de sentido afirmar la responsabilidad de aquella actividad. Se trata de la misma situación contemplada en sede de prevención general, cuando al imputar los daños de un siniestro a una cierta actividad se generan tales costes secundarios que es imposible evitar las externalidades. En ambos casos la sociedad podría negarse a admitir los costes secundarios que acarrea la reducción de los costes primarios, realizándolos por medio de la disciplina de la actividad mencionada; de este modo, la presencia de tal externalidad indicaría que no nos encontramos ante la actividad mejor, ni ante la más económica, para nuestro propósito.

Es obvio que la prevención específica no actúa de manera fragmentaria, y por ello la externalidad precedente podría entenderse como un caso análogo a la hipótesis de aproximación descrita en la sección anterior, cuando la conveniencia de una actividad era tal que ésta no debía sancionarse de ningún modo. Al igual que es preciso comparar la oportunidad de una actividad y su influencia sobre los siniestros, también conviene hallar un punto de equilibrio entre la aparente necesidad de disciplinar dicha actividad y las sanciones necesarias para conseguirlo. Con ello no se debilita el parentesco con la prevención general, pues lo único que pone de mani-

festo es que la prevención específica, al tener que adoptar decisiones más generales, deberá considerar en algún momento un conjunto de factores que el primer método contemplaría separadamente.

Las externalidades que se acaban de examinar significan una proyección exterior de costes debida a las transferencias. Sin detenernos demasiado en este tema, conviene tener presente que las externalidades debidas a la falta de información necesaria son también un peligro para la prevención específica. La disciplina de un acto, o de una actividad inoportuna, será ineficaz si quienes lo cumplen o desarrollan no se dan cuenta de que tal disciplina les concierne directamente a ellos. Sin embargo, dado que la sanción que corresponde al hecho de desarrollar la actividad de modo contrario al establecido, es más fácil de determinar en el ámbito de la prevención específica que en el de la general (donde, a falta de seguro, la sanción, esto es, el coste del siniestro, no se conoce bien hasta que se produce),⁴ el problema que examinamos no será tan grave en el primer ámbito como lo es en el segundo. Así pues, un aspecto de la falta de información —el desconocimiento de los costes— y la externalidad consiguiente que produce, podrán remediarse de modo más eficaz por medio de la prevención específica que mediante la general.

Veremos a continuación cómo las externalidades debidas a una falta de clasificación adecuada plantean, en cambio, problemas más graves a la prevención colectiva que a la de mercado. Con ello se pone de manifiesto un aspecto crucial en todo tipo de externalidades: mientras que este fenómeno puede producirse en ambos sistemas de prevención, las actividades que no pueden gravarse con el coste de los accidentes mediante mecanismos de prevención general, debido a las externalidades que se derivan, podrían regularse, en cambio, sin que se produjeran tales externalidades, mediante técnicas de prevención específica; a la inversa, las actividades que no pueden regularse mediante estas últimas técnicas, podrían asumir los daños y reducirlos por medio de los mecanismos de la prevención general. En otros términos, a pesar de que ambos sistemas de prevención presentan limitaciones prácticas importantes, y a pesar de que en ambos existen actividades que no pueden considerarse responsables debido a los costes secundarios que ello supondría, ni los límites ni los costes secundarios tienen que afectar necesariamente en cada sistema a las mismas actividades. En consecuencia, un sistema mixto, que recurra a la vez a criterios de prevención general y

de prevención específica, será capaz probablemente de influir sobre un número de actos y actividades superior al que podrían alcanzarse empleando uno de esos sistemas exclusivamente. Esta razón de orden práctico, junto a los argumentos teóricos aducidos anteriormente, explican por qué casi todos los sistemas de responsabilidad civil tratan de reducir el coste primario de los accidentes mediante el uso simultáneo de la prevención general y de la específica.

CLASIFICACIÓN Y NEGOCIACIÓN

Ya he advertido que el problema de la imputación del coste puede ser, en cierto sentido, más difícil de resolver en el ámbito de la prevención específica que en el de la general, dado que muchos de los criterios orientativos que se pueden emplear en este segundo sistema son inservibles para el primero. Se trata fundamentalmente de los criterios que se refieren a ciertas externalidades debidas a la insuficiente clasificación y a la imputación de los costes a los sujetos que tienen mayor facilidad para negociar con los demás involucrados (*the best briber*). La causa de la inutilidad de estos criterios aquí no es otra que el hecho de ser criterios establecidos con el fin de facilitar la solución de mercado, siendo precisamente ésta la que el método de prevención específica rechaza como fórmula operativa.

Llegar a regular, o a prohibir, la realización de un acto o el desarrollo de una actividad, definidos de la forma más circunscrita posible (la menor de las subcategorías), es un objetivo tan conveniente para la prevención específica, como la atribución de los daños a la mínima subclase posible lo es para la prevención general. Es mejor, indudablemente, prohibir la conducción en estado ebrio (la subcategoría) que prohibir la conducción en general (la categoría), si la primera es la causa de todos, o de la mayoría de los accidentes de tráfico. Pero mientras que en el sistema de la prevención general nos basta con imputar los costes de los siniestros a las menores categorías practicables, confiando en que el mercado haga el resto de la tarea y los asigne a las clases y subclases apropiadas en función de su respectiva habilidad para evitarlos, en el sistema de la prevención específica no puede hacerse lo mismo. En este último caso, cuando decidimos prohibir un acto, o una actividad determinada, no influimos sig-

nificativamente sobre las categorías generales de las que éstos forman parte. Por ello, la prohibición de una subcategoría implica la convicción de que los costes involucrados en un accidente dado, se evitan mejor prohibiendo esta subcategoría y no otra, ni la misma categoría general que las comprende. En otros términos, una decisión de prevención específica que afecte a una subcategoría determinada, requiere una determinación precisa del acto, o de la actividad, que mejor pueda evitar los costes de los accidentes. En cambio, en el ámbito de la prevención general, imputar los daños a la mínima subcategoría de una actividad involucrada en un siniestro es tan sólo un mecanismo para permitir que el mercado los asigne de nuevo de la forma más adecuada entre la categoría y las subcategorías respectivas. Es por este motivo que no resulta complicado resolver el problema de la imputación del coste en el ámbito de la prevención general.

Por ejemplo, si habiendo convenido, en el ámbito de la prevención general, que los accidentes de tráfico forman parte del coste de conducir automóviles, e imputamos el coste de un siniestro a los conductores de 33 años de edad que se vean envueltos, ningún perjuicio se ocasiona si esa generación de automovilistas (una subcategoría) no está involucrada en un número mayor de accidentes que cualquiera de las demás. En otros siniestros se imputarán los daños a otros conductores de distinta edad (a otras subcategorías) y, con el paso del tiempo, se habrá establecido una cierta presión sobre todos los automovilistas (sobre toda la categoría). Si, por el contrario, resulta que los conductores de 33 años están involucrados en un número de siniestros superior al de otras edades, recaerá sobre ellos una porción mayor de los costes que la correspondiente a la conducción en general. En el ámbito de la prevención específica, en cambio, hemos de decidir colectivamente la conveniencia de restringir la conducción de los individuos de 33 años de edad en función de su correspondiente probabilidad de ocasionar siniestros. Si adoptamos esta decisión, pero resulta que la probabilidad que tienen los automovilistas de 33 años de estar involucrados en accidente no es mayor que la correspondiente a los individuos de otras edades, habremos tomado una decisión equivocada que tendrá consecuencias perjudiciales. En efecto, habrá un número menor de automovilistas de 33 años circulando, pero se mantendrá intacto el número de conductores de otras edades con propensión a causar siniestros. Se habrá restringido la subcategoría cuando en realidad, si conviniera, habría de-

bido restringirse la categoría en su conjunto. Rectificar el error requerirá una nueva decisión colectiva.

No quiero indicar con ello que la prevención general sea mejor que la específica por verse libre de este problema. La prevención general lo evita porque recurre al mercado; pero el mercado tiene también limitaciones, del mismo modo que presenta ventajas (p. ej., el mercado sólo entiende de costes monetarios). Lo único que debe deducirse es la existencia de cuestiones que no han de resolverse con técnicas de prevención general, porque éstas se apoyan en los criterios de mercado, y estas cuestiones, cuya solución ha de buscarse colectivamente mediante la prevención específica, afectan al complicado asunto de saber quién es el responsable de los accidentes.³

Las mismas causas que limitan la utilidad de la clasificación en el ámbito de la prevención específica, impiden en ella el recurso a las transacciones y a la contratación privada. La transacción es un instrumento que actúa por medio del mercado para descubrir cuál es el sujeto capaz de evitar los costes de la forma más económica posible (*the cheapest cost avoider*). Pero dado que la prevención específica rechaza precisamente el mercado como medio operativo para descubrir el sujeto imputable, tiene vedados los beneficios que podrían derivarse de las negociaciones privadas tendentes a disminuir el coste de los accidentes. Esto no significa que el mercado no juegue ningún papel en el ámbito de la prevención específica; sino que, siendo las decisiones adoptadas coincidentes con los deseos manifestados colectivamente, cualquier influencia del mercado ha de considerarse una desviación de lo querido originariamente y por tanto perjudicial *ex hypothesi*.

En general, una decisión destinada a prohibir o restringir un acto, o una actividad, sancionándolos de modo severo cuando se produzcan, no puede modificarse mediante una negociación privada real ni potencial. La contratación, o cualquier transacción similar, puede afectar a otras actividades (p. ej., incrementando la demanda de sustitutivas), que los responsables de la decisión colectiva no pueden ignorar. Pero incluso existiendo relaciones contractuales, o siendo fácil establecerlas, una actividad gravada con este tipo de sanción no tendrá normalmente ningún estímulo para descubrir al sujeto capaz de reducir los costes de la forma más económica posible.

Una vez prohibida la venta de taladros eléctricos, no se producirá ninguna modificación en el mercado, aunque la ma-

yoría de los siniestros pudieran evitarse vendiéndolos sólo a aquellos consumidores que usaran gafas protectoras. De nada les servirá a los fabricantes de taladros el hacer una rebaja en el precio de los mismos a quienes acrediten poseer esa clase de gafas, ni el ofrecerlas a los adquirentes de su producto, porque seguirá vigente la prohibición de vender taladros eléctricos. Lo único que pueden hacer es tratar de convencer a los responsables de la decisión colectiva del error que han cometido al prohibir aquella venta. Para este fin puede ser de gran utilidad el aducir el incremento del número de accidentes cuando los taladros eléctricos se usan sin gafas protectoras, o la existencia de siniestros debidos a los taladros no eléctricos. Pero sería irrelevante el hecho de que mediante la prevención general los fabricantes pudiesen crear, y así lo hiciesen realmente, un estímulo en los precios para el uso de tales gafas. La compleja decisión de prohibir los taladros eléctricos, en vez de exigir el uso de gafas protectoras, tendrá que adoptarse colectivamente. Será magnífico si se logra acertar, pero si no, sólo podrá corregirse el error mediante otra decisión colectiva. Existe una gran diferencia entre este método y el asignar los costes de los accidentes, bien a los consumidores, bien a los fabricantes de taladros eléctricos, dejando que el mercado determine si el mejor modo de evitar los accidentes es el restringir la venta del producto, o el incrementar el uso de gafas protectoras. Esta diferencia no es otra que la existente entre la prevención específica y la general.

Quando no se emplea un método de prevención específica puro, y se recurre a limitaciones y sanciones establecidas en función de la vinculación al accidente, pueden lograrse ciertas modificaciones de la decisión colectiva mediante transacciones. Por ejemplo, si se resuelve afectar el uso de los taladros eléctricos sancionando a los fabricantes cada vez que ocurre un accidente, éstos pueden aventurarse a vender los taladros a quienes usen gafas protectoras, si están suficientemente seguros de que esto basta para evitar los accidentes. Pero también podrían venderlos, por un precio mucho más elevado, a quienes no usaran tales gafas, si este incremento en el precio bastara para compensar el riesgo de verse multados, encarcelados, torturados, o de sufrir cualquier otra sanción que se hubiera establecido.⁴

Pero incluso cuando llegan a producirse tales modificaciones, la cuestión de quién debe sufrir el riesgo de la sanción si se produce el accidente, no podría resolverse en función

de criterios de mercado tales como el de buscar al sujeto que tiene mayor facilidad para sobornar a los demás. Estos criterios se fundan en la idea según la cual el único objetivo es reducir los costes, sin preocuparse por quién los soporte, ni juzgar moralmente a las partes involucradas. Se trata de criterios establecidos para facilitar a las partes la disminución de los costes del siniestro, y para incrementar la información y las alternativas disponibles: en resumen, para favorecer la imputación de las pérdidas a la actividad que sea capaz de evitarlas de la forma más económica.

Pero esta idea es de signo contrario a la que opera en el ámbito de la prevención específica. Este método no trata sólo de hacer imputables los actos, o actividades, que podrían reducir los costes del siniestro del modo más económico posible en términos de mercado, sino de responsabilizar a aquellos que pudieran realizar mejor esa tarea en función también de valoraciones colectivas no referibles a variables de mercado. En consecuencia, cualquier transferencia en el mercado que intente en última instancia asignar las pérdidas al sujeto capaz de evitarlas del modo más económico se opone al objetivo de la prevención específica y por este motivo también resultan contrarios a ella los criterios que sirven para favorecer tal transferencia.⁷

La prevención específica no siempre es capaz de eludir estas transferencias; a veces son inevitables y casi siempre se producen algunas de mínima entidad. Lo mejor que puede hacerse, desde el punto de vista de la prevención específica, es tener en cuenta que la decisión colectiva de sancionar una cierta actividad puede tener efectos relevantes sobre otra. Pero el criterio del sujeto con mayor facilidad para sobornar a los demás no sirve aquí, dado que su eficacia aparece sólo en la búsqueda del sujeto capaz de evitar los costes del modo más económico en el mercado, lo cual ha sido excluido *ex hypothesi*. De todo esto se deduce que cuanto mayor sea el uso que se haga de la prevención específica, más necesario es considerar la cuestión del sujeto a sancionar como un tema correspondiente a los casos difíciles. Usar los criterios del mercado sería admitir que la cuestión debe resolverse en los términos individuales que se dan en él, y no en base a consideraciones colectivas. En definitiva, sería reconocer que preferimos la prevención general a la específica.

EL CASO DIFÍCIL

Los casos difíciles de la prevención específica son, tal como he señalado, muy similares a las hipótesis de aproximación plausibles que se formulan en el mismo método. En ellos hay que comparar la oportunidad de una actividad, vista colectivamente, con los efectos que tendría sobre los accidentes, el prohibirla o restringirla. Por este motivo, conviene tener en cuenta si la restricción de la actividad produciría externalidades (esto es, si se verá restringida una actividad más amplia), y si las sanciones necesarias para hacer efectiva tal restricción serán aceptables. Dado que las actividades que son claramente inimputables habrán sido eliminadas ya, mediante las hipótesis de aproximación y los juicios acerca de las externalidades, la selección que ahora procederá será mucho más difícil. En el ámbito de la prevención específica, la posibilidad de que se produzcan transacciones, tal como se ha visto, no contribuye a facilitar la solución del problema.

¿Qué instrumentos pueden emplear los responsables de la decisión colectiva para determinar los actos, o actividades, que deberían prohibirse, dado el coste de los accidentes que ocasionan?⁸ Existen tres modos relativamente puros de hacerlo. La contrastación empírica (*trial and error*), el uso de la ciencia actuarial, y lo que denominaré el recurso a la «mera política». Existe también un cuarto sistema, que se separa de la prevención específica pura, consiste en tomar una decisión, dotarla de eficacia mediante técnicas de prevención específica más o menos impropias, tales como limitaciones y sanciones en función de la vinculación con el siniestro, y luego revisarla en base a la reacción de la gente en el mercado frente a las sanciones y limitaciones establecidas.

Las dos primeras señaladas jamás pueden proporcionar por ellas mismas una idea completa de la conveniencia de una actividad determinada. Se trata fundamentalmente de formas de determinar la relación causal existente entre una actividad y el coste de los accidentes; un dato que en el ámbito de la prevención específica debe contrastarse con la conveniencia de la actividad, con independencia de los accidentes ocasionados, para poder establecer el grado de control adecuado. La reacción política a una prohibición temporal o las reacciones que experimenta el mercado ante las medidas de coerción impuras, pueden proporcionar, sin embargo, indicaciones muy valiosas acerca de la importancia que la gen-

te da a la actividad en cuestión, tanto en términos de mercado como en términos distintos. No obstante, la valoración *completa* de la conveniencia de una actividad, dado que se basa sobre una serie innumerable de variables —tales como los juicios de valor expresados por la sociedad al respecto—, debe realizarse mediante un cálculo aproximado de votos e influencia; en otros términos, mediante un proceso de carácter político.

La determinación de la relación existente entre el acto, o la actividad, que soportará los costes, y el accidente, debe verificarse empíricamente, tanto si lo hacen los particulares en el ámbito de la prevención general, como si lo realizan los responsables de la decisión colectiva, en el ámbito de la específica. En ambos casos quienes traten de determinar tal relación recurrirán al uso de dos medios íntimamente vinculados aunque distinguibles en la práctica: la contrastación empírica y la ciencia actuarial. En la prevención general, no nos preocupa demasiado la forma que utilizan los particulares para resolver el problema, ni lo acertada que sea su solución, salvo que un error engendre aquí demasiadas externalidades o costes secundarios muy elevados. Al margen de este último caso, se parte de la hipótesis según la cual quienes alcancen una solución más acertada, obtendrán mayores beneficios en el mercado, mientras que los demás tendrán que sacar una enseñanza de sus errores, lo cual, con el paso del tiempo, constituirá un incentivo suficiente para aproximarse a la determinación más acertada. Se trata de una característica muy elogiada del mercado, que lo convierte a menudo en un efectivo medio de contrastación empírica. En cambio, tratándose de una decisión colectiva el error es inadmisibles, porque la actividad que resulte imputable se verá inmediatamente afectada, y la corrección del mismo sólo podrá producirse mediante otra decisión colectiva, que no sea esta vez equivocada.

Los tipos de contrastación empírica que puede utilizar la prevención específica son, naturalmente, muy numerosos para tratarlos aquí; pues en ellos se comprenden desde ensayos de laboratorio limitados, hasta amplios experimentos que afectan al comportamiento de poblaciones enteras. En teoría, cualquier tipo de contrastación empírica usada por los particulares en el ámbito de la prevención general podría emplearse en la específica, y en la práctica, la contrastación empírica en la fase previa de recogida de información podrá ser muy similar en ambos sistemas. Sin embargo, las diferencias

surgen cuando un instrumento para la reducción del coste de los accidentes que funciona bien en la verificación preliminar, se intenta aplicar en concreto. Cuando en el ámbito de la prevención general un individuo pone en práctica un determinado instrumento para la reducción de los accidentes, lo hace por su propia cuenta, pudiendo (tanto él como aquellos que se ocupen de la misma actividad o de otra similar) contrastar sus resultados con los obtenidos por quienes usan instrumentos distintos. En cambio, cuando los responsables de la decisión colectiva consideran que una cierta forma de reducir el coste de los accidentes es suficientemente buena como para ensayarla en la práctica, tendrán que aplicarla probablemente a escala amplia. El problema que conlleva el poner en funcionamiento este instrumento en una zona determinada de un país, y contrastar el índice de accidentes resultante con los índices que se dan en cualquier otra parte, es enorme, aunque sólo sea por el rechazo que se siente frente a todo experimento colectivo que haga referencia a la vida humana.⁹

La contrastación empírica en un campo determinado no se produce automáticamente, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito de la prevención general. Por ejemplo, si los ensayos preliminares demostraran al fabricante de taladros que la instalación de un dispositivo protector en los mismos es un instrumento eficaz para reducir el coste de los accidentes, el sistema de la prevención general le permitiría decidir entre la instalación de este dispositivo en todos los taladros o el ofrecerlo como opción a los compradores. Si ese dispositivo puede evitar una pérdida mayor que el coste de instalarlo, esto se hará evidente, por lo menos en teoría, mediante la contrastación empírica que permite el mercado. Los responsables de la decisión colectiva podrían llevar a cabo el mismo ensayo, pero la decisión de probar el dispositivo no agotaría el problema. En este caso habría que determinar si conviene imponer la obligación de instalar los dispositivos protectores en todos los taladros o sólo en zonas geográficas determinadas, etc. Y además habría de tenerse en cuenta el índice de accidentes que ocasionan los taladros con dispositivo de protección, y los que carecen de él, decidiendo entonces si la reducción del coste de los accidentes que tales dispositivos producen puede justificar el hacer obligatoria su instalación.

Si por un lado es cierto que una experimentación práctica, como la que se acaba de señalar, se puede realizar siem-

pre, y es obvio además que la prevención específica tiene necesidad de recurrir, en mayor o menor grado, a la contrastación empírica; por otro, también es cierto que las formas de reducir el coste de los accidentes son incontables y en la mayoría de ellas la contrastación empírica a nivel colectivo no se puede verificar. En cambio, en el ámbito de la prevención general los innumerables medios de reducir el coste de los accidentes podrían someterse constantemente a la contrastación empírica del mercado.¹⁰

Un segundo medio significativo para determinar la relación existente entre un acto, o una actividad, con el coste de los accidentes es el empleo de la ciencia actuarial. Con los datos estadísticos en la mano se podría observar si una actividad determinada se halla envuelta en un número de accidentes superior al normal.¹¹ De este modo no sería necesario aislar las causas de un determinado accidente; bastando, por el contrario, tener en cuenta sólo los elementos que aparecen con una intensidad mayor a la que sería de esperar estadísticamente cuando se produce un siniestro típico con unos daños también típicos.

Sin embargo, estos datos estadísticos sólo son útiles en la medida en que se establezcan categorías en el momento de reunir la información. Por ejemplo, la ciencia actuarial será capaz de apreciar si la proporción de automóviles pequeños involucrados en los accidentes, en relación al número de este tipo que circulan, es menor que la proporción de automóviles grandes involucrados en los accidentes, en relación al número de este otro tipo que circulan, si en el momento de comprobar la información se han distinguido estas dos clases de vehículos. Pero como resulta que una distinción tan simple como la que separa los coches grandes de los pequeños suele ser errónea (imaginemos que el incremento del número de accidentes se verifica sólo respecto a los coches «supergrandes», que podrían constituir una subcategoría por su lado), nuevamente nos convendrá subclasificar, hasta el límite que permitan los costes de hacerlo.

El hecho de que la bondad de la estadística dependa de lo acertado que sea el grado de clasificación, tiene otra consecuencia importante: la información actuarial de un acto o de una actividad, intrínsecamente vago, será consecuentemente imprecisa. Por ejemplo, es imposible comprobar los datos estadísticos relativos a la medida en que las conductas culposas contribuyen a producir accidentes a causa de los problemas que comporta reunir la información necesaria acerca

de la incidencia de la conducta culposa en la población. Y aunque fuera posible definir el término «culpa», con la precisión suficiente para determinar si una conducta de tal tipo está presente en los diversos siniestros, no lo será el medir la incidencia de la conducta culposa en aquellos casos que no se traducen en accidentes.

En un sistema que combine la prevención específica y la general, la ciencia actuarial puede ser particularmente eficaz para evaluar la contrastación empírica verificada en el mercado. Es por ello que si estamos convencidos de que los particulares deben hacer frente a costes suficientemente elevados para estimularles a buscar fórmulas e instrumentos que los eviten, pero ni siquiera sabemos si el más eficaz de éstos podrá sobrevivir en el mercado, podemos reunir la información estadística acerca de la eficacia de los diversos medios usados por la iniciativa particular, imponiendo la obligación de emplear aquel que los datos presenten como el más eficaz (salvo el caso, obviamente, de que este instrumento sea inadmisibles por razones diversas de la reducción del coste de los accidentes).

El tercer medio para elegir entre actos o actividades, lo he denominado «mera política». La mera política puede emplearse, y se emplea con mucha frecuencia, para calcular la propensión a causar accidentes que muestran las diversas actividades. Incluso habiendo establecido la relación causal existente entre una determinada actividad y ciertos accidentes, bien sea por medio de la contrastación empírica, bien mediante la ciencia actuarial, todavía hay un espacio que nos obliga a formular un juicio estrictamente político acerca de la conveniencia general de dicha actividad. Aunque es posible utilizar la contrastación empírica y los datos estadísticos para conocer la importancia de una actividad en el mercado, esto es insuficiente para la prevención específica. Aquí es esencial que la actividad sea importante para la colectividad, lo cual, en última instancia, no puede apreciarse sin recurrir a un proceso político que, aun cuando tenga en cuenta los datos proporcionados por el mercado, no estará limitado por ellos.¹²

Por último, hay que tener en cuenta que, al apreciar la conveniencia de una actividad, la trascendencia que tengan tanto los datos del mercado como la valoración de los expertos acerca de la propensión demostrada a ocasionar accidentes, debe establecerse políticamente. No existe otra forma de comparar el juicio de los expertos o las evidencias estadísticas relativas al valor de mercado y a la propensión a

ocasionar accidentes, con los juicios de valor colectivos. Es por ello que existirán muchos casos en los cuales la decisión de prevención específica, al igual que sucede en muchas otras situaciones distintas de los accidentes, se adoptará políticamente, ignorando la opinión de los expertos por muy apropiada y correcta que ésta sea. En otros términos, las decisiones de prevención específica, del mismo modo que toda decisión de carácter colectivo, estarán enormemente influidas por la estructura política de la sociedad en donde se producen.

MODIFICACIONES DEL MERCADO Y CASOS DIFÍCILES DE PREVENCIÓN ESPECÍFICA

Es necesario destacar finalmente un aspecto general del problema de la imputación del coste en el ámbito de la prevención específica. Dado que los individuos reaccionarán en el mercado para reducir al mínimo posible la carga que recaiga sobre ellos como consecuencia de las decisiones de prevención específica, toda decisión colectiva que afecte a una actividad tendrá, con toda seguridad, efectos sobre otras. Ello ocurrirá incluso en el caso de prohibir una actividad determinada, porque se verán afectadas las actividades complementarias y las sustitutivas de aquella. Se dará, con mucha mayor frecuencia, cuando, sin llegar a prohibir una actividad, se limite mediante cargas monetarias o de otro tipo, porque entonces existirá la posibilidad de transferir parte de estas cargas a otras actividades. Y sucederá también, con una trascendencia más dramática todavía, cuando se establezca una sanción en función de la vinculación con el accidente o de cualquier otro criterio distinto y exista la posibilidad de escapar de la misma algunas veces, porque entonces la transferencia se producirá con el objetivo concreto de no ser descubierto ni sancionado. En este último caso la transferencia se traducirá en una auténtica remoción de los accidentes si éstos constituyen el supuesto de hecho que motiva la sanción. En cambio, si son otros los hechos desencadenantes de ésta (p. ej., una denuncia), serán tales hechos, y no los accidentes, los que tratarán de evitarse mediante las transferencias.

Lo anterior significa que al decidir el acto, o la actividad, imputable por ser la más indicada para evitar el accidente, los responsables de la decisión colectiva deben considerar los efectos que tal decisión tendrá no solamente sobre dicho acto, o actividad, sino también sobre aquellas actividades que se

verán afectadas por la reacción del mercado a la misma. Igualmente, deberá tenerse en cuenta la presión remanente sobre el acto, o la actividad que se pretende regular, una vez se hayan producido esas reacciones de mercado.

Se trata, en términos generales, de cuestiones empíricas que, por supuesto, no contribuyen a simplificar la resolución de los casos difíciles de la prevención específica. De ellas se deduce que al adoptar estas decisiones se debe considerar no sólo los actos, o actividades, que tendrían que controlarse, a la vista del coste de los accidentes que ocasionan, y los instrumentos más adecuados para realizar este control (p. ej., es inadmisibles la tortura, y más aún si no se está absolutamente convencido de querer impedir una cierta actividad), sino también los instrumentos de control que son capaces de producir el preciso conjunto de reacciones de mercado deseadas colectivamente. En otros términos, dado que los instrumentos de control elegidos también influirán, en la práctica, sobre actividades distintas de las que originariamente se pretendía considerar responsables, la elección de las actividades que se quieren controlar mediante la prevención específica entraña una difícil elección entre instrumentos de control y viceversa.

La trascendencia de esta relación puede percibirse más claramente si consideramos los complejos efectos que tienen las dos actitudes mostradas habitualmente ante los controles de prevención específica. Resulta, en primer lugar, que cuanto más convencidos estamos (ya sea por los accidentes, o por cualquier otro motivo) del carácter indeseable de la actividad que tratamos de prohibir, mayor probabilidad existe de que nos sintamos dispuestos a usar sanciones severas para hacer efectiva nuestra decisión. Por ello es necesario confrontar la conveniencia de la actividad en cuestión, con la oportunidad de las medidas prácticas disponibles para regularla. Cuando las sanciones adoptadas sean menos graves, los particulares se verán tentados con mayor frecuencia a aventurarse en la actividad prohibida, en cuyo caso el efecto de la sanción sobre actividades distintas de aquella que se pretende controlar será más complejo. En otros términos, cuanto más leves sean las sanciones establecidas, más inevitables serán las modificaciones que experimente en el mercado el juicio original de prevención específica. Esto significa, naturalmente, una prevención colectiva menos pura.

En segundo lugar, y como ya hemos visto, existe siempre una mayor tendencia a prohibir actividades bien delimi-

tadas, que a vetar actividades generales; esto es, antes que prohibir actividades se prefiere restringirlas, impidiendo el desarrollo de alguna de sus subcategorías. Sin embargo, a medida que se van definiendo con mayor precisión las actividades y, por tanto, haciéndose más evidente la conveniencia de prohibirlas, más difícil resulta detectar la presencia del acto o la actividad, en cuestión, y más laborioso es para la gente controlar su conducta con el fin de evitarlo.

Estos dos últimos factores complican la prevención específica pura. El primero de ellos aumenta la posibilidad de eludir la sanción, lo cual significa un incremento del número de modificaciones que puede experimentar la prohibición en el mercado. La tendencia de los particulares aquí no será, por tanto, evitar la realización del acto, sino evitar aquellas formas de cumplimiento que expongan mayormente a su autor al peligro de ser descubierto. El segundo factor complica la prevención específica pura, porque cuanto más difícil resulta evitar el acto, o la actividad, menor eficacia tendrá la pretensión de prohibirlo, y mayor incomodidad se experimentará al tener que imponer sanciones graves cuando el acto, o la actividad, tenga lugar. En efecto, en tales casos, la consecuencia principal del establecimiento de sanciones graves sería inducir a la gente a evitar las actividades generales que dieron lugar al acto, o subactividad, proscrito. Se trata, pues, de una modificación producida por el mercado de nuestra determinación colectiva que afectar a una cierta actividad, que incide, en cambio, sobre una actividad general.

Con todo, el papel del mercado en el ámbito de la prevención específica y su influencia sobre los responsables de la decisión colectiva, es mucho más complicado de lo que los anteriores ejemplos pueden sugerir. La causa estriba en el residuo de prevención general, que como ya se ha visto, está destinado a permanecer incluso en los sistemas de prevención específica más puros. Tal como señalé anteriormente, en la prevención específica no se evitará el coste de todos los accidentes, y por ello aquel que todavía subsista ocasionará unos ciertos efectos de prevención general. Si el coste remanente se deja en las víctimas, se producirá un movimiento contrario a aquellas actividades susceptibles de causar un mayor número de ellas. Si se imputa a otras actividades, éstas reaccionarán en el mercado, tratando de reducir al mínimo la carga impuesta sobre las mismas.

Los responsables de la decisión colectiva pueden responder de distintas formas. En primer lugar, pueden asignar el

coste de los accidentes remanente a aquellos actos, o actividades, involucrados, que juzguen indeseables. Sin embargo, la entidad y la incertidumbre de los daños anterior al siniestro pueden determinar que esta respuesta sea contraproducente, por lo menos si resulta que la intención era la de disuadir la realización de actos, o actividades, muy precisos.¹³ Cuando examinemos directamente el sistema de la culpa, veremos claramente la amplitud concreta de las dificultades e inconvenientes de esta asignación. De momento basta con señalar que la misma implica un infortunado y costoso compromiso entre la prevención general y la específica.

En segundo lugar, los responsables de la decisión colectiva pueden imputar el coste remanente en función de criterios de prevención general. Se trata aquí de usar un sistema mixto de carácter particular, en donde las sanciones de la prevención específica se aplicarían, hasta un cierto punto, más allá del cual la prevención del coste de los accidentes correspondería al método de mercado, a pesar de que con ello se produjera una alteración del objetivo original de la prevención específica.¹⁴

En tercer lugar, puede intentarse la neutralización de los costes remanentes proyectándolos al exterior. Esto requiere una consideración ulterior. Si los responsables de la decisión colectiva están convencidos de que la combinación de actividades y costes de siniestros consiguientes, alcanzada mediante las sanciones establecidas, es la más próxima posible al objetivo pretendido, tratarán de impedir cualquier efecto del mercado derivado de la presencia de los costes remanentes. Para ello, pueden imputar dichos costes a aquellas actividades que no vayan a experimentar alteraciones ni cambios por el hecho de tener que soportarlos, bien sea porque carecen de substitutivos, bien porque el gravamen correspondiente sea irrelevante. La selección de estas actividades puede realizarse en el ámbito limitado de aquellas involucradas en los siniestros, o en un ámbito más amplio.

La primera de estas medidas ha de conducirnos a una actividad que tenga precisamente unas características opuestas a las que debería poseer el óptimo sujeto pasivo de los costes en la prevención general. Si consideramos que el tráfico peatonal es inalterable, el coste de los accidentes que sigan produciéndose todavía (una vez establecidas las sanciones de prevención específica, correspondientes a los automóviles y a los conductores «perjudiciales») sería imputado, o transferido, a los peatones. Esta asignación de costes, que a lo me-

for es perfecta desde el punto de vista de la prevención específica, puede resultar catastrófica para la reducción del coste secundario de los accidentes.

Seleccionar la actividad en un ámbito más amplio que el limitado a las partes involucradas, es una medida que provoca directamente externalidades. Se resarciría a las víctimas, se impondrían las sanciones, y un tercero «inerte»¹¹ soportaría los costes. En la práctica, este último no sería otro que el Estado. El coste de los accidentes sería proyectado al exterior y allí lo recogería la tributación general. La idea sería que sosteniendo dichos costes con el sistema tributario, podría lograrse el mínimo efecto posible sobre la conducta de los particulares, compatible con nuestro sentido de lo justo y con el fraccionamiento de los costes deseado. El que luego los impuestos se recaudaran con vistas a provocar un fraccionamiento absoluto o mediante un criterio progresivo (utilizando una medida de las de «buena bolsa» [*deep pocket*]), dependería, naturalmente, de los objetivos generales de la sociedad.

Ambas formas de tratar la prevención general residual proyectando los costes al exterior tienen un elemento en común: ambas exigen un criterio de asignación de los costes que sea independiente de la propensión a ocasionar siniestros. En la prevención específica, esta propensión debería tenerse en cuenta, obviamente, con anterioridad al establecimiento de las sanciones. Pero en lo que concierne a la asignación del coste, el elemento crucial es la máxima inercia compatible con el fraccionamiento y la justicia, porque cualquier efecto adicional sobre las conductas alteraría el resultado juzgado previamente más adecuado.¹² Sin embargo, y a pesar de que sea irrelevante quién soporte los costes, existirá el «peligro» (en este contexto es claramente un peligro) de las transacciones y los sobornos destinados a reducir al mínimo la entidad de aquellos; peligro que subsistiría también en el caso de que el Estado tuviera que soportarlos.¹³ Como consecuencia, la existencia de externalidades exigirá, de manera casi inevitable, prohibir cualquier transacción dirigida a disminuir el coste de los accidentes. Lo cual, a su vez, nos conduce de nuevo al problema general de las modificaciones que el mercado produce a las decisiones de prevención específica. Una vez más, la eficacia de estas prohibiciones dependerá de la sanción escogida para hacerlas efectivas. Con lo cual, al determinar lo que se desea regular, los responsables de la decisión colectiva se verán obligados a elegir también el modo que consideran conveniente para actuar tal regulación.

CAPÍTULO 9

EL PROBLEMA DE LA VALORACIÓN DEL COSTE

Dado que cualquier sistema de reducción del coste primario de los accidentes es, en última instancia, un sistema destinado a determinar el nivel de costes deseado —esto es, hasta qué punto estamos dispuestos a restringir o limitar actividades convenientes por sí mismas, a causa de los accidentes que ocasionan—, todo sistema de ese tipo tiene que afrontar no sólo el problema de qué actividades «causan» costes, sino también la dificultad bifronte de valorar los costes causados y de determinar el sujeto investido del poder para realizar tal valoración.

Los sistemas de fraccionamiento o reducción del coste secundario de los accidentes han de enfrentarse en realidad a tales problemas, si bien desde una perspectiva algo distinta. Si nuestra intención es la de fraccionar *todos* los costes de los siniestros, tenemos que conocer el valor a fraccionar. Y cuando pretendemos fraccionar sólo una parte de los costes no podemos eludir la necesidad de elegir el sujeto que debe soportar la parte remanente, ni la de saber su valor: para transferir una parte es necesario conocer antes su valor. Dejar la valoración en manos de la víctima significa admitir implícitamente que esa parte debe ser soportada por ella y que se acepta el valor otorgado por la parte dañada o por otras colocadas en posición similar. No obstante, me referiré principalmente a esta cuestión en relación a los distintos métodos que se proponen reducir el coste primario de los accidentes, dado que es aquí donde ésta se plantea de forma más dramática.

El problema consistente en averiguar los actos o las actividades que «causan» unos costes determinados, examinado en los capítulos 7 y 8, se ha denominado «problema de la imputación del coste»; el problema relativo al valor dado al coste de los accidentes lo llamaré, sencillamente, «problema de la valoración del coste». Aunque esta segunda cuestión debe plantearse en relación a cualquier sistema de reducción del coste pri-

marín de los accidentes, y por consiguiente, tanto en relación a la prevención general como a la específica, el aspecto que adopta y las respuestas que a ella se dan difieren según el sistema de que se trate y de lo estricto que sea nuestro propósito, o nuestra capacidad, de aplicar un método puro. Por ello trataré de la cuestión de forma separada en cada uno de los dos métodos señalados.

EL MÉTODO DE LA PREVENCIÓN GENERAL

El objetivo de la prevención general es dejar que los particulares decidan en el mercado los actos o las actividades a los que quieren renunciar a causa del coste de los accidentes que ocasionan. Como se ha señalado más arriba, la solución ideal al problema de la valoración del coste en este caso sería la creación de un mercado de víctimas. Si la gente estuviera dispuesta a ofrecer su propio cuerpo y sus bienes para ser dañados o destruidos a cambio de un precio cierto, nos hallaríamos ante una determinación de mercado pura del valor del coste de los accidentes. Es obvio que esta clase de mercado no existe. Existe, en cambio, una «demanda» de víctimas de los accidentes. Las distintas actividades están dispuestas a indemnizar a las víctimas en vez de instalar equipos de seguridad más caros o reducir su ámbito de actuación. Pero como hemos visto con anterioridad, lo que no existe es una propia oferta en el mercado de los accidentes, y sin ella es impensable realizar una valoración de mercado pura de su coste.

En consecuencia, también en el sistema de la prevención general es preciso recurrir a valoraciones de los costes que no son estrictamente de mercado. Sin embargo, la prevención general no afrontará este problema de valoración colectiva del mismo modo como lo haría el sistema de prevención específica. El objetivo de la prevención general será valorar el coste de los accidentes de la forma más próxima posible al método del mercado; por ello aquí la decisión colectiva tendrá en cuenta lo más que pueda las valoraciones de los particulares. Tal decisión hará el mayor uso posible de la limitada demanda de víctimas de los accidentes que exista realmente, tratando de corregirla en lo referente a las infravaloraciones que parecen inherentes a ella. De igual modo las valoraciones de los costes que realice la prevención general se fundarán en las valoraciones de mercados ajenos (especialmente aquellos en donde están involucrados daños patrimoniales), cuando no

disponga de valoraciones propias en el mercado de los accidentes.

Se tratará sobre todo de decidir el valor de los costes con independencia de la causa que los ha producido. En otros términos, la determinación de las actividades que constituyen el origen del coste de los accidentes se dejará, en todo lo posible, al mercado, y no se tratará de precisar el volumen de la demanda, por la sencilla razón de que no existe una adecuada oferta de víctimas de los accidentes.¹ En resumen, una vez resuelta la cuestión del valor de los distintos daños con independencia de aquello que es su causa, el juicio favorable o contrario a las actividades que los ocasionan será competencia del mercado.

La incertidumbre inherente a un proceso de este tipo es evidente. Por ello no hay que extrañarse de que incluso en las sociedades regidas principalmente por un sistema de prevención general, el resultado de dicho proceso sea algunas veces colectivamente indeseable. En tales casos, será posible observar decisiones colectivas dirigidas a estimular o disuadir la realización de ciertas actividades a pesar del mercado. Sin embargo, estas modificaciones *ex post* de los resultados del mercado, producidas mediante juicios colectivos, difieren sustancialmente de las determinaciones colectivas *ex ante* acerca de las actividades que deseamos y del modo como queremos realizarlas; y difieren también de las decisiones colectivas respecto al valor atribuible a los daños en relación a las actividades que los ocasionan y en relación, por tanto, a la conveniencia de las mismas para la colectividad. En síntesis, pues, existe siempre una diferencia entre el más modificado sistema de prevención general y cualquiera de los de prevención específica, aunque en cierto punto, si cada sistema está suficientemente alterado, esa diferencia no valga la pena ponerla de manifiesto.

Dado que en el sistema de la prevención general el problema de la valoración del coste que se refiere a daños ocasionados a cosas que tienen un valor de mercado verificable, es distinto del relativo a los daños producidos a objetos que carecen de ese valor, examinaré separadamente cada uno de ellos, tratando en primer lugar el caso de los daños a cosas que tienen un valor de mercado, para ver luego las lesiones personales, seguidamente los daños morales («*pain and suffering*») y por último los daños producidos a aquellos intereses que denominamos «sentimentales» o «caprichos». A continuación, examinaré brevemente los problemas que entraña la va-