

Ninguna de las críticas de responsabilidad por culpa, que subrayan su intento fallido de lograr una adecuada reducción de los costes, sería definitiva si el sistema encontrara un apoyo sustancial en nuestras nociones acerca de la justicia. La trascendencia de estas críticas se limitaría al reconocimiento del hecho de que existen, probablemente, sistemas que pueden lograr la remoción del coste primario, secundario y terciario de los accidentes mucho mejor que el sistema de responsabilidad por culpa. Así y todo, la cuestión que persiste es la de saber si la forma que tienen de proceder estos otros sistemas para lograr la reducción de los costes reúne los requisitos exigidos por nuestro sentido de la justicia o la equidad, de un modo igual o mejor que el sistema de la culpa. Tal como nos preguntábamos antes: ¿el modo particular mediante el cual el sistema de responsabilidad por culpa determina quién paga los accidentes (esto es: el empleo del jurado para la decisión del caso concreto y la posibilidad de recurrir al seguro) satisface nuestro sentido de la justicia mucho mejor que otros sistemas mixtos más eficientes? Si fuese cierto que el único sistema justo para determinar la responsabilidad fuera el sistema de la culpa, entonces podríamos sostener que es nuestro sentido de la justicia el que nos obliga a perseverar en la búsqueda de ese fin mixto particular que realiza el sistema, y que, como sabemos, no consiste en reducir al mínimo el coste de los siniestros, ni las conductas ilícitas, ni ambas cosas a la vez, sino en disminuir, únicamente, el coste de aquellos accidentes en los que están involucradas conductas ilícitas.¹

Antes de admitir un resultado tan improbable, convendrá examinar, brevemente, cuáles pueden ser los requisitos que exige nuestro sentido de la justicia en este ámbito. Para ello debemos distinguir dos significados de la expresión «sentido de la justicia». El primero de ellos es una aproximación práctica a aquello que los filósofos podrían definir como justicia. Esta aproximación puede derivarse de aquello que la comunidad considera justo, sometido, no obstante a la crítica racional, ya que el objeto de esta aproximación es permitirnos

decidir, en cuanto críticos, si un sistema determinado es justo. Esto lo denominaré «sentido de justicia del crítico». El segundo significado emplea la noción como si estuviera referida a un hecho político, o a un dato que debiera tratarse igual que el clima, por ejemplo. Este dato, que denominaré «sentido de justicia de la comunidad», plantea cuestiones de tipo táctico, tales como la de los cambios que puede experimentar el sistema de responsabilidad civil admisibles por el público en general. A menudo estos dos significados se mezclan, pero la estimación de la justicia del sistema de responsabilidad por culpa exige un análisis de ambos.

Aquí no pretendo examinar lo que significa la justicia en sentido amplio. Lo único que intento señalar son aquellos factores en los cuales los críticos y el público parecen fijar la atención cuando sostienen que un sistema de responsabilidad civil es justo. Con estos factores en mente podrá examinarse luego el sistema de responsabilidad por culpa.

CAPÍTULO 15

LA ESTRUCTURA MORAL: COHERENCIA E HISTORIA

El Derecho de accidentes no es más que una pequeña parte del universo jurídico. Sólo una exigua minoría de los problemas que tratamos de afrontar con los mecanismos legales proceden de los siniestros. En consecuencia, aquello que en el ámbito de la responsabilidad civil parece justo para el crítico y para el público, se halla influido, inevitablemente, por lo que se hace y se interpreta como justo en los sectores concordantes. Si la sociedad llegara al convencimiento de que los homicidas no son responsables de sus actos y de que no deben ser castigados jamás, sería precisa una larga explicación y una enorme capacidad de persuasión para hacer admisible el castigo de quienes provocan accidentes debido al exceso de velocidad. Asimismo, sería difícil admitir y convencer a la sociedad de la necesidad de un sistema que propusiera decapitar a todos aquellos que conscientemente se salían los semáforos en rojo, a pesar de que pudieran reducirse así los costes de los accidentes en un 10 por ciento. Es preciso estar convencidos y ser capaces de convencer a los demás de que aquellas situaciones que siempre habían sido consideradas análogas eran en realidad distintas.

Sin embargo, el contexto moral de la responsabilidad civil no está compuesto solamente por aquello considerado justo en otros ámbitos del Derecho. Lo que se hace en el seno de la responsabilidad civil debe estar dotado también de una cierta coherencia. El mismo deseo de afrontar el problema de los accidentes considerando aquello que sucede fuera del ámbito de la responsabilidad civil nos obliga a tratar de forma más análoga aquellas situaciones que son análogas. Y esto no sólo comporta normas jurídicas coherentes, sino también exige que los efectos de las mismas sean coherentes. Así, por ejemplo, el hecho de que una norma afecte de modo distinto a los ricos y a los pobres, debido al retraso con que se produce la reparación de los daños, se considerará tan injusto como la

existencia de normas distintas para el tratamiento de los accidentes laborales y los de tráfico.¹

También las incoherencias procesales y las sustantivas pueden ofender a nuestro sentido de la justicia. Si para reducir el coste de los accidentes se establecen multas y sanciones de carácter moral en el ámbito civil, tenderemos a exigir un procedimiento para imponerlas similar al que constituye el enjuiciamiento penal. Y seremos reacios a admitir que en unos casos se recurra a los órganos jurisdiccionales y en otros a los tribunales administrativos, a no ser que creamos que existen diferencias reales entre ambas situaciones.

Desde el punto de vista del crítico, la coherencia o la apariencia de la misma no es un requisito imprescindible para la responsabilidad civil ni para las relaciones de ésta con otros ámbitos ajenos a los accidentes. Por ejemplo, para lograr la coherencia puede ser preciso recurrir a la coerción injusta y a costes indebidos. Pero un tratamiento que sea, aparentemente, incoherente no es aceptado con facilidad por el público, y debe explicarse tanto racional como emocionalmente si queremos preservar intacto el sentido de justicia de la comunidad. Sirve de muy poco alegar que las situaciones tratadas de forma diferente lo son en realidad, si el público, bien sea por razones históricas o de otra clase, las percibe como iguales. A la inversa, cuando la gente interpreta que dos situaciones son distintas, persuadiría de la necesidad de un tratamiento similar requiere acudir a los argumentos racionales y a los emocionales. Debemos recordar siempre que el sentido de la justicia de la comunidad no es, ni puede ser nunca, una simple reacción de carácter racional y no debemos olvidar esa otra dimensión sensible. El crítico sólo puede esperar que a la larga las consideraciones racionales prevalezcan sobre las irracionales.

Hasta aquí hemos visto la justicia como un problema principalmente de coherencia (o de apariencia de la misma). Pero las actitudes morales son mucho más complejas. Como mínimo, se refieren a enteras categorías de actos que se consideran «buenos» y a enteras categorías de actos que se consideran «malos». Ningún sistema de responsabilidad civil puede actuar sin tener en cuenta los actos que se consideran buenos, los que se consideran malos y los neutros. Todo sistema de responsabilidad civil que estimule la realización de actos malos será interpretado como injusto, tanto por el crítico como por la comunidad, a pesar de que sea realmente eficiente desde el punto de vista económico.

Todo examen de los actos buenos, malos y neutros en relación a la responsabilidad civil debe distinguir aquellos cuya censura o alabanza deriva de la creencia de que ocasionan o evitan accidentes, de aquellos otros cuya calificación moral es independiente de los siniestros. El exceso de velocidad está, normalmente, considerado malo. Un sistema de responsabilidad civil que exija circular a más de 140 kilómetros por hora no será aceptado con facilidad por la comunidad, a pesar de que con ello se produzca una reducción sustancial de los accidentes. Y sin embargo, los obstáculos que hallaría esta propuesta serían mínimos comparados con los que debería afrontar un sistema que sugiriera la necesidad del amor libre (cuantas menos frustraciones haya, menos accidentes se producirán).

La reprobación de la velocidad excesiva procede, probablemente, de la creencia en que a ella se deben muchos accidentes. Aunque se demostrara de manera concluyente que el exceso de velocidad no es la causa de los accidentes, el público no cambiaría inmediatamente su actitud al respecto. Además, los tradicionales sentimientos morales frente a la velocidad harían que fuera muy difícil convencer absolutamente a la gente de que aquello no causa ningún siniestro. Sin embargo, si las pruebas fuesen muy convincentes, quizá a la larga cambiaría su actitud. El cambio se produciría con más facilidad si se demostrara también que el circular a poca velocidad causa accidentes, porque la prueba de que el exceso de velocidad no produce esas consecuencias sería más presentable. En cualquier caso, la idea de que el exceso de velocidad es capaz de reducir los accidentes penetraría en la opinión pública con mayor lentitud que una que alegara la necesidad de recurrir a un instrumento neutro (el uso de cinturones de seguridad) o que otra que contara con un buen apoyo moral (la educación de los automovilistas).

Independientemente de los motivos por los cuales el amor libre está mal visto en nuestra sociedad, es poco probable que se vieran influidos por el hecho de haber demostrado que con ello disminuyen los accidentes. No quiero significar que esta demostración no tuviera ningún efecto sobre nuestra actitud ante la fornicación. Si con el amor libre se produjera una disminución sustancial de los accidentes, esto sólo afectaría ligeramente a aquellas actitudes: penetraría en la opinión pública de un modo más lento que la forma en que variaría nuestra actitud acerca de la velocidad si se demostrara que se produce lo mismo con su aumento. Y esto puede ser cierto

incluso si las razones por las cuales la fornicación era originariamente considerada inmoral ya no fueran aplicables.²

Aunque este ejemplo pueda parecer fantasioso, creo que sirve para poner en evidencia un punto. A lo largo del tiempo se han ido estigmatizando ciertos actos debido a los costes de los accidentes que creíamos que causaban; otros actos se han repudiado por motivos distintos. Los proyectos de reducción de los accidentes que implican la aceptación de actos pertenecientes a esta última categoría, serán considerados justos o equitativos por la comunidad con muchas más dificultades que aquellos otros que precisan la aceptación de actos de la primera categoría, con independencia de que los críticos puedan demostrar o no que las razones que habían llevado a la reprobación de ambas clases de actos ya no son aplicables.

Ya he señalado que incluso en el ámbito de la primera categoría no debemos confiar en que una reducción prevista en el coste de los accidentes haga cambiar, rápidamente, la actitud del público, ni tampoco hemos de pensar que los posibles cambios que se produzcan sean definitivos. Las actitudes morales se desarrollan y desaparecen con lentitud; y a veces adquieren un significado que es bastante ajeno a las situaciones que les han dado origen. Cuanto más larga es la historia de la actitud que se muestra frente a un acto, mayor probabilidad existe de que ésta se haya separado de su causa original y mayor será la dificultad que comportará cambiarla, aun cuando esa causa ya no sea válida. Esto es lo mismo que afirmar que, casi por definición, el estatuto «moral» tiene una fuerza por sí mismo, independiente de la fuente que le ha dado origen.

Todo lo dicho en relación a los costes individuales sirve para las instituciones jurídicas. Con el tiempo llegan a convertirse en imperativos morales. Basta una lectura superficial de la primera jurisprudencia que afrontó el problema de la responsabilidad sin culpa en el ámbito de los accidentes laborales para darse cuenta de ello.³ Sin embargo, es un hecho que en el área de la responsabilidad civil se han producido en el pasado cambios fundamentales, aunque de forma lenta, que parecían responder a la demanda de una mayor eficiencia económica. Esto significa que los imperativos morales, que el público asocia a los sistemas de responsabilidad civil, están directamente vinculados a la remoción de los costes y, por tanto, sujetos a los cambios que proceden de la modificación de los instrumentos establecidos para el logro de ese objetivo. Sin embargo, es cierto que cualquier cambio que afecte a los

imperativos morales asociados a un sistema de responsabilidad civil determinado parecerá, por lo menos al principio, injusto para la comunidad. El crítico puede argumentar que si las razones que justificaban una institución han desaparecido, el Derecho debe cambiarse. Pero *cessante ratione cessat lex*, aunque sea un epigrama bastante convincente incluso para el público en general, no significa que el cambio institucional tenga que producirse a gran velocidad cuando hay valores morales involucrados en ello. Esto no implica que deba desdeshacerse el papel del iconoclasta; se trata tan sólo de recordar que éste no puede ignorar la resistencia que ofrecerán los feticlistas.

Entre las actitudes morales tradicionales hay una que merece especial atención. Durante siglos la sociedad ha parecido admitir la idea de que la justicia exige una relación personal entre el ofensor y el ofendido (y su familia).⁴ Esta idea persiste con gran fuerza en el ámbito de la responsabilidad civil a pesar de que su importancia haya disminuido en otras áreas ajenas a los siniestros. Los familiares de la víctima de un homicidio carecen del derecho a perseguir judicialmente al supuesto homicida, y tampoco pueden tomar el castigo en sus manos recurriendo al desafío judicial (*trial by combat*). En el ámbito de los delitos sexuales u otros actos ilícitos, la idea de que el crimen pasional era algo en cierto modo excusable, ha ido menguando. Al mismo tiempo, el resarcimiento de la parte ofendida, que se exige al ofensor en los llamados «*heart balm cases*», es considerado cada vez con mayor desfavor.⁵ Sin embargo, cuando se trata de accidentes, el derecho todavía emplea remedios que son equivalentes a estos primitivos.

No existe, naturalmente, ninguna necesidad lógica de vincular el tratamiento de las víctimas, consideradas individualmente o como grupo, al tratamiento dispensado a los ofensores, individualmente o como grupo. En realidad, ya he advertido que una de las confusiones corrientes en la discusión actual acerca de la responsabilidad civil es la creencia en que debe haber una relación individualizada entre el ofensor y la víctima.⁶ No obstante, puede ser que el tratamiento individualizado de los accidentes atraiga, fuertemente, al sentido de justicia de la comunidad y de los críticos a pesar de que estas actitudes hayan desaparecido de otras áreas. A menudo, se sostiene que eso es así por lo que se refiere a la actitud de la comunidad, aunque la evidencia empírica a nuestro alcance sugiera que es mucho menos importante de lo que creen al-

gunos juristas.⁷ Discutiré la trascendencia de esta pretendida actitud de la comunidad en el próximo capítulo.

Por lo que se refiere al crítico, la idea de que precisamos un tratamiento individualizado puede interpretarse de dos formas bastante distintas. La primera es que la víctima —o su familia— tiene derecho a ver que se exige una retribución al ofensor. Este principio puede adoptar una versión extrema consistente en el otorgamiento a la víctima del derecho a exigir por sí misma esa retribución. (Lo cual se parece al primitivo derecho al duelo judicial o juicio de Dios que se concedía al ofendido o a un familiar del mismo.) Pero a menudo ese derecho se limita a garantizar a la víctima que el ofensor será procesado. (Lo cual es análogo al antiguo derecho de la familia de la víctima de un homicidio a acusar al supuesto homicida.)⁸ Esta actitud de «esfuerzo personal», especialmente en su versión extrema, suena más a venganza que a prevención o a reparación; y supongo que se deriva de la prisa, no muy saludable, por desquitarse. En su fórmula más limitada entraña un elemento de incertidumbre respecto a la capacidad del Estado para afrontar adecuadamente la situación. De ser así, el derecho a imputar los gastos al ofensor puede haber comportado, originariamente, aspectos de prevención también. Inmediatamente, uno puede preguntarse si hoy el entero aparato del sistema de responsabilidad por culpa es necesario para lograr este propósito.

Algo distinta es la segunda interpretación de la necesidad de recurrir a un tratamiento individualizado. Se trata de que el ofensor debe pagar conforme a la gravedad de la ofensa causada a la víctima. En la base de esta idea no se halla la venganza, sino el principio según el cual si hay que elegir entre las dos partes que se han visto envueltas en un accidente, es mejor que la pérdida gravite sobre aquella que ha cometido actos que conllevan un estigma social antes que sobre aquella que no ha cometido ningún acto de esta clase. El corolario de este principio nos conduciría a un sistema completo de compensación de culpas. Los problemas que plantea una actitud que responda a esta interpretación se examinarán en el capítulo siguiente, cuando veamos de qué modo la noción de justicia de los críticos y la de la comunidad influyen en sistemas concretos de responsabilidad civil, tales como el de la culpa.

En estas pocas páginas no pueden enumerarse todas las formas en que las concepciones generalizadas de la justicia y la equidad influyen en nuestro modo de afrontar el problema

de los accidentes. Concretamente, he pasado por alto todas las diversas opiniones respecto a los accidentes y al modo de imputar las pérdidas que inducen al crítico y a la sociedad a considerar justos y equitativos aquellos sistemas que se cree que reducen los costes de los accidentes, bien sean los costes de un fraccionamiento inadecuado, bien los que he denominado costes primarios. La causa de ello no estriba en que tales sistemas no hayan adquirido por sí mismos un estatuto moral. En la actualidad, muchos de ellos son y parecen justos con independencia de que en su origen fueran establecidos con el propósito de reducir los costes. Así, la justicia se ha empleado durante mucho tiempo para dar apoyo a aquellos métodos que imputan los costes de los accidentes a las actividades que los «causan» o que se benefician de ellos.⁹ Estos métodos se han dejado de lado porque en cierto sentido ya han sido examinados en relación a sus efectos de reducción de los costes. Aquí el examen de la justicia tenía la intención de destacar algunos de los factores que influyen en nuestras actitudes con independencia de la reducción de los costes y que nos imponen el deber impreciso, pero no obstante ineludible, por el cual cuando tratamos de reducir los costes hemos de hacerlo de forma justa. En otros términos: hemos de hacerlo sin decapitar a quienes se exceden en la velocidad, sin bendecir a los fornicadores y sin que por razones extraeconómicas nos sintamos tan ofendidos que sea preferible soportar los costes a padecer la ofensa.

CAPÍTULO 16

LA JUSTICIA DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD
POR CULPA

No hay duda de que algunas justificaciones posibles del sistema de responsabilidad por culpa pueden hallarse en nociones de justicia bastante indiscriminada.¹ Al crítico y a la comunidad les parecerá injusto que una persona, dañada por otra que no haya respetado el código moral, no sea resarcida; o que una víctima que no haya observado ese código sea resarcida a expensas de la parte inocente. También parece injusto que los actos que se consideran ilícitos o inmorales queden impunes, con independencia del problema de la indemnización de las eventuales víctimas de estos actos. A menudo se afirma que estos sentimientos constituyen los fundamentos del sistema de responsabilidad por culpa.

Pero a pesar de que estos sentimientos sean válidos desde el punto de vista del crítico, no pueden proporcionar un apoyo auténtico al sistema. En el único caso en que podrían proporcionarlo sería si la decisión que la sociedad debiera afrontar fuera la de establecer cuál de las dos partes involucradas en un accidente debe soportar las pérdidas en última instancia. Entonces sería cierto que si la víctima no fuese resarcida por su ofensor, su daño no sería reparado. Y también sería cierto que cualquier indemnización de la víctima culpable procedería en la mayoría de los casos del bolsillo de la contraparte inocente. Estos resultados violarían, obviamente, el sentido de la justicia del crítico. Del mismo modo, parecería injusto que, a falta de un sistema de responsabilidad por culpa, los infractores no fueran castigados. Pero sostener que para eludir todas estas consecuencias repugnantes es preciso recurrir al sistema de responsabilidad por culpa, es un sin sentido evidente, basado en una visión bilateral y simplificada del problema de los accidentes. En realidad, vivimos en un mundo pluralista, en donde está comprendida la población entera de ofensores y víctimas. La gravedad de las infracciones

y el montante de los daños varían según la población. En este mundo, la cuestión fundamental no es la de si parece justo que el ofensor, individualmente considerado, tenga que indemnizar a la víctima singular; sino la de averiguar la cantidad que todos los ofensores deberían aportar, en relación a su infracción individual, a un fondo destinado a comprender a todas las víctimas en función de los daños sufridos y también en función de su propio comportamiento ilícito. Es difícil comprender por qué los pagos basados en la culpabilidad de un ofensor singular en relación a la de la totalidad de los ofensores no deberían parecer más justos que los pagos que aquél tendría que realizar en función exclusiva de su culpabilidad ponderada con la de la víctima individual y con las lesiones que ésta sufra eventualmente.² Y también es difícil entender por qué el resarcimiento de la víctima ha de depender de la comparación entre su conducta y la de todos los sujetos potencialmente implicados en todos los accidentes. Es cierto que un amplio contraste es más coherente con la disciplina del ilícito en ámbitos ajenos al de los siniestros. En realidad, se podría ir más lejos y sostener que el hecho de verse envuelto, casualmente, en un accidente no puede constituir el criterio para determinar de manera justa el pago al que uno se ve obligado. ¿No parecería más justo que para el resarcimiento de todas las víctimas que se lo merecen se constituyera un fondo integrado por las aportaciones de todos aquellos que incurren en culpa (esto es: que violan el código de la sociedad) en función del grado de ésta, con independencia de verse envuelto o no en los siniestros? Quizá no sea practicable. Pero si lo fuera, ¿no sería más justo?³

Desde el momento en que se admite que la idea de justicia no exige que el ofensor individual compense a su víctima singular —el permitir el seguro de la culpa es una indicación evidente de que esta idea se acepta— y desde el momento en que se percibe la posibilidad de castigar a los infractores por su conducta ilícita al margen de que deban resarcir o no a las víctimas, comienza a ser discutible que la justicia constituya un fundamento sólido del sistema de responsabilidad por culpa. Sin embargo, en un mundo que ha suprimido la necesidad de que exista una relación individual entre ofensor y víctima, es posible hallar todavía intentos de apoyar en la justicia el sistema de responsabilidad por culpa. Estos esfuerzos suelen basarse en la idea según la cual la determinación individual de la culpa en cada accidente concreto permite elaborar categorías actuariales de seguro que reflejan el riesgo de un compor-

tamiento culpable al que están expuestos los miembros de éstas. Se alega que esto equivale a hacer que los costes de los accidentes los paguen los individuos que se lo merecen en función del grado de reprobación de su conducta.⁴ Dejando al margen la cuestión de si el sistema de responsabilidad por culpa, con todos sus defectos, engendra realmente unas categorías de seguro tan justas, todavía debemos preguntarnos si estas categorías creadas por él son, en este sentido, las mejores posibles, y si el sistema de la culpa es el medio mejor de establecerlas.

No voy a detenerme a examinar estos problemas, pues ya han sido considerados anteriormente. Si puede determinarse con precisión el carácter reprochable de una conducta concreta, la mejor forma de hacer pagar a quienes la desarrollan (y la forma más coherente de hacerlo respecto a las restantes áreas del Derecho) es gravándolos directamente, mediante multas no asegurables, si la conducta puede castigarse con independencia del accidente, y mediante sanciones civiles no asegurables en caso contrario. En cambio, si la conducta no puede definirse con precisión antes del accidente (si tiene algún sentido hablar de culpa en este ámbito), nuestros imperativos morales pueden servir para la elaboración de categorías actuariales —esto es: se pueden gravar los distintos grupos con cargas distintas en función de la relativa aceptación o reprobación de las actividades que desarrollan sus componentes— de forma más eficaz y eficiente recurriendo a medios que no sean los de determinar la culpa por medio del casuismo de los litigios. Sigue siendo válido todo lo que hemos sostenido anteriormente: a no ser que nuestro propósito sea el de crear categorías de seguro justas, no con el fin de prevenir la comisión de actos ilícitos, ni con el de prevenir los costes de los accidentes, ni ambas cosas a la vez, sino con la idea exclusiva de prevenir aquellos accidentes en los que están involucrados comportamiento ilícitos, no podemos admitir que las categorías de seguro establecidas por el sistema de responsabilidad por culpa puedan considerarse justas.

No obstante, podría aducirse que he ido muy rápido al sugerir que nuestro sentido de la justicia no exige que los ofensores paguen a sus víctimas en función de su relativa culpabilidad y de los daños que se producen. Se puede afirmar que la lógica tiene un papel fundamental que jugar en la determinación del sentido de la justicia del crítico, pero que el sentido de la justicia de la comunidad depende de otros factores. La gente puede exigir un mundo en el cual la reparación del

daño se haga de forma individualizada, a pesar de que la lógica y la economía demuestran la necesidad de lo contrario, o el carácter injusto de aquella exigencia. No basta, pues, con mostrar aquello que debería constituir el sentido de justicia de la comunidad si la gente no lo ve de ese modo. Sin embargo, diría que nuestra sociedad está pronta para abandonar esa idea de que la justicia exige que el ofensor individual indemnice al sujeto, que ha ofendido, en función de la culpabilidad y que además cada vez que se presenta una alternativa adecuada, la gente tiene tendencia a admitirla en perjuicio del sistema de la culpa.⁵

Basta observar la aceptación general del tratamiento de los accidentes laborales y los veredictos de los jurados que parecen ignorar la negligencia del demandante y la ausencia de negligencia del demandado, para reconocer este hecho.⁶ De modo análogo, la aceptación general del seguro nos muestra que no nos importa demasiado que la parte culpable satisfaga a la víctima con tal que ésta sea indemnizada. Es cierto que todavía no hemos llegado al extremo de estar dispuestos a compensar, alegremente, a la víctima que ha actuado realmente de modo culpable (esto es: dolosamente), aunque en general permitamos —con ciertos reparos— un seguro de la culpa grave, lo cual es prácticamente lo mismo. La fuente de todos nuestros celos es a veces el temor de que las multas no asegurables,⁷ proporcionadas a la gravedad del ilícito y adecuadas al fin preventivo, no recaigan en realidad sobre quienes realizan la acción dolosa. Si recayeran sobre ellos, no nos sentiríamos turbados por el hecho de que se consiguiera un seguro contra todo tipo de responsabilidad que excediera de estas multas. De forma análoga, cuando se pretendiera aplicar una pena restrictiva de libertad o una multa no asegurable, sanciones todas ellas proporcionadas a la gravedad de la infracción y adecuadas al fin preventivo, a la víctima que ha cometido una acción dolosa, no nos preocuparía apenas que el exceso de daños que sufriera (e inevitablemente su familia) fuesen reparados, con tal que no resultaran gravados con esa carga individuos inocentes. (Este castigo sería totalmente coherente con la evolución experimentada por el derecho penal al abandonar la técnica individualizada del duelo judicial entre el ofensor y el ofendido.)

* La expresión «multa no asegurable» es en cierta forma una redundancia. No obstante, se recurre a la literalidad de la expresión del original para conservar en la posible el aspecto relevante del argumento. Para ver la cuestión de la asegurabilidad de las sanciones pecuniarias puede consultarse Ricardo Alonso Soto, *El seguro de la culpa*, ed. Montecorvo, Madrid, 1977, esp. pp. 380-382. (N. del T.)

Creo que podemos concluir diciendo que la defensa tradicional del sistema de la culpa, basada en la noción de que la justicia exige que los costes de un accidente concreto sean repartidos de acuerdo a la respectiva culpabilidad de las partes involucradas, ha recibido en la bibliografía especializada una atención mayor que la merecida. La opinión pública y los críticos se han preocupado, justamente, de que la carga no gravara sobre los relativamente inocentes, mientras que los culpables quedaban impunes. Pero esto no exige, ni desde el punto de vista lógico ni práctico, recurrir al sistema de responsabilidad por culpa. Lo único que exige es que todas las partes involucradas en accidentes similares dividan la totalidad de los costes de las lesiones según la escala de su respectiva culpabilidad.

Podríamos ir más allá, obteniendo quizá resultados mejores, si multáramos a los infractores, con independencia de que el accidente acaezca, o si exigiéramos un tributo a las actividades y a los sujetos de acuerdo con la probabilidad de verse envueltos en accidentes en los cuales su conducta sería reprobada. La carga, ya se llame multa, impuesto o seguro, dependería de la ilicitud o inoportunidad general de la actividad en cuestión y no de la eventualidad de que se produjera un accidente afectando a partes concretas. Por tanto, volvemos de nuevo al punto en que el problema no refiere a las dos partes involucradas en un accidente, sino, por el contrario, a la forma justa de establecer las categorías del seguro y a la manera de sancionar a los infractores individuales de modo justo y eficaz. El sistema de responsabilidad por culpa no puede afrontar este problema tan bien como uno que combinara multas no asegurables y limitaciones de las actividades inoportunas, con mecanismos propios de la prevención de mercado de forma adecuada a nuestras demandas de fraccionamiento de los daños.

La dificultad básica que entraña el preferir el sistema de responsabilidad por culpa por razones de justicia se puede describir del siguiente modo. Nuestro sentido de la justicia deriva de la historia y de la tradición, pero depende también de su coherencia con el contexto moral. Aunque el sistema de responsabilidad por culpa, al reprobar a la parte relativamente culpable en cada accidente concreto, sea consistente con nuestra historia moral, conduce a resultados que son absolutamente incoherentes con otras sanciones existentes, porque establece un gravamen completamente desvinculado del ilícito o de las sanciones infligidas a ilícitos similares en otros ámbi-

bitos del Derecho. Pero también conduce a resultados contradictorios con lo que sucede en otros ámbitos del Derecho de accidentes. El tratamiento de los accidentes laborales es una prueba de esta incoherencia, y el hecho de que el sistema permita el seguro y, por tanto, permita en la práctica que los ofensores culpables fraccionen los daños con mayor facilidad que las víctimas culpables, es otro buen ejemplo. En realidad, estas incoherencias básicas son motivos adicionales que explican la inestabilidad actual del sistema de la culpa, ya que aun cuando el sistema reúna ciertos requisitos exigidos por nuestro sentido de la justicia, esas incoherencias violan aspectos todavía más importantes que son necesarios para el logro de ese mismo fin.

En definitiva, aducir la justicia alcanzada por el sistema de responsabilidad por culpa sería un buen argumento en su defensa sólo si no existiera ningún sistema alternativo mejor; esto es: sólo si la elección consistiera en reprimir o la parte relativamente culpable o la parte relativamente inocente. El sistema no podría justificarse en un mundo donde agentes, actividades y actos culpables o inoportunos (bien del lado de las víctimas bien del de los ofensores) tuvieran que ser sancionados en función de su censurabilidad, y las víctimas tuvieran que ser resarcidas de acuerdo al daño sufrido. No quiero sugerir con ello que la compensación deba prevalecer sobre la prevención general o específica, sino tan sólo señalar que los objetivos morales de nuestra sociedad, y nuestro sentido indiscriminado de la justicia pueden satisfacerse mejor mediante un sistema que concentre su atención principal en la deseada prevención y reparación del daño, que con un arcaico sistema de responsabilidad que supone la existencia de una organización social en donde lo mejor que puede hacerse es tratar cada accidente concreto como un universo en sí mismo.

El sistema de responsabilidad por culpa puede haber nacido en un mundo donde lo máximo que la sociedad podía afrontar de modo adecuado eran aquellas situaciones en las que se veían enfrentados un ofensor y una víctima; allí fue, probablemente, un sistema mixto bastante aceptable logrando una combinación de fines diversos: la prevención general y la específica, el fraccionamiento de los daños, la justicia e incluso la eficiencia.² Pero suponiendo que éste fuera el mundo en el que el sistema se desarrolló, es claro que no es el actual. Hoy los accidentes no deben verse como un hecho eventual que afecta a una víctima y a un ofensor, sino como un problema social más general. Este es el motivo por el cual el siste-

ma de responsabilidad por culpa resulta no adecuado para lograr ni uno solo de nuestros fines, ni siquiera la justicia. En realidad, es tan inadecuado que otros sistemas mixtos pueden mejorar los resultados obtenidos en relación a cada uno de ellos, a pesar de que en último extremo algunos de estos fines sean incoherentes entre sí.

SEXTA PARTE

HACIA UN NUEVO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL

No pretendo negar la existencia de un cierto apego, expresado normalmente en términos de justicia, al sistema de responsabilidad por culpa. Ya he advertido anteriormente que los sistemas, al igual que los actos, acarrean connotaciones morales que subsisten a pesar de que hayan desaparecido las razones que justificaban su presencia. Esto sucede, indudablemente, en el caso del sistema de responsabilidad por culpa; y explica por qué quienes están prestos a abandonar el criterio de la culpa para la asignación de las pérdidas en los casos individuales son capaces de profesar, al mismo tiempo, lealtad inquebrantable al sistema en abstracto.

Esta lealtad abstracta viene reforzada por el hecho de que algunos de los cambios propuestos constituyen, a veces, una amenaza a ciertos intereses personales. No es casual que algunos entre los más fervientes admiradores de la justicia del sistema sean precisamente aquellos abogados que se enriquecen a costa de la ineficiencia del criterio de la culpa.

En un plano moral más digno, la lealtad abstracta al sistema se refuerza porque las alternativas al mismo son menos efectivas que éste para el logro de algunos de los fines propuestos. Basta considerar algunos de los proyectos mencionados en la introducción de este libro para darse cuenta de este hecho. Los sistemas de seguridad social financiados mediante impuestos generales sobre la renta son mucho menos eficaces que el sistema de la culpa para la remoción del coste primario de los accidentes. Y un sistema de seguridad social apoyado en una multitud de disposiciones de prevención específica puede resultar aún menos eficaz que el sistema de la culpa para afrontar el tratamiento de aquellos actos que no son fáciles de controlar colectivamente. A la inversa, un sistema que trate de asignar los costes a aquellas categorías que parecen ser las más capaces de evitarlos de la forma más económica (esto es: constituyendo el fondo de previsión del seguro social mediante la contribución de estas categorías), no sólo puede ser incapaz de lograr el nivel de control de los actos ilícitos que logra el sistema de la culpa, sino también puede realizar un

fraccionamiento tan lamentable y con los mismos costes administrativos que este sistema. Además, un sistema (como el propuesto por el *Defense Research Institute*) que confíe, principalmente, en sanciones de prevención específica para la remoción del coste primario de los accidentes y en fuentes colaterales de financiación (como la *Blue Cross* y los *wage security plans*) para la remoción del secundario, incluso manteniendo el sistema de responsabilidad por culpa como un apéndice costoso, ofrecerá un control de mercado de los accidentes mucho menor que el ofrecido actualmente por este último sistema. Las prestaciones que provienen de fuentes colaterales acaban ocupando, en este método, un lugar principal, engendrándose al mismo tiempo enormes externalidades, tal como puso de manifiesto el informe de la *American Insurance Association*. Así pues, los defensores del sistema de responsabilidad por culpa serán capaces de demostrar a menudo que, aun cuando un determinado sistema funcione bien en relación a ciertos aspectos concretos, respecto a otros lo hace peor incluso que el sistema de la culpa.

Por este motivo, en este libro no he intentado sugerir una alternativa con la que reemplazar al sistema de responsabilidad por culpa. En la práctica, y para un ámbito determinado de accidentes, siempre podremos idear algún sistema que logre alcanzar un fin (p. ej., el fraccionamiento) con mejores resultados que el sistema de la culpa. En tal caso podríamos estar dispuestos a contentarnos con un resultado menos satisfactorio que el ofrecido por el sistema de la culpa, en relación a otros fines (p. ej., la remoción del coste primario). En este libro he pretendido demostrar una proposición más general, a saber: la posibilidad de desarrollar un sistema mixto que logre satisfacer todos los objetivos pretendidos en relación a la reducción del coste de los accidentes, de forma más adecuada que el sistema de responsabilidad por culpa, pudiendo ser al mismo tiempo coherente con nuestro sentido de la justicia.

Este sistema podría comenzar asignando los costes de los accidentes a aquellas categorías que fuesen capaces de evitarlos de la forma más económica, y que al mismo tiempo fuesen lo suficientemente amplias como para fraccionar adecuadamente estos costes, logrando así la remoción del coste secundario pretendida. Podría reforzarse con una serie de multas, penas, impuestos u otras sanciones no asegurables, con el fin de prevenir o limitar, ulteriormente, aquellas actividades o actos particulares que se haya decidido colectivamente sancionar o limitar más allá del nivel determinado por el

mercado. A la inversa, se podrían establecer también subvenciones para aquellas categorías que deseamos estimular debido a que colectivamente hemos convenido en su oportunidad. La proporción entre el control de mercado y el colectivo, así como la proporción entre la remoción del coste primario y la del secundario podría variar según la clase de accidentes considerada.

Al avanzar cada vez más en la consecución de algunos objetivos, un sistema mixto, como el señalado, alcanzaría un punto en donde tendría que renunciar al logro de otros objetivos por encima del nivel alcanzado por el sistema de responsabilidad por culpa. Uno de los propósitos de este libro era mostrar simplemente que existen, sin embargo, una enorme variedad de sistemas posibles, donde, a pesar de sus defectos, todos los objetivos, excepto el que se refiere al deseo de mantener el *status quo*, podrían lograrse mejor que con el sistema de responsabilidad por culpa.

Otro de los propósitos de este libro ha sido indicar las preguntas que deben formularse para poder decidir las ventajas de un sistema con respecto a otro. A veces estas cuestiones son, esencialmente, de naturaleza empírica: ¿cuál sería la disminución de los costes primarios, en relación a los costes administrativos correspondientes, que se obtendría creando subcategorías en áreas determinadas?, ¿cuál sería la carga que representarían aquellos costes de los accidentes que quedarían sin fraccionar, en un área determinada, bajo un sistema que las imputara a las categorías que fueran capaces de evitarlos de la forma más económica? Otras veces las cuestiones son estrictamente políticas: ¿sería preferible un sistema basado fundamentalmente en el control colectivo de los accidentes, o uno que estuviera basado, en cambio, en el control de mercado?; a la vista de la distribución actual de la renta, ¿qué sería preferible, un sistema de responsabilidad civil, que redujera al mínimo el efecto de los costes de los accidentes sobre los pobres, mediante un mecanismo de remoción de los costes secundarios que recurriera a las «buenas bolsas» (*deep pocket*), o un sistema que concentrara su atención o bien en la remoción de los costes secundarios derivados de los cambios experimentados en la distribución de la renta o bien en reducir al mínimo los costes de los accidentes?

No he intentado señalar las cuestiones, planteándolas directamente, sino analizando las consecuencias que se derivan de los diversos métodos de afrontar la responsabilidad civil. A la luz de este análisis puede ser útil reconsiderar, bre-

vemente, algunos de los sistemas examinados en la introducción, para ver cuáles son las respuestas que implícitamente ofrecen a las mismas. Los planes de seguro personal del tipo sugerido por KEETON-O'CONNELL y por la *American Insurance Association* pueden servir como base de discusión.

Un presupuesto básico, implícito en todos estos planes, ha de estar constituido por la importancia que, en el ámbito de los accidentes de circulación, hay que dispensar al control de mercado de los mismos. Si no fuese así, la eficiencia administrativa de un seguro social financiado con un impuesto sobre la renta y complementado mediante controles directos de prevención específica sería preferible sin discusión. Es por eso que el proyecto de KEETON-O'CONNELL da, en efecto, una respuesta positiva a la cuestión acerca de si la clasificación, que su proyecto implica, proporciona una ventaja en la prevención de mercado que es bastante para justificar los costes que la propia clasificación conlleva. Además, en la medida en que estos planes imputan la mayor parte de los costes económicos a los propietarios de los vehículos, en vez de a las víctimas, presuponen que las categorías de propietarios de automóviles están en mejores condiciones de reducirlos de la forma más económica que las categorías de las víctimas. Los presupuestos implícitos en la imputación de una parte de los daños morales a las víctimas son más complejos. Pero no creo que éste sea el lugar para analizarlos, bastando una simple remisión a lo ya dicho.

Otra de las presunciones que estos planes conllevan es la de que las categorías del seguro resultantes serían suficientemente amplias para no tener que engendrar costes secundarios innecesarios. Las categorías que se derivarían de un seguro personal, se afirma, no llegarían a encajear la conducción para determinados grupos con un riesgo de causar accidentes determinado, hasta el extremo de que la sociedad prefiriera los costes de los accidentes a tener que soportar los costes secundarios derivados de excluir a tales categorías de la circulación. Sin embargo, esta presunción puede interpretarse como un propósito aproximado, ya que un plan de seguro personal de accidentes siempre podría establecer subvenciones para las categorías particulares de propietarios de vehículos, por ejemplo, para los ancianos, que resultarían excesivamente gravadas bajo este plan.

Quizá sean más interesantes las respuestas implícitas en la elección de un plan de seguro personal frente a un plan de seguro de responsabilidad civil. Aquí el problema consiste

en determinar qué género de subcategorías es el más importante para la remoción del coste de los accidentes de la forma más económica. En efecto: los planes del tipo propuesto por KEETON-O'CONNELL y por la *American Insurance Association* parecen admitir implícitamente que es mucho más importante, en términos del control de mercado de los accidentes, establecer subcategorías de propietarios de vehículos en función de la vulnerabilidad de los ocupantes y del número de éstos que transporten con mayor probabilidad y en base a los equipos de protección de los mismos que lleven instalados (tales como cinturones de seguridad, etc.), que establecer esas categorías de acuerdo con la respectiva probabilidad de dañar a quienes conducen los demás vehículos. Desde el punto de vista del control de mercado de los accidentes esto es una cuestión esencialmente empírica.

Sin embargo, desde la perspectiva de nuestro análisis sería un error suponer que en la decisión de un seguro personal de accidentes como el señalado sólo se halla implícita una determinación de la clasificación óptima para ejercer ese control de mercado. La decisión también contiene implícitamente una determinación acerca de aquello que puede lograrse mejor por medio de la prevención específica. Los sistemas que se basan en los seguros de responsabilidad civil conducen, con toda probabilidad, a una específica legislación de seguridad cuyo fin es regular aquellas características que deben reunir los vehículos para la protección de sus ocupantes. (Dado que nuestro actual sistema está dirigido principalmente a la cobertura del riesgo frente a terceros, no es casual que la mayor parte de la reciente legislación de seguridad sea fundamentalmente de esta clase.) En cambio, la adopción de planes que pertenecen al género propuesto por KEETON-O'CONNELL dan lugar a una demanda de regulación colectiva que es de naturaleza totalmente distinta; una regulación que se dirija a la seguridad de los terceros y que distinga, por ejemplo, entre los vehículos que protegen a los ocupantes sin entrañar un peligro para los terceros y los que constituyen un peligro para éstos. Por tanto, un pronunciamiento a favor de los planes de seguro personal debe comportar al mismo tiempo no sólo un pronunciamiento acerca de las categorías que pueden controlarse mejor por medio del mercado, sino también acerca de cuáles pueden controlarse mejor mediante medidas colectivas. Es perfectamente plausible, pues, recurrir al control de mercado de aquellas subcategorías que no serían las más idóneas para someterse al mismo, si los controles colectivos

suplementarios que este sistema de mercado exige son mucho más efectivos, o mucho más deseables desde los presupuestos morales aceptados, que el control colectivo requerido por sistemas de control de mercado alternativos. En resumen, la elección entre un sistema de seguro personal de accidentes y un sistema de seguro de responsabilidad civil comporta una elección en base a las ventajas comparativas que entrañan controlar ciertas categorías de automovilistas por medio del mercado y controlar otras colectivamente. Y esto es una cuestión tanto política como empírica.

Sin embargo, existen muchos más aspectos implícitos. Por ejemplo, es posible que las categorías que resulten de un seguro personal sean mucho más amplias y, en consecuencia, comporten menos costes secundarios, que las categorías que establecería un seguro de responsabilidad civil. Si es así, los planes del género propuesto por KEETON-O'CONNELL quizá sean preferibles a los planes de seguro de responsabilidad civil, aun cuando los primeros sean incapaces de mostrar que conducirían a una remoción del coste primario de los accidentes mejor que la que se lograría mediante los planes de seguro de responsabilidad civil. (Pero también si la remoción del coste secundario que producen es suficientemente importante, pueden ser preferibles, a pesar de que la remoción del coste primario obtenida sea en realidad ligeramente inferior a la que producen estos últimos.) Análogamente, la eficiencia administrativa de un tipo de plan puede justificarse frente a los alternativos, cuando carecemos de la información suficiente acerca de las ventajas comparativas de sus competidores respecto a la remoción del coste primario o a la del secundario.

Podríamos continuar examinando cada plan, y sus alternativas correspondientes, con mucho más detalle, tal como se ha hecho con el sistema de responsabilidad por culpa, pero éste no es mi objetivo. El espacio dedicado a analizar las implicaciones que tendría un sistema de seguro personal en relación a las de un sistema de seguro de responsabilidad civil, no ha tenido otro propósito que el mostrar el género de cuestiones que hubiéramos debido examinar con más detalle, si el objeto de nuestro trabajo hubiese sido la elección entre planes como los descritos.

Algunas de estas cuestiones exigen respuestas políticas y, por tanto, carecen de fácil solución; pero tampoco las cuestiones empíricas relevantes en la elección de uno cualquiera de estos planes poseen una respuesta precisa. Sería, sin embargo, un grave error concluir —como parecen hacerlo BLUM

y KALVEN— creyendo que es imposible cambiar de sistema mientras carezcamos de respuestas definitivas. En primer lugar, porque si se formulan buenas preguntas es posible acertar buenas respuestas en aquellos ámbitos en donde los datos empíricos necesarios para una solución precisa no están a nuestro alcance. Y en segundo lugar, porque, tal como hemos señalado, el sistema de responsabilidad por culpa es tan deficiente que, incluso no pudiendo elegir con absoluta certeza entre sus posibles sustitutos, cualquier alternativa será seguramente mejor que la realidad actual. Mejor, claro está, con respecto a todos los fines de la responsabilidad civil salvo el que se refiere al mantenimiento del *statu quo*.

En estas circunstancias, el cambio es inevitable tanto si se hace de forma consciente como si no. Por eso es ilustrativo que los mismos BLUM y KALVEN terminen por defender un plan que es mucho más radical que la mayoría, en cuanto significa un proyección al exterior de algunas clases de costes de los accidentes. Y el *Defense Research Institute*, aunque no parezca proponer cambio alguno, está dando apoyo a ideas que tienden a conducir inevitablemente a un amplio sistema de seguridad social. Por tanto, la cuestión no es si cambiaremos o no el sistema. La cuestión es si ese cambio se producirá de forma consciente e inteligente, aventurando respuestas donde nos veamos obligados a ello, buscando respuestas precisas donde sea posible y adoptando decisiones políticas cuando éstas sean necesarias, o, por el contrario, ese cambio será el resultado de tener que someterse a la solución de quienes, reacios a todo cambio, proponen planes como aquellos que exigen una importancia creciente a las fuentes colaterales de indemnización de las víctimas, no porque su solución sea la mejor sino por ser la única practicable sin atacar abiertamente al sistema actual.

Existe, naturalmente, una tercera posibilidad consistente en cambiar conscientemente, conservando lo bastante del sistema actual para satisfacer a quienes viven a su costa o a quienes lamentarían su desaparición por razones estrictamente sentimentales. En este sentido es significativo que dos sistemas de responsabilidad civil, propuestos recientemente para reemplazar al sistema de la culpa en el área de los accidentes de tráfico —los proyectos de KEETON-O'CONNELL y de Alfred F. CONNARD—, hayan previsto conservar, marginalmente, este sistema. En ninguno de estos casos se cree que el sistema de responsabilidad por culpa vaya a jugar un papel fundamental. Al contrario, en ambos casos se considera como un apéndice que, se

confía, desaparecerá con el tiempo y que, a pesar de su coste, puede tolerarse en la medida en que no afecte significativamente a la asignación de los costes de los accidentes.

Desde mi punto de vista, mucho más significativo que la conservación de esa rama seca, que es el sistema de la culpa, es el hecho de que estas dos propuestas mencionadas adoptan posiciones diametralmente opuestas respecto a la importancia que debe tener el control de mercado del coste primario de los accidentes, frente a la remoción del coste secundario y terciario de los mismos.¹ En este sentido plantean, en su aceptación más general, alternativas reales que deben afrontar quienes se ocupan del problema de la responsabilidad civil. En realidad, una visión superficial de la mayoría de los sistemas propuestos para reformar el ámbito de la responsabilidad civil permite observar que en las décadas futuras no habrá una batalla abierta contra el sistema de la culpa, sino una guerra más silenciosa en la que se enfrentarán quienes defendiendo los diversos sistemas de la llamada «responsabilidad de la empresa», del seguro personal, o del seguro de responsabilidad civil, siempre desvinculados del criterio de la culpa, busquen dar una primacía a la remoción del coste primario de los accidentes y al control de mercado de los mismos, y quienes defendiendo una presencia cada vez mayor de sistemas de seguridad social financiados con los impuestos generales, pretendan dar primacía a la remoción del coste secundario, acompañada quizá de un cierto control colectivo del coste primario. El sistema de responsabilidad por culpa puede salir de esta guerra formalmente ileso. Pero debe estar claro ya desde ahora que la asignación fundamental de los costes de los siniestros no se realizará de acuerdo con este criterio. El cómo se realice esta asignación dependerá del punto de vista —la responsabilidad de la empresa o el seguro social— que prevalezca en cada ámbito determinado del Derecho de accidentes.

NOTAS DEL AUTOR

Capítulo 1

1. Este no es el lugar apropiado para establecer una bibliografía sobre el tema. Los escritos clásicos de Albert A. EHRENZWEIG, W. G. FRIEDMANN, Charles O. GORDON, Leon GREEN, Louis L. JAFFE, Fleming JAMES, Clarence MORRIS y William L. PROSSER, entre otros, que despertaron el interés por el asunto en los Estados Unidos, son de sobra conocidos y, en cualquier caso, se hallan consignados en la extensa bibliografía que proporcionan Charles O. GORDON y Harry KALVEN, Jr., *Cases and Materials on Torts*, Little, Brown, Boston, 1969, 2ª ed., pp. LIII-LXII.

Pero el interés por el tema no se circunscribe sólo a los Estados Unidos. Entre las obras más sugerentes publicadas en el extranjero destacan, en Inglaterra: H. L. A. HART y A. M. HONORE, *Causation in the Law*, Clarendon Press, Oxford, 1952; P. S. ATYIA, *Vicarious Liability in the Law of Torts*, Butterworths, London, 1967 (de este autor puede verse también *Accidents, Compensation and the Law*, Weidenfeld & Nicholson, London, 1970); John G. FLEMING, *An Introduction to the Law of Torts*, Clarendon Press, Oxford, 1967; Derek W. ELLIOTT y Harry STREET, *Road Accidents*, Allen Lane, Penguin Press, London, y Harry Francis: André TUNC, *La Sécurité Routière*, Librairie Dalloz, Paris, 1966. En Alemania: Elke von HIPPEN, *Schadensausgleich Bei Verkehrsunfällen*, Walter De Gruyter, Berlin, 1968, que desgraciadamente no he tenido ocasión de consultar con anterioridad a la preparación de este trabajo. En Italia: Stefano ROSSI, *Il Problema della Responsabilità Civile*, Giuffrè, Milano, 1964; Marco COMPTON, *Esposizioni al Pericolo e Responsabilità Civile*, Morano, Napoli, 1965, y especialmente Pietro TRIMARCHI, *Rischio e Responsabilità Oggettiva*, Giuffrè, Milano, 1961 y *Costi di danno*, Giuffrè, Milano, 1967, obras ambas muy notables y prácticamente desconocidas en los Estados Unidos, que al igual que al trabajo de COMPTON tampoco les presté atención hasta no haber acabado este libro. Los libros de TRIMARCHI contienen una aproximación al tema de los accidentes muy análoga a la que he desarrollado, independiente, en varios artículos, publicados contemporáneamente a aquellas obras. El tratamiento de TRIMARCHI de lo que yo llamo «método de la prevención general» o «método de la prevención de mercado» para el control de los accidentes, presenta diferencias muy destacables, tanto en el análisis como en las conclusiones, de las mías. Sin embargo, las similitudes son sorprendentes, si se tiene en cuenta, especialmente, el distinto entorno legal en el que ambas obras han sido concebidas.

Se deben mencionar también dos artículos escandinavos y dos ingleses: Jan HELLNER, «Tort Liability and Liability Insurance», *Scandinavian Studies in Law*, vol. 6, 1962, pp. 129 y ss.; Stig JØRGENSEN, «Towards Strict Liability in Torts», *Scandinavian Studies in Law*, vol. 7, 1963, pp. 25 y ss.; J. A. JALOWITZ, «Liability for Accidents», *Cambridge L. J.*, vol. 26, 1968, pp. 58 y ss.; y del mismo autor, «The Protection of the Consumer and Purchaser of Goods under English Law», *Mod. L. Rev.*, vol. 32, 1968, pp. 1 y ss. En Australia y en Canadá hay que destacar los escritos de Abraham HAZARI, *The Place of Negligence in The Law of Torts*, Law Book Co., Melbourne, 1962 (el mismo autor tiene una recensión muy interesante del libro de FLEMING en «Review of John G. Fleming, *An Introduction to the Law of Torts*», *Israeli Law Review*, vol. 6,

1971, pp. 135 y ss. [este trabajo aún no había sido publicado cuando se realizó la 1.ª ed. del presente libro; en el original figura la versión mecanografiada que podía hallarse en la Yale Law Library (N. del T.); Allen M. LIVEN, *The Report of the Osprey Hall Study on Compensation for Victims of Automobile Accidents*, Ryerson Press, Toronto, 1963; del mismo autor, *A Century of Tort Law in Canada: Whither Unusual Dangers, Products Liability and Automobile Accident Compensation?*, *Canadian Bar Review*, vol. 43, 1967, pp. 831 y ss.; y Paul C. WEILER, «Delineation, Enterprise Liability and Freedom of Speech», *U. Toronto L. J.*, vol. 17, 1967, pp. 278 y ss. Para una visión general puede consultarse el número monográfico de la *Rev. Int. Droit Comparé*, vol. 19, 1967, pp. 757 y ss., está dedicado a los recientes desarrollos jurídicos de la materia en diversos países. La introducción de André TUNC no sólo es interesante por sí misma, sino que contiene también una excelente revisión de la literatura especializada. Quizás el elenco bibliográfico internacional más actualizado, tanto en libros como en artículos, sea el contenido en la obra de von HIRSZ mencionada *supra* en esta nota, en pp. 125-156.

Tras la terminación de este libro, Roland McKean presentó, en una reunión del comité conjunto de la *American Economic Association* y de la *American Association of Law Schools*, celebrada el 18 de marzo de 1969, un trabajo, que todavía no ha sido publicado, bajo el título de «Products Liability: Trends and Implications» (este trabajo puede verse ahora, con el mismo título en *U. Chi. L. Rev.*, vol. 38, 1969, pp. 1 y ss. (N. del T.)). La estructura general de este ensayo es, en muchos aspectos, paralela a la empleada en diversas partes de este libro. Hay algunas diferencias en la terminología (vid. *infra* nota 1 del capítulo 7) y muchas más en las conclusiones. El tiempo que transcurre entre la redacción y la publicación de un trabajo tiene, a veces, estos inconvenientes; en este caso McKean y yo hemos tenido que investigar por separado, con lo cual no he podido beneficiarme de sus preciosas enseñanzas.

2. Vid. ALFRED F. CONARD, y otros, *Automobile Accident Costs and Payments: Studies in the Economics of Injury Reparation*, University of Michigan Press, Ann Arbor, 1964 (en adelante AACR), donde se realiza una evaluación del actual sistema estadounidense, conteniendo además trabajos muy estimables de HARRY STERN, JAN HELGREN, DANIEL DORIN y HERBERT BERNSTEIN que de modo sumario explican los sistemas de reparación de daños vigentes en Inglaterra, Suecia, Francia y Alemania Federal respectivamente.

3. Vid. WALTER J. BLUM y HARRY KALVEN, Jr., *Public Law Perspectives on a Private Law Problem: Auto Compensation Plans*, Little, Brown, Boston, 1963 (en adelante BLUM y KALVEN, *Public Law Perspectives*).

4. Vid., p. 4, «DRI Board Opposes All No-Fault Plans», *For the Defense*, vol. 9, diciembre 1968, pp. 73 y ss.; «Basic Protection-Diminished Justice at High Cost», *Auto Compensation Plans Change At Any Cost?* y «Alleged Savings Under Keeton Plan Disputed», *For the Defense*, vol. 8, diciembre 1967, pp. 73 y ss.

5. Vid., p. 4, «Empty Cabinet of Dr. Calabresi: Auto Accidents and General Deterrence», *U. Chi. L. Rev.*, vol. 34, 1967, pp. 239 y ss., esp. pp. 264-266 (en adelante BLUM y KALVEN, *The Empty Cabinet*).

6. Vid. FOWLER V. HARRIS y FLEMING JAMES, Jr., *The Law of Torts*, Little, Brown, Boston, 1956, vol. 2, pp. 759-763; cfr. CONARD, «The Economic Treatment of Automobile Injuries», *Mich. L. Rev.*, vol. 63, 1964, pp. 279 y ss., esp. pp. 289-291, 294-306 (en adelante CONARD, «Automobile Injuries»).

7. Cfr. HARRIS y JAMES, *The Law of Torts*, vol. 2, p. 760, n. 4.

8. Aquí, y a lo largo de este libro, el término «causa» se empleará de forma equivocada. No es mi intención considerar el significado, el que tiene alguno, que queremos referir cuando afirmamos que deter-

minada actividad es la «causa», en un cierto sentido metafísico, de un accidente concreto. En realidad, cuando identificamos un acto o una actividad como la «causa» de un siniestro, podemos estar poniendo de manifiesto un amplio conjunto de ideas diversas.

9. Vid., p. 4, Marc A. FRANKLIN, «Replacing the Negligence Lottery: Compensation and Selective Reimbursement», *U. Va. L. Rev.*, vol. 53, 1967, pp. 774 y ss., esp. pp. 795-812; vid. también CALABRESI, «The Decision for Accidents», pp. 139-142.

10. Vid., en general, ROBERT E. KEETON y JEFFREY O'CONNELL, *Basic Protection for the Traffic Victim*, Little, Brown, Boston, 1965 (en adelante KEETON-O'CONNELL). Un buen resumen de los diversos proyectos de esta clase, así como una nueva versión especialmente atractiva, puede consultarse en *Report of Special Committee to Study and Evaluate The Keeton-O'Connell Basic Protection Plan and Automobile Accident Reparations*, American Insurance Association, New York, 1968 (en adelante AIA Report). Este informe, que fue aprobado por el comité ejecutivo de la mencionada asociación, contiene también una síntesis de otros planes totalmente distintos y un estudio de los costes del seguro en cada uno de ellos.

11. Compárese KEETON-O'CONNELL, pp. 305-307, 310-311 y 358-362; la reciente propuesta, hecha pública por la *Insurance Company of North America* (vid. *AIA Report*, pp. 2-3); y el plan de la *American Insurance Association* (id., pp. 5-7).

12. Vid., p. 4, BLUM y KALVEN, «A Stopgap Plan for Compensating Auto Accident Victims», *Ins. L. J.*, agosto 1968, pp. 661 y ss. (en adelante BLUM y KALVEN, «Stopgap»).

13. Vid. BLUM y KALVEN, *Public Law Perspectives*, pp. 3-6.

14. Vid., p. 4, «A Program for Highway Accident Prevention», *For the Defense* (DRI Newsletter), vol. 9, noviembre 1968, pp. 65 y ss. Una definición de «torts» puede ser útil para el lector no familiarizado con la terminología jurídica. Pero desgraciadamente es imposible describir, adecuadamente, en un par de frases lo que este término significa. Las definiciones usuales aluden al *delictum civil* (*civil wrong*) o al fundamento civil de la acción de responsabilidad extracontractual (*civil cause of action to recover for injuries not arising out of a contractual relationship*). No obstante, estas referencias no son totalmente satisfactorias. El área que comprenden los *torts* abarca muchos casos de siniestro, pero es más amplia, ya que incluye muchos ilícitos intencionales (*intentional wrongs*) de los que se derivan daños, sin perjuicio de que puedan dar lugar a sanciones penales. Y aunque la culpa (*fault*) constituye una condición necesaria para la responsabilidad derivada de los *torts* (*tort liability*) en algunos casos, no sucede así en todos.

15. Vid., p. 4, «DRI Board Opposes All No-Fault Plans», *For the Defense*, vol. 9, diciembre 1968, pp. 73 y ss.; «Basic Protection-Diminished Justice at High Cost», *Auto Compensation Plans Change At Any Cost?* y «Alleged Savings Under Keeton Plan Disputed», *For the Defense*, vol. 8, diciembre 1967, pp. 73 y ss.

16. Vid., p. 4, «A Program for Highway Accident Prevention», *For the Defense*, vol. 9, noviembre 1968, pp. 65 y ss., esp. p. 68.

17. Vid., p. 4, «Defense Memo: The Case Against the Collateral Source Rule», *For the Defense*, vol. 8, octubre 1967, insertado entre las pp. 666; vid. también *AIA Report*, p. 4. Por fuentes colaterales se entienden todas aquellas indemnizaciones que recibe la víctima y que no proceden del ofensor. Son ejemplos significativos de éstas los pagos que puede recibir la víctima de un seguro de accidentes, de la Seguridad Social, de la *Blue Cross* o de los *employment wage maintenance plans*.

18. *AIA Report*, p. 4.

19. Vid. BLUM y KALVEN, *Public Law Perspectives*, pp. 81-85; y BLUM y KALVEN, «Stopgap».

20. BLUM y KALVEN, «Stopgap», pp. 663-668 (subrayando así en el original).

21. *Id.*, p. 668.
 22. Cfr. CALABRESI, «Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules - A Comments», *J. L. & Econ.*, vol. 11, 1968, pp. 67 y ss., esp. pp. 69-70 (en adelante CALABRESI, «Transaction Costs»).

23. Cfr. LEARNED HAND, «Have the Bench and Bar Anything to Contribute to the Teaching of Law?», *Mich. L. Rev.*, vol. 24, 1926, pp. 466 y siguientes.

24. En la misma conferencia donde McKean presentó su trabajo «Products Liability: Trends and Implications», otros cuatro juristas y economistas presentaron sendos trabajos sobre el escrito de McKean y sobre la teoría de la llamada «responsabilidad del fabricante» («products liability»). Me refiero a: James M. Buchanan, «In Defense of Cauter Emptor»; Guido Calabresi y Kenneth C. Bass, III, «Right Approach, Wrong Implications: A Critique of McKean on Products Liability»; Robert Dorfman, «Comments on Roland McKean, «Products Liability: Trends and Implications»»; y Grant Gilmore, «Products Liability: A Commentary». Estas comunicaciones y la discusión posterior se refirieron en general a los problemas teóricos y prácticos que se plantean en las secciones de este libro. El conjunto de estos trabajos se encuentra publicado bajo el título «Symposium, Products Liability: Economic Analysis and the Law», *U. Chi. L. Rev.*, vol. 38, 1970, pp. 2 y ss. En el original estos trabajos, que aún no habían sido publicados, se citaban en su versión mecanografiada.

Para una interesante valoración empírica de los cambios experimentados en el tratamiento jurídico de la responsabilidad del fabricante («products liability law»), vid. W. C. Whitford, «Strict Liability and the Automobile Industry: Much Ado About Nothing», *Wis. L. Rev.*, 1968, pp. 83 y ss.

25. Para una indicación de los detalles necesarios vid. W. C. Whitford, «Law and the Consumer Transaction: A Case Study of the Automobile Warranty», *Wis. L. Rev.*, 1968, pp. 1.006 y ss.

Capítulo 2

1. Para un examen más extenso de este aspecto vid. CALABRESI, «The Decision for Accidents», pp. 716-721. Al igual que en aquel artículo (vid. la nota 1), aquí los términos «coste», «más económico o barato» («cheaper»), «permitirse» («afford»), «socialmente más caro», no son todo lo precisos que exigiría un economista. Mi intención con ello es hacer que este libro sea inteligible para los que no están familiarizados con el lenguaje económico. Quizá se trate de un criterio equivocado, sin embargo creo que es esencial. Por otro lado no sería difícil traducir esos términos a sus equivalentes, más precisos, de la economía. No lo he hecho porque he pensado que complicaría la lectura de este libro. Algunas definiciones apropiadas pueden verse en CALABRESI, «Risk Distribution», pp. 503-504, notas 15, 18.

2. Vid., p. ej., A. C. Pigou, *The Economics of Welfare*, Mac-Millan, London, 1932, 4.ª ed. Existe una versión en castellano de la reimp. de 1938 de la 4.ª ed.: *La economía del bienestar*, Aguilar, Madrid, 1946, trad. F. Sánchez Ramos, con una introducción de M. Torres (N. del t.).

3. Aunque la teoría económica no proporciona respuestas absolutas al problema de la responsabilidad civil, puede ser un precioso instrumento para su análisis. Vid., p. ej., Kenneth J. Arrow, *Social Choice and Individual Values*, John Wiley & Sons, New York, 1963 [existe una versión en castellano: *Elección social y valores individuales*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1974, trad. E. Aparicio Añón, rev. F. Alvar Martín, con una introducción de A. Más-Collé (N. del t.)]. Entre los trabajos más recientes y significativos de los economistas, sobre el tema de los accidentes, pueden consultarse, sin perjuicio de los que se citan en otras partes de este libro, los siguientes: Gary Frémont, «Aviation Safety», *L. & Cont. Probs.*, vol. 31, 1968, pp. 500 y ss.; Simon

ROTTENBERG, «On Social Utility of Accidental Damage to Human Resources», *Federal Programs for the Development of Human Resources* (para ser submitido to the Subcommittee on Economic Progress of the Joint Economic Committee of the Congress of the United States, 90th Congress, 2nd Session), Gov. Printing Office, Washington, 1968, vol. 2, pp. 491 y ss.; T. C. SCHILLING, «The Life You Save May Be Your Own», *Problems in Public Expenditure Analysis*, The Brookings Institution, Washington, 1968 (edición preparada por S. B. Chase, Jr.), pp. 127 y ss.; Joseph J. Stiglitz, «The Economics of Safety», *L. & Cont. Probs.*, vol. 33, 1968, pp. 619 y ss.; William Vickrey, «Automobile Accidents, Tort Law, Externalities, and Insurance: An Economist's Critique», *L. & Cont. Probs.*, vol. 33, 1968, pp. 464 y ss.; Oliver E. Williamson, Douglas G. Olson y August Ralston, «Externalities, Insurance, and Disability Analysis», *Economica*, vol. 34, 1967, pp. 235 y ss.

4. Roger C. Cranton, inspirándose en la noción de «prevención general» empleada por Cranton en relación a los efectos preventivos de las penas, ha usado los términos «prevención general» y «prevención específica» para significar, respectivamente, la influencia de las consecuencias con las que se amenaza a la población general a la que va dirigida la prescripción legal, y el efecto de la pena sobre la persona que la padece. Vid. Cranton, «Driver Behavior and Legal Sanctions», *Driver Behavior-Cause and Effect*, Proceedings of the Second Annual Traffic Safety Research Symposium of the Automobile Insurance Industry, 1968, pp. 181 y ss., esp. pp. 183-189. En general puede consultarse Johannes Andenæs, «The General Preventive Effects of Punishments», *U. Pa. L. Rev.*, vol. 114, 1966, pp. 949 y ss., esp. 949-954; del mismo autor, «General Prevention-Illusion or Reality?», *J. Crim. L., C., & P. S.*, vol. 43, 1952, pp. 176 y ss., esp. 179-181. Según mi terminología, el significado atribuido por Cranton a la expresión «prevención general» describiría un tipo de lo que aquí llamo «prevención específica».

5. Sin embargo, la imputación que se realice está limitada por la medida en que las víctimas potenciales de un siniestro teman sufrir daños morales, con independencia de que sean resarcidos o no; esto es: en la medida en que su elección acerca de los actos o actividades a desarrollar está influida por nuestra decisión de resarcirlos por los eventuales daños.

Capítulo 3

1. Aunque la justicia (o la equidad) se considere como una función que debe desarrollar todo sistema de responsabilidad civil, es evidente que en este libro no se tratará de una función de la misma naturaleza que la reducción del coste, sino de una especie de veto o límite de lo que puede hacerse para lograr la reducción del coste. En este sentido la justicia aparecerá como una especie de prueba final que deberá superar todo sistema de responsabilidad civil. En esta prueba (*test*) se exigirá que el sistema en cuestión sea capaz de cumplir adecuadamente todas aquellas funciones que no pueden reconducirse bajo la función de la reducción del coste. Por este motivo he creído conveniente plantear el tratamiento de ciertas funciones, tales como la de producir alteraciones inoportunas en la distribución de la renta, y que muchos economistas alzarían bajo la noción de «justicia», en el ámbito de la reducción del coste. Vid. *infra* notas 4, 6. Compárese con McKean, «Products Liability: Trends and Implications».

2. Vid. Edmond M. Cairns, *The Sense of Justice*, Indiana University Press, Bloomington, 1964.

3. Algunas consideraciones acerca de esta paradoja aparente en Calabresi, «Reflections on Medical Experimentation in Humans», *Daedalus* (*J. Am. Ac. Arts & Sci.*), primavera de 1968, pp. 387 y ss.

4. Vid. *supra* nota 4, capítulo 2. Muchos economistas no compartían el criterio de incluir los descuentos colectivos en la decisión de evitar

el coste primario, como elementos componentes de la reducción del coste, ya que la consideración de los deseos colectivos implica, casi inevitablemente, la comparación de las respectivas utilidades individuales. Esto hace que el análisis económico tradicional se complique. En consecuencia, los economistas suelen tratar dichos deseos al tratar la cuestión de la justicia. *Vid. McKEAN, «Products Liability: Trends and Implications»*. En cambio, yo prefiero tratar esos elementos en el ámbito de la reducción del coste por razones puramente prácticas. Las elecciones que requiere el establecimiento de valoraciones colectivas son, desde el punto de vista analítico, similares a las que realizan los individuos en el mercado. Por otro lado son muy distintas de aquellas limitaciones más generales impuestas por la necesidad de que cualquier sistema de responsabilidad civil sea justo (o equitativo). *Vid. supra* nota 1, *infra* nota 6. *Vid. también CALABRESI y BASS, «Right Approach, Wrong Implications: A Critique of McKean on Products Liability»*.

3. *Vid. en relación a este AACPP*, pp. 124 y ss.; CONARD, «Automobile Injuries», pp. 224-225; CLARENCE MORRIS y JAMES C. N. PAUL, «The Financial Impact of Automobile Accidents», *U. Pa. L. Rev.*, vol. 110, 1962, pp. 913 y ss., esp. p. 918 (en adelante MORRIS y PAUL, «Financial Impact»). CONARD divide los costes posteriores a un accidente en costes de rehabilitación, subsistencia y mantenimiento. Los primeros se refieren al tratamiento médico propiamente tal, los segundos comprenden, simplemente, la provisión de los medios de vida necesarios para quienes se les habrá hecho imposible obtenerlos por sí mismos; y los terceros significan los costes de mantenimiento del nivel de renta básico de dichos individuos, por encima del puro nivel de subsistencia. Es obvio que se trata de costes muy sustanciales.

6. Los economistas, a diferencia de los juristas, tienden a considerar el tratamiento de la reducción del coste secundario bajo la rúbrica de la justicia. *Vid. McKEAN, «Products Liability: Trends and Implications»*. La razón es la misma que conducía al tratamiento de los deseos colectivos bajo esa rúbrica: la reducción de los costes secundarios comporta, normalmente, la comparación de las respectivas utilidades individuales y, por ello, no es fácil alinearlos con el análisis tradicional de la eficiencia económica. Aquí lo tratamos en el ámbito de la reducción del coste, porque lo que puede decirse acerca de la reducción del coste secundario es mucho más concreto que lo que podría decirse acerca del conjunto de fines que se reconducen al punto de la justicia. Ello nos permitirá poder transigir entre el fraccionamiento de los daños y nos permitirá poder transigir entre la imposibilidad de tenerlos como la eficiencia económica, mientras que sería imposible si tuviéramos que hacerlo entre la justicia y la eficiencia. *Vid. CALABRESI y BASS, «Right Approach, Wrong Implications: A Critique of McKean on Products Liability»*. Este tratamiento de los costes secundarios deriva del hecho de considerar la justicia como un límite que afecta a toda una retahíla de fines, en vez de considerarla como una función concurrente con la reducción del coste, dado que ese hecho me obliga a realizar un tratamiento separado para cada uno de los fines más significativos, entre los cuales podemos transigir. *Vid. notas 1, 4 y 5.*

9. Comparar, por ejemplo, MORRIS y PAUL, «Financial Impact», p. 913; AACPP y Jeffrey O'CONNELL, «Taming the Automobiles», *Nw. U. L. Rev.*, vol. 58, 1963, pp. 299 y ss.

8. Comparar *supra* notas 1, 4 y 5. El sistema fiscal se emplea, desde hace mucho tiempo, como un complemento de las Leyes penales, tal como podría estimular a los culpables. Aunque sea discutible la legitimidad de tales medidas cuando se desvían de su función recaudatoria para convertirse en sanciones penales, la eficacia de las mismas está fuera de toda duda.

10. Para una discusión ulterior *vid. CALABRESI, «Risk Distribution»* p. 516 y los trabajos allí citados.

11. *Id.*, pp. 507-514 y 528.

12. *Vid.*, en cambio, los debates de la Convención de Varsovia just

ificando el criterio opuesto en base a la idea según la cual las compañías aéreas recientes no deberían ser responsables ante las víctimas de un siniestro aéreo por encima de unos máximos indemnizatorios, con el fin de proteger y potenciar la industria, *vid. New York Times*, del 24 de octubre de 1965, sección 4, p. 7, col. 2. Se sostiene todavía que algunas compañías aéreas de países en desarrollo, o de otras partes, no podrían soportar las eventuales condenas por daños y, en consecuencia, es preciso continuar esa subvención encubierta con el fin de preservar las ventajas del servicio aéreo. [Puede consultarse alguno de estos extremos en la monografía de Enrique MARTÍLLI, *El contrato de transporte aéreo internacional*, Tecnos, Madrid, 1968, esp. pp. 202-222 (N. del t.).]

13. Cfr. Paul A. SAMUELSON, *Foundations of Economic Analysis*, Harvard University Press, Cambridge, 1953, cap. 8, esp. p. 216 (existe una versión en castellano: *Fundamentos del análisis económico*, Edit. «El Ateneo», Buenos Aires, 1981, 4.ª ed., trad. V. Bacio, rev. J. Barral Soler, cap. 8, p. 220 (N. del t.)).

Segunda parte (Introducción)

1. Uno de los mayores defectos de los análisis recientes ha sido la tendencia a rechazar todo proyecto que no fuese capaz de lograr, perfectamente, ningún objetivo, a pesar de que muchos de ellos eran capaces de lograr, de una forma más aceptable que la que permite el sistema actual, una combinación de diversos objetivos. *Vid. CALABRESI, «Fault, Accidents and the Wonderful World of Blum and Kalven»*, *Yale L. J.*, vol. 75, 1965, pp. 216 y ss., esp. 221 (en adelante CALABRESI, «The Wonderful World»).

Capítulo 4

1. No se trata, obviamente, de una afirmación original. *Vid.*, p. ej., L. W. FEEZER, «Capacity to Bear Loss as a Factor in the Decision of Certain Types of Tort Cases», *U. Pa. L. Rev.*, vol. 78, 1930, pp. 805 y ss., esp. pp. 809-810.

2. *Vid.*, en general MILTON FRIEDMAN y L. J. SAVAGE, «The Utility Analysis of Choices Involving Risk», *J. Pol. Econ.*, vol. 56, 1948, pp. 279 y ss. Mucho antes incluso del trabajo de FRIEDMAN y SAVAGE la noción de utilidad marginal decreciente del dinero ya había caído en desgracia entre los economistas. *Vid. ibid.*, y BLUM y KALVEN, «The Uneasy Case for Progressive Taxation», *U. Chi. L. Rev.*, vol. 49, 1981, p. 417 y ss., esp. pp. 435-479 [de este último trabajo existe una versión en castellano: *El impuesto progresivo: un tema difícil*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1972, trad. a cargo de Carlos Fernández de la Torre (N. del t.)].

3. La idea de que los efectos sociales secundarios son más significativos cuando las pérdidas se concentran en un solo individuo, también puede encontrar apoyo en el principio según el cual los deseos de cada individuo dependen, de forma notable, de los deseos de los demás. En consecuencia, C. J. TANEY puede pensar que su pérdida es menor si sus vecinos, C. J. DORRSHERRY y C. J. CHASE, padecen una similar. *Vid.*, en general, JAMES S. DUESSENBERY, *Income, Saving and the Theory of Consumer Behavior*, Harvard University Press, Cambridge, 1959 [existe una versión en castellano: *La renta, el ahorro y la teoría del comportamiento de los consumidores*, Alianza Editorial, Madrid, 1967, trad. J. Cerrón Ayuso, rev. J. Vergara (N. del t.)].

4. *Vid.*, p. ej., BLUM y KALVEN, «Public Law Perspectives», pp. 53-56.

5. Para una interesante discusión acerca del papel que deben jugar las reparaciones de tipo económico en un sistema de responsabilidad

civil vid. CONARD, «Automobile Injuries», pp. 279, 294 y ss., esp. 301, 304-305 y nota 94. Vid. también supra nota 5, cap. 3, y los trabajos citados allí.

6. Vid. MORRIS y PAUL, «Financial Impact», pp. 913 y 918-926, para un estudio acerca de la medida en que el sistema vigente de responsabilidad civil deja sin resarcir a las víctimas en sentido estrictamente económico. Cfr. CONARD, «Automobile Injuries», pp. 294 y ss., y AACP, página 124.

7. El sistema vigente consiente un crédito de esta clase, aunque limitado, gracias al sistema de los honorarios condicionales (*contingent fee*). Con este sistema se permite que las víctimas puegan gozar de los servicios profesionales de los letrados sin tener que realizar desembolsos por adelantado. Pero lo que sigue siendo cierto es que ese crédito no sirve para satisfacer las que suelen ser las necesidades más urgentes en estos casos, a saber: el tratamiento médico y lo mínimo requerido para subsistir. Cfr. infra nota 23, cap. 9.

8. Vid., p. ej., CONARD, «Automobile Injuries», pp. 295-298.

9. Este sistema de seguro social puede ser objeto de las más respetables críticas políticas, a pesar de que se admita que la reparación del daño sea el objetivo principal y a pesar de que el seguro social sea el medio más económico de lograrlo.

10. Digo «la mayoría» de las enfermedades porque existen algunas, que a menudo se denominan «profesionales», cuyo tratamiento puede ser análogo al de los accidentes, porque se ha demostrado que puede reducirse su incidencia del mismo modo que pueden reducirse los costes de los siniestros. De inmediato acude a la mente la relación que existe entre el polvo del carbón y las enfermedades del aparato respiratorio que pueden sufrir los mineros, o aquella entre el consumo de cigarrillos y el cáncer. Incluso en otras enfermedades la reducción del coste primario puede desempeñar un papel importante. Por ejemplo, podría elaborarse toda una teoría de la remoción del coste primario en términos de la creación de incentivos al descubrimiento de nuevas terapias. Sin embargo no es frecuente creer que una imputación distinta de la mayoría de los costes de las enfermedades constituya un estímulo para la reducción de su número y gravedad.

11. Vid. BLUM y KALVEN, *Public Law Perspectives*, p. 83; y BLUM y KALVEN, «The Empty Cabinet», pp. 271-272.

12. Que esto es así lo prueba el hecho de que, en el sistema actual, el rico recibe una compensación mayor que el pobre (vid. supra, nota 5, cap. 4, y el texto correspondiente). En definitiva pensamos que procediendo de este modo se reducen al mínimo las eventuales pérdidas; esto es: procurando modificar en lo mínimo posible el *status* económico de un sujeto, disminuyendo el probable perjuicio social. BLUM y KALVEN analizan este aspecto resultante de la pobreza en la indemnización en *Public Law and Perspectives*, p. 38; vid. también MORRIS y PAUL, «Financial Impact».

13. CONARD, «Automobile Injuries», p. 302, menciona un par de problemas que entraña la iniciativa individual en este ámbito. Es obvio el problema cuando el suficiente fraccionamiento de los costes de los siniestros implica una cierta redistribución permanente de la renta, y que en este caso siempre será necesario recurrir a la coerción para lograr nuestro objetivo.

14. AACP, pp. 52-53, proporciona las cifras que representaron el gasto que supuso la transferencia de las pérdidas mediante los mayores sistemas de resarcimiento en 1960. Conviene destacar que los autores del estudio fueron incapaces de valorar los gastos de siniestros del seguro privado, de seguridad social y de los programas de bienestar social. Sin embargo sin entrar que un 25% del total de los pagos efectuados a las víctimas de los accidentes de tráfico estuvo constituido por gastos de siniestros en sentido estricto y principalmente por los honorarios de los letrados.

15. Vid. supra, nota 8, cap. 1, sobre el uso del término «causa».

16. Vid. FRANKLIN, «Replacing the Negligence Lottery: Compensation and Selective Reimbursement».

17. Esta diferenciación podría comportar una reducción global de los costes de los accidentes.

18. El seguro de vida es el mejor ejemplo de clasificación realizada según ese factor temporal, pues la única cuestión relevante, desde el punto de vista del asegurador, es si el fallecimiento del asegurado se producirá más pronto o más tarde.

19. Otra cosa sería un sistema de subvenciones generales, no designadas, específicamente, a cubrir los gastos del seguro, ni de los accidentes, cuyos beneficiarios podrían emplear para asegurarse si lo desearan. La consideración anterior exige un sistema de subvenciones dispuesto para la imputación de las pérdidas a una parte determinada o, por lo menos, con la idea de que por probabilidad estadística se llegue a tal imputación.

20. Vid. en general infra, pp. 70-79.

21. Vid. BLUM y KALVEN, *Public Law Perspectives*, pp. 56-57. Sin embargo su análisis plantea problemas relativos a la proyección exterior de los costes. Vid. CALABRESI, «The Wonderful World», pp. 234-235.

22. Vid. infra, pp. 172-182.

23. Vid., en general, CALABRESI, «Risk Distribution», esp. pp. 519-527.

24. En términos estrictamente económicos podemos considerar esta falta de conocimiento adecuado del riesgo como un elevado coste de información.

25. Así en AACP, p. 128: «la amenaza de verse despojado de la riqueza por la acción de la justicia parece mucho más convincente que la amenaza de verse privado de ella a causa del no resarcimiento de los daños sufridos en un accidente».

26. Algunas veces esta incapacidad psicológica para percibir racionalmente la eventualidad de la propia muerte o de una catástrofe conduce a una sobervaloración del riesgo. No hay duda de que la gente considera que los aviones son mucho más peligrosos de lo que son en realidad. Sin embargo, quienes suelen tener tal miedo no les significa, normalmente, ningún problema grave el tener que renunciar al avión. En cambio, quienes están obligados a utilizar el transporte aéreo con frecuencia, porque el no hacerlo les supone un gran inconveniente, no consideran que se estén exponiendo a un riesgo mayor que al que cualquiera de nosotros se expone al circular en automóvil.

27. De inmediato acuden a la mente otros ejemplos de restricciones autoimpuestas en el fin de eludir la tentación de una ventaja inmediata, en favor del beneficio a largo plazo. Quizás el caso más significativo sea el del *Bill of Rights*, que pone de manifiesto la determinación social de no sucumbir a ciertas tentaciones momentáneas. Incluso si están respaldadas por una amplia mayoría, porque se considera que a largo plazo son repudiables.

28. El *judgement-proof* es aquel individuo que carece del dinero suficiente para reparar los daños que produce o cuyo patrimonio resulta inembargable debido a los efectos del sistema concursal.

29. Queda la posibilidad —aunque sólo sea teórica— de que quienes terminan por pagar contraten con el automovilista, que se halla en la situación de *judgement-proof*, para que se asegure. Sin embargo, esto tampoco conduciría al fraccionamiento de las pérdidas óptimo, porque que siempre acarrearía costes de transacción inútiles. Vid. CALABRESI, «Transition Costs». Y en la medida en que los costes que entraña obligar al automovilista en situación de *judgement-proof* a asegurarse sean menores que esos costes de transacción, optaremos probablemente por la coerción.

30. De forma análoga, una parte de la explicación de los programas dirigidos a la protección pública de la vivienda descansa en el hecho de que la sociedad no está dispuesta a tolerar los costes secundarios que se derivarían de una vivienda que fueran inadecuadas. Sin embargo, a diferencia del seguro obligatorio, esos programas se financian con los

impuestos generales, de tal modo que a la remoción del coste secundario se le añaden ciertos efectos redistributivos. Lo que no se gana en eliminación del coste primario se entiende perfectamente compensado por las ventajas redistributivas que se obtienen.

31. Se trata, obviamente, de lo mismo que aquí denominamos «prevención general».

32. Se considera, normalmente, que las invalideces permanentes y los daños morales no se pueden reparar con dinero. Es difícil imaginar que vaya a producirse un cambio de ideas significativo en este ámbito. *Vid. infra*, páginas 221-230, sobre los daños morales en general. No obstante, si la medicina llegara a perfeccionar la técnica de los trasplantes de órganos y miembros del cuerpo humano hasta el punto de que éstos llegarán a ser totalmente intercambiables, se daría una situación en la cual todos los costes, salvo aquellos que atañen a los daños morales, serían fraccionables.

33. *Vid. infra*, p. 122-124.

34. *Vid. infra*, p. 118-124.

Capítulo 5

1. Podríamos denominar «actividades más seguras» a aquellas formas más seguras de desarrollar una cierta actividad. Sin embargo, prefiero mantener la distinción porque creo que una separación entre ambas expresiones, aunque sea imprecisa, puede ser útil. Para una discusión del punto, *vid. infra*, p. 86-88.

2. No obstante, si los costes de las demás actividades no se reflejan en sus respectivos precios, la suma de las elecciones individuales no es, necesariamente, la mejor combinación posible. Por eso, si la industria del petróleo gozara de subvención estatal, se produciría un desarrollo excesivo de la actividad de conducir vehículos a motor, en relación a la actividad de caminar, a pesar de que estas dos actividades asumen la parte correspondiente de los costes de los siniestros. Algunos economistas objetarían incluso que si un coste no se refleja adecuadamente, es muy probable que el reflejarse los demás costes empuje, en términos de la correcta asignación de recursos, el resultado conjunto.

3. Un buen ejemplo de ello puede encontrarse en el Estado de Nueva York, donde el establecimiento del seguro obligatorio (*cf. Motor Vehicle Financial Security Act, New York Vehicle and Traffic Law, secciones 310 y ss.*) ha significado la contracción del mercado de esos vehículos que constituyen auténticas antigüallas.

4. «Poderse permitir» no es una expresión adecuada desde el punto de vista económico, aunque es la que usáramos normalmente. Técnicamente la cuestión no reside en si esos jóvenes, o sus padres, tienen o pueden conseguir el dinero necesario para el seguro, sino en si creen que vale la pena o no comprar un coche y no emplear ese dinero en cualquier otra cosa. «Otra cosa» incluye, naturalmente, el ocio que «recuperarían» los jóvenes al no tener que trabajar para ganar el dinero necesario.

5. Esto presupone, naturalmente, el conocimiento preciso de los costes. La suma de 20.000 ptas. puede interpretarse como el coste del seguro que cubre los daños causados por la circulación de Taney, con independencia de quien las pague.

6. El coste de los frenos debe reducirse en función de la duración efectiva de los mismos, con el fin de obtener la cifra del coste anual.

7. Es obvio que las 3.000 ptas. del coste de los frenos no significa un coste de los accidentes, sino un coste de evitar los accidentes. No obstante, en términos de la remoción del coste primario de los siniestros, ambas nociones son equivalentes.

8. Es posible que incluso en ausencia de prevención general, un

inventor trate de desarrollar un modelo de frenos seguros con la esperanza de que el gobierno termine por establecer su obligatoriedad. No obstante, en este caso al riesgo de que la invención sea un fracaso habrá que añadir el riesgo de que no se adopte tal decisión colectiva. También puede suceder que, a la inversa, la administración trate de desarrollar esos frenos, pero en este otro caso la cuestión que se plantea es la de saber si la iniciativa pública puede o debe reemplazar a la iniciativa particular en la determinación de aquello que vale la pena inventar.

9. *Vid. en general el brillante tratamiento de este problema en SAMUELSON, Foundations of Economic Analysis*, cit., pp. 209-228, 249-253 [*Fundamentos del análisis económico*, pp. 209-233, 252-261 (N. del t.)].

10. *Cfr. CATARRELL, «Transaction Costs»*, esp. p. 69.

11. Esto es, esencialmente, la confirmación de que el fraccionamiento del coste o la remoción del coste secundario constituye un límite a la búsqueda de la remoción del coste primario. El reconocimiento de este hecho nos ha de servir para evitar todo intento de agravar una deficiente distribución de la renta, que podría tener trágicos efectos nocivos.

12. Esto significa, simplemente, que existen situaciones en las que, debido a la preeminencia de un objetivo como el pleno empleo, se termina por no gravar una cierta actividad con un coste que le sería perfectamente imputable, quizá porque éste sea el camino más fácil, políticamente, de lograr dicho objetivo. Por ejemplo, si se considera que es esencial para el pleno empleo la construcción de viviendas para los pobres, pero, por motivos políticos, no es posible subvencionarlas abiertamente, entonces de modo inconsciente o deliberado se puede liberar la construcción de viviendas de los costes totales de los accidentes. Esta necesidad política pone de manifiesto una falta de acuerdo con respecto al conjunto de nuestros objetivos, lo cual no es extraño que se produzca.

13. Los economistas reconocerán inmediatamente que el uso del término «coste» no es aquí riguroso. Así, pues, si estamos comparando productos que se venden en condiciones de competencia perfecta, con los que se venden en condiciones de monopolio, lo expresado en el texto sólo puede ser cierto en términos de costes contables. Pero si lo dicho se interpreta como si estuviera aludiendo a la comparación entre productos que se venden en condiciones de competencia perfecta y productos que se venden en condiciones de competencia monopolística, entonces sólo es cierto en el sentido de que los precios no reflejan adecuadamente los costes óptimos que se obtendrían en condiciones de competencia perfecta. *Vid. en general* GEORGE J. STIGLER, *The Theory of Price*, McGraw-Hill, New York, 1957, 3ª edición, una versión en castellano: *La teoría de los precios*, Editorial Revista y Derecho Privado, 1968, trad. Julio SEGURA SÁNCHEZ, rev. y prólogo Juan HORIALA ARAU (N. del t.).

14. Afirmar que existirá una demanda menor no es, técnicamente, más preciso que afirmar que existirá una oferta menor. En el ámbito de la industria relativamente monopolística los productores maximizan sus beneficios a base de vender a precios más elevados que a los que lo harían en condiciones de competencia perfecta. Y así sucede, a pesar de que vendiendo a esos precios, vendan menos bienes y produzca menos que lo que vendería y produciría en condiciones distintas. El que esto signifique una menor oferta o una menor demanda es una cuestión carente de sentido. *Cfr. Alfred MARSHALL, Principles of Economics*, Macmillan, New York, 1920, 8ª ed., pp. 348-350 (existe una versión en castellano: *Principios de Economía*, Ed. Aguilar, Madrid, 1948, trad. Emilio de Figueroa, introducción Miguel Torres, pp. 358-390 (N. del t.)).

15. *Vid., p. ej.,* NANCY RIGGLES, «Recent Developments in the Theory of Marginal Cost Pricing», *Rev. Econ. Stud.*, vol. 17, 1949, p. 107 y ss., esp. 110-114; I. M. D. LITTLE, *A Critique of Welfare Economics*, Clarendon Press, Oxford, 1957, 2ª ed., pp. 129-165 y 294-300.

16. *Vid. infra*, pp. 98-100.

17. En el ámbito de las industrias competitivas, que experimentan rápidos cambios de tecnología, es posible que durante un período de tiempo determinado los precios de los bienes no reflejen sus costes verdaderos. Sin embargo, también parece posible sostener que a largo plazo, los daños que se producirían serían mayores si tratáramos de corregir estas imperfecciones temporales recurriendo a ajustes en el campo de la responsabilidad civil, en vez de tratar a estas industrias del mismo modo que a las restantes competitivas.

18. Para nuestro propósito ilustrativo de lo mismo que el coste de los accidentes, que conlleva la fabricación de un producto, resulte de las lesiones que sufrían los trabajadores empleados en esa industria, de los daños que puedan causarse a los consumidores de ese producto o de ambas cosas a la vez.

19. *Vid.*, p. ej., G. WARREN NUTTER, «The Extent and Growth of Enterprise Monopoly», *Economic Policy*, Richard D. Irwin Inc., Homewood, Ill., 1953 (edición preparada por William D. Gramer y Emanuel T. Weiler), pp. 141-146.

20. *Vid. CALABRESI*, «Risk Distribution», pp. 503-512.

21. El origen de la polémica hay que situarlo en R. G. LIPSEY y Kelvin LANCASTER, «The General Theory of Second Bests», *Rev. Econ. Stud.*, vol. 24, 1956, pp. 11 y ss. Entre los trabajos recientes hay que citar: P. BOHLM, «On The Theory of "Second Bests"», *Rev. Econ. Stud.*, vol. 34, 1967, pp. 315 y ss.; Takashi NISHIMIZU, «The Perceived Demand Curve in the Theory of Second Bests», *Rev. Econ. Stud.*, vol. 34, 1967, pp. 315 y ss.; M. McMANUS, «Private and Social Costs in the Theory of Second Bests», *Rev. Econ. Stud.*, vol. 34, 1967, pp. 317 y ss.; O. A. DAVIS y A. B. WHINSTON, «Piecemeal Policy in the Theory of Second Bests», *Rev. Econ. Stud.*, vol. 34, 1967, pp. 323 y ss.; DAVIS y WHINSTON, «Welfare Economics and the Theory of Second Bests», *Rev. Econ. Stud.*, vol. 32, 1965, pp. 1 y ss.; Albert FISHLOW y Paul A. DAVIS, «Optimal Resource Allocation in an Imperfect Market Setting», *Journal of Pol. Econ.*, vol. 69, 1961, pp. 529 y ss.; LIPSEY y LANCASTER, «McManus on Second Bests», *Rev. Econ. Stud.*, vol. 26, 1958/1959, pp. 225 y ss.; McMANUS, «Comments on the General Theory of Second Bests», *Rev. Econ. Stud.*, vol. 26, 1958/1959, pp. 209 y ss. Para las primeras aproximaciones a este problema puede consultarse: SAMUELSON, *Foundations of Economic Analysis*, pp. 252-253 («Fundamentos del análisis económico», pp. 260-261 (N. del t.) y J. M. CLARK, «Toward a Concept of Workable Competition», *Am. Econ. Rev.*, vol. 30, 1940, pp. 241 y ss.

22. Compárese, p. ej., LIPSEY y LANCASTER, «The General Theory of Second Bests», pp. 11-13 y 17-18, con DAVIS y WHINSTON, «Welfare Economics and the Theory of Second Bests», pp. 1, 12; DAVIS y WHINSTON, «Piecemeal Policy in the Theory of Second Bests», pp. 323-326, 330-331; y FISHLOW y DAVIS, «Optimal Resource Allocation in an Imperfect Market Setting», pp. 529-530, 542-544.

23. *Vid. infra*, pp. 148-149, las consideraciones al respecto.

24. Existen muchas situaciones contractuales que nada tienen que ver con la relación laboral; quizá la más importante de todas ellas sea la compraventa de bienes de consumo. Al comprar un taladro eléctrico, o un automóvil, el consumidor no tiene en cuenta todos aquellos factores que un analista desinteresado consideraría relevantes, ni tampoco está, normalmente, a su alcance toda la información que sería precisa.

25. El *eminent domain* es el derecho del Estado a privar de la propiedad a los particulares por causa de utilidad pública y mediante indemnización. En algunos casos el Estado ha concedido el ejercicio de este derecho a sujetos privados (p. ej., a las compañías ferroviarias durante el siglo XIX); no obstante, siempre ha sido posible demostrar la utilidad pública. [La existencia de esos casos particulares de concesión del derecho bastará para ver las diferencias con el significado que tiene en nuestro ámbito jurídico la noción de expropiación forzosa; pero como en el texto estas particularidades no alteran el sentido general del ar-

gumento, podemos traducir «*eminent domain*» por «expropiación forzosa» (N. del t.).]

Capítulo 6

1. Un magnífico análisis económico de los fundamentos de la prevención específica en Lester B. LAVE, «Safety in Transportation: The Role of Government», *L. & Cont. Probs.*, vol. 33, 1968, pp. 512 y ss.

2. Pude haber la posibilidad de establecer diferencias en cuanto al grado del carácter colectivo que esta valoración haya de tener.

3. *Vid. CALABRESI*, «Transaction Costs».

4. Tales sobrevaloraciones e infravaloraciones no se producirían en un sistema de prevención específica absoluta, puesto que en tal caso sólo se establecería la prohibición de la actividad inconveniente, y quizá la adscripción de la gente a aquellas actividades que se considerarían socialmente oportunas. En el texto, en cambio, nos veremos a una situación en donde la prevención específica no llega a ser absoluta.

5. Incluso tratándose del mismo riesgo, antes de proceder a una decisión de prevención general adecuada sería preciso evaluar correctamente el riesgo del incremento de la prima en el preciso instante de decidir saltarse el semáforo; lo cual es bastante improbable que se produzca.

6. Sobre la forma de adoptar esta decisión *vid. infra*, pp. 141-142.

7. *Vid. CALABRESI*, «Does The Fault System Optimally Control Primary Accident Costs?», *L. & Cont. Probs.*, vol. 33, 1968, pp. 429, 460 y nota 44 (en adelante CALABRESI, «The Fault System»), y CALABRESI, «Views and Overviews», *U. Ill. L. F.*, 1967, pp. 600, 606, nota 4 (en adelante CALABRESI, «Views and Overviews»).

8. *Vid. CALABRESI*, «Transaction Costs», pp. 71-72.

9. El objetivo de la prevención específica absoluta excluiría el uso de cualquier tipo de presión, dirigido a lograr la observancia de la decisión adoptada, que permitiera a la gente elegir entre cumplir lo establecido o sufrir la sanción. Obviamente las presiones de tipo financiero serían inadecuadas, pero no existe ningún tipo de presión que sea totalmente adecuada.

10. El modo de selección de las personas que pueden tener acceso a un tratamiento médico, que todavía no se halla al alcance de todo el mundo (p. ej. el riñón artificial o los trasplantes de corazón), proporciona un buen ejemplo de los distintos criterios empleados en los diversos hospitales para afrontar un mismo problema.

11. Por ejemplo, puede establecerse que el acceso a la pista de hielo municipal es libre, considerando, no obstante, que la capacidad máxima es de cien personas. El criterio a seguir puede ser el siguiente: admitir a los primeros cien patinadores que lleguen, y obligar a que los demás esperen, por orden de llegada, a que los primeros patinadores vayan abandonando la pista. De este modo se logra establecer una carga: se excluye a quienes ni están dispuestos a hacer cola, ni tampoco lo están a llegar pronto para evitarse; a medida que aumenta el tiempo de espera más gente queda excluida; e incluso es posible que para muchos la espera resulte inútil. Así, pues, se habrá logrado el doble objetivo perseguido: la seguridad en la pista y el no recurrir a cargas dinerarias.

Algo análogo se establece en tiempo de guerra, cuando es preciso acudir al racionamiento. Al margen del mercado negro, el dinero no permite que quien desea un cierto bien pueda adquirirlo sin contar con la tarjeta o los bonos necesarios para ello. La distribución de los cupones de racionamiento sustituye a la distribución normal de la renta.

12. Salvo, obviamente, en tiempo de guerra (Cfr. *supra*, nota 11, cap. 6).

13. Sin embargo, la capacidad de elección efectiva de un individuo

depende de la distribución de la renta. Por lo que se refiere al desarrollo de actividades gravadas con impuestos, los ricos tienen mayores posibilidades que los pobres. Hay que señalar también que, en términos de distribución de la renta, el efecto que tiene el gravar con impuestos una actividad determinada puede ser muy distinto del que significan subvencionar a sus sustitutivas. La subvención produce el efecto de incrementar la renta de aquellos que deciden cambiar de actividad y desplegar la sustitutiva, lo que significa una redistribución progresiva de la renta; mientras que el impuesto significa una redistribución regresiva de ella (suponiendo que la mayoría de los impuestos indirectos tienen un carácter regresivo). Este distinto efecto sobre la distribución de la renta puede modificar la intensidad con la que se produce el cambio de una actividad por sus sustitutivas, por lo menos en la medida en que difiere la elasticidad de la renta respecto a la actividad y a sus sustitutivas.

14. Para las consecuencias que tiene la incapacidad de descubrir a todos los infractores, *vid. infra*, y nota 16 especialmente.

15. Cuando la sanción es de tipo penal, existe un efecto ulterior: la mayoría de las actividades sancionadas de esta forma se califican como criminales porque se considera que acaban con un cierto probio (aunque en algunas instancias esto es discutible, como sucede en el caso de la llamada delincuencia de cuello blanco, *white-collar crime*). Cuanto menor es la carga moral que acompaña a la sanción, más se parecerá ésta a una limitación que a una prohibición. Así, una compañía de transportes por carretera estará más dispuesta a arriesgar 100.000 ptas. en multas por exceso de velocidad, que la misma cantidad en multas por fraude. Esto último conlleva una reprobación moral superior, esto es: una sanción no monetaria mayor.

16. Este caso es muy semejante a aquél en que se prohíbe un acto o una actividad que sólo podría descubrirse y sancionarse esporádicamente. El efecto de este tipo de prohibición puede analizarse de la misma forma que el de aquellas prohibiciones en las que la sanción se aplica en base al criterio de vinculación con un accidente. La única diferencia consiste en que se buscará aquí el error de restar el efecto que otorga la menor posibilidad de conducir a resultados que evidenciarían que se está violando la prohibición, en vez de perseguir que el accidente no ocurra. Estas sanciones «incompletas» acaban pareciéndose mucho a lo que sería una limitación, porque quien desea realizar los actos en cuestión habrá de considerar conveniente correr el riesgo de ser descubiertos y sancionados.

17. Una modificación es lo mismo que una eliminación de ciertas subcategorías de una actividad: aquellas, precisamente, que dan lugar al siniestro y, en consecuencia, a la sanción.

18. O en base a criterios análogos, *vid. supra* nota 16.

19. Podemos pensar en el caso límite donde los accidentes podrían evitarse totalmente alterando actos o actividades diversas de las proscritas. En este caso, si el acto prohibido es suficientemente oportuno para el mercado, la multa o sanción es suficientemente grave y si, por último, los actos o las actividades no prohibidas, que pudieran evitar los siniestros, son suficientemente fáciles de conducir a la negociación y de influenciar mediante el soborno (*vid. infra* nota 2, cap. 7), entonces el único efecto que produce una prohibición establecida en base al criterio de la vinculación con el accidente será el de eliminar, mediante el pago del soborno, aquellos otros actos o actividades, mientras que continuará, alegremente, desarrollándose la actividad que se ha pretendido prohibir, por el simple hecho de que, al no producirse accidentes, nunca será descubierta ni sancionada. Como veremos más adelante, esto significaría que la actividad sobornada sería, probablemente, la que podría evitar los accidentes del modo más económico. Su eliminación, y la consiguiente desaparición de los siniestros, permitiría lograr el objetivo perseguido por la prevención de mercado: no obstante el proyecto de la prevención específica, que no era otro que el

de eliminar la primera actividad, con independencia de la importancia que tuviera respecto al mercado, habría fracasado.

20. *Id.* el tratamiento del soborno, *infra*, pp. 160-162.

21. No habría ninguna necesidad de prohibir el seguro si los infractores fuesen siempre descubiertos. Cada individuo tendría su propia clase de seguro, y la única consecuencia que tendría sería la de constituir una especie de fraccionamiento temporal muy parecido al de una libreta de ahorro; y en la medida en que la carga gravitara exclusivamente sobre el infractor, ningún problema ulterior aparecería.

22. *Id. supra*, páginas 130 ss. El lector observará fácilmente los ulteriores efectos de mercados que se producirían si los responsables de la decisión colectiva establecieran una sanción gradual por la realización del acto prohibido, en función de la pena o menor gravedad de los daños que acarrearía. Esta técnica podría estar basada en la idea, según la cual, una intención realmente ilícita es más probable que conduzca a la realización de actos ilícitos de consecuencias auténticamente graves, que no a la de actos cuyas consecuencias sean menos nocivas; lo cual proporciona un buen argumento para justificar incluso la imposición de sanciones de prevención específica en función del criterio de la vinculación con el accidente. El margen del sentido práctico que esto tenga. No obstante, sea cual sea el mérito de esta justificación, que es análoga a la que se recurre para establecer la diferencia entre la tentativa de delito y el delito consumado en el ámbito del Derecho penal, no puede llegar a legitimar sanciones de prevención específica equivalentes a los daños «causados», y mucho menos el seguro contra tales sanciones.

23. Esto presupone, obviamente, que la sanción cubierta por el seguro sea la única establecida. Y también que el hecho de que el individuo esté involucrado en los accidentes sancionados no afecte al coste del seguro correspondiente. Pero incluso contando con la eventualidad de ir a parar a una clase de riesgo superior, debido a esa vinculación con el accidente, todo ello puede prevenirse estableciendo un seguro que tenga un efecto análogo al que produce una póliza flotante.

24. Lo mismo se puede decir del método de la prevención general, donde la prohibición del seguro sería irracional. Si la prevención general imputa los costes de los accidentes que ocasionan ciertos actos, a los individuos que los cometen, y al mismo tiempo prohíbe el seguro, esto requiere admitir previamente que la mejor decisión acerca de si vale la pena realizar el acto en relación con los costes de los siniestros que ocasiona es la que adoptan esos individuos en el último instante. Sin embargo, esta admisión en el ámbito de la prevención general, y la diferencia de la admisión en el de la específica donde de lo que se trata es de dar un contenido concreto a un criterio de comportamiento general, es impracticable. El riesgo no asegurable al que se expondrían los particulares sería tan elevado que les haría renunciar de las actividades más generales en cuyo seno se producen los siniestros, esto es: les obligaría a comparar los costes y los beneficios de sus acciones en aquel nivel, donde la estimación fuese más segura. Dado que el objetivo es el de disuadir la realización de ciertos actos y no el de disminuir la actividad general, esta propuesta sería bastante importuna.

25. Uno de los factores que puede emplearse para determinar la entidad de la sanción civil es el nivel de renta del infractor. Los responsables de la decisión colectiva pueden buscar una sanción que afecte a todos los infractores por igual con independencia de su renta. Esto no es el lugar para examinar las dificultades de administración que podría entrañar esta técnica. Lo único que conviene retener es que —en la medida en que consideremos que valga la pena hacerlo— se puede recurrir a las sanciones civiles no asegurables para conseguir los objetivos colectivos propuestos sin necesidad de tener en cuenta la riqueza del infractor. *Id.*, también *infra* nota 5, cap. 11.

26. De nuevo se trata de evitar los accidentes, y no los costes de los mismos.

27. Esto es: un impuesto indirecto cuyo efecto puede reducirse, disminuyendo el número de los accidentes. En consecuencia, esas actividades, que no tienen ninguna relación con los siniestros, tratarán de sobornar a los «causantes» para que cambien de comportamiento, suponiendo, claro está, que el soborno sea más barato que el pago de los costes que se les imputa.

Capítulo 7

1. McKEAN en «Products Liability: Trends and Implications» emplea una terminología algo distinta. Aquello que yo denomino «el agente (actividad o sujeto) capaz de evitar el coste de la forma más fácil o más económica» (*the easiest or cheapest cost avoider*), él lo denomina «la parte que tiene la mayor ventaja relativa en la producción de seguridad o en la reducción de los daños» (*the party that has the greatest comparative advantage in producing safety or injury reduction*). *Vid. id.*, pp. 45-49. No obstante, nuestros objetivos son los mismos. Su terminología tiene muchos aspectos positivos; por ejemplo, permite hacer evidente el carácter relativo de la elección, de una forma que no puede reflejarse ni con la expresión «más fácil» (*easiest*), ni con la expresión «más económica» (*cheapest*). Quizá tenga la desventaja de que, al considerar la seguridad como algo que se produce, el lector pueda olvidar que absteniéndose de realizar ciertos actos o de desarrollar ciertas actividades se puede lograr la «producción» de seguridad de la forma más económica.

2. «Sobornar» es un término que se emplea a lo largo de este libro desprovisto de toda posible reprochación moral y de todo significado que pueda aludir a la corrupción de alguna de las partes. Lo significativo, pues, no es otra cosa que el inducir, legítima y abiertamente, a que otro actúe en un sentido determinado.

3. *Vid.*, en general, R. H. COASE, «The Problem of Social Costs», *J. L. & Econ.*, vol. 3, 1960, pp. 1 y ss. (Existo una versión castellana: «El problema del coste social», en *Hacienda Pública Española*, n.º 68, 1981, pp. 245-274, (IV, def. 1.3).

Partiendo de suposiciones de este género es obvio que nunca sería posible expresarse en términos de mala imputación de los costes. *Vid.* CALABRETTI, «Transaction Costs». En realidad, los costes de la información forman parte de los costes de transacción, y, por tanto, habrá que entenderlos así cada vez que en el texto emplee esa expresión.

4. Por «aprovechados» se entiende aquel sujeto que se refusa vacunarse contra la viruela porque es convencido de que ya se vacunarán los demás y de que, por tanto, el riesgo de que pueda contagiarse de la enfermedad es mínimo comparado con el daño que puede sufrir al vacunarse. Si hay muchos aprovechados se hace necesario establecer la obligatoriedad de la vacunación con el fin de prevenir las posibles epidemias. Aprovechado es también el individuo que rehúsa adherirse a un sindicato porque sabe que el sindicato con sus trabajadores obtendrá los mismos beneficios que el individuo con su sueldo tener que pagar nada a cambio. El empleo de la coerción en estos ámbitos indica que el problema de los aprovechados es fundamental cuando mucha gente ha de ponerse de acuerdo para soportar un coste que les reportará un beneficio para todos. Es obvio que no sería una cuestión tan trivial si los aprovechados pudieran ser excluidos de los beneficios que los demás obtienen, pero esta exclusión sería costosísima. Este coste es, precisamente, el que justifica el empleo de la coerción. *Cfr.* CALABRETTI, «Transaction Costs».

5. *Cfr.* COASE, «The Problem of Social Costs».

6. *Vid.* CALABRETTI, «Transaction Costs».

7. *Vid.* CALABRETTI, «Transaction Costs», modificando lo sostenido en CALABRETTI, «The Decision for Accidents», pp. 730, nota 28 y 731, nota 30; y CALABRETTI, «The Wonderful World», p. 231, nota 38. *Vid.* también

NUTTER, «The Coase Theorem on Social Cost: A Footnote», en *J. L. & Econ.*, vol. 11, 1968, pp. 503 y ss.

8. *Cfr.* los comentarios acerca de la teoría del óptimo subvalorante (*second best*), *supra*, notas 21, 22, cap. 5 y el texto correspondiente.

9. *Vid.* CALABRETTI, «Transaction Costs», pp. 71-72.

10. Por órgano entiendo aquellas instancias encargadas de adoptar las correspondientes decisiones; por ejemplo, los jurados, los tribunales, los órganos administrativos, las asambleas legislativas, etc. Por método entiendo tanto la técnica utilizada por el órgano que ha de adoptar la decisión, como el nivel de generalidad en el que esta se adopta; por ejemplo, si las decisiones se toman para cada caso particular o para una categoría, si se establecen tablas de valoración general de los daños o se valoran en cada caso particular.

11. Las actividades a las que les es imposible reducir los costes constituirían un subconjunto de aquellas que podrían reducir los costes a un precio muy elevado.

12. En la práctica, la existencia de costes de clasificación tiene un efecto ulterior; el de obligarnos a imputar los costes de forma tal que abarate la realización de aquella clasificación que consideramos más importante.

13. Un resultado algo distinto, pero tan inoportuno como el que se expresa en el texto, se produciría si los jueces sobervaloraran el riesgo al que se exponen arrojando. En este caso la presión, que se ejercería para alterar o suprimir la actividad de ir a pie, sería excesiva.

14. *Vid.* CALABRETTI, «Transaction Costs», pp. 70-71.

15. Si la falta de indicadores acerca de cuál es el agente capaz de evitar el coste de la forma más económica se puede considerar como un indicio del hecho de que los factores causales se reparten conforme a una distribución normal de probabilidades, entonces una división en partes iguales también es la mejor solución, a pesar de que los costes sociales que puedan entrañar los errores de asignación no crezcan a un ritmo mayor que el de la desviación de la imputación realmente efectuada de la mejor posible. Pero si la falta de indicadores sólo indica un desconocimiento absoluto de ese extremo, esto es: una distribución rectangular de los factores causales, entonces una división de los costes en partes iguales sólo es preferible cuando los costes sociales que entrañan los errores de imputación crecen a un ritmo superior al de la desviación de la imputación realmente efectuada de la óptima. Una división en partes iguales, en el supuesto de una distribución rectangular, elimina las desviaciones mayores, pero dobla la probabilidad de las desviaciones menores.

16. Contrástese con BLUM y KALVEN, *Public Law Perspectives*, páginas 68-69, donde sostienen que no existe forma alguna de averiguar si la distorsión que se produce al imputar el 50% de la pérdida a los automovilistas es mayor o menor que la producida al imputarles la totalidad de la pérdida o al no imputarles nada en absoluto.

17. Un factor extraño típico lo constituyen los juicios morales, que se formulan a nivel colectivo, sobre la conveniencia de la actividad en cuestión. Se trata de un factor extraño en la búsqueda del agente capaz de evitar el coste de la forma más económica, si de lo que se trata es de establecer, principalmente, un sistema control de mercado del coste de los siniestros. En cambio, si se aspira a un sistema mixto, la cuestión relevante es la de qué órgano se halla en mejores condiciones de introducir los juicios morales en el sistema.

18. *Vid.* VINCENT v. Loke Erie Transp. Co., *Minnesota Reports*, vol. 102, pp. 456 y ss.; también en *Northwestern Reporter*, vol. 124, 1910, pp. 221 y ss. (El propietario del buque fue considerado responsable por los daños que éste había causado a un muelle durante una fuerte tormenta, a pesar de haber sido establecido que no hubo negligencia por el en el amarre.)

19. *Vid.* BLUM y KALVEN, *Public Law Perspectives*, pp. 58-59.

20. Para un examen ulterior *vid. infra*, pp. 253-255.

21. Vid. *BLUM y KALVEN, Public Law Perspectives*, p. 59. Y modificando su anterior opinión, vid. *BLUM y KALVEN, "The Supply Cabinet"*, p. 248, nota 23. Sin embargo, el argumento continúa reproduciéndose de vez en cuando. Vid., p. ej., *BUCHANAN, "In Defense of Caveat Emptors"*.

22. *Ibid.*
23. Es obvio que los consumidores podrían ceder este riesgo asegurándose con terceros extraños al contrato; por ejemplo, con una compañía de seguros. De modo análogo, los fabricantes también podrían ceder el riesgo, si ellos fueran los considerados responsables inicialmente. Pero esto no afecta al análisis que se efectúa en el texto, porque en ambos casos el asegurado está obligado a asegurarse. La posibilidad de ceder el riesgo sólo hay que entenderla en el sentido de que el asegurador original no es quien se, necesariamente, el asegurador final. Sin embargo, no deja de ser cierto que el coste de cubrir la posición de asegurador final (esto es: el coste de ceder el riesgo, en vez de autoasegurarse o de exponerse a una pérdida imprevista) es, y debe ser, un factor importante en la determinación de quién se halla en mejores condiciones de soportar el riesgo.

24. Cfr. *U. S. v. New York Great A. & P. Tea Co., Federal Reporter, Second Series*, vol. 173, 1949 (7th Circuit), pp. 79 y ss., donde se consideró que una sociedad, que era la única demandante de un factor de producción (monopolio), había abusado de esta posición de dominio.

25. Permitir que se asuma la responsabilidad puede ser distinto de permitir exonerarse de ella, puesto que cuando una parte asume la responsabilidad es de suponer que sabe mucho más lo que hace que cuando permite que la otra se exponga de ella. Piénsese, sin embargo, en el caso de la fábrica de harina que empuja un contrato tipo en el cual se exigiera la asunción de responsabilidad. En todo caso estas diferencias no son más que nuevas ilustraciones del hecho de que la conciencia o conocimiento del riesgo puede constituir un factor importante para la determinación de la parte que deseamos que sea inicialmente responsable y para establecer la posibilidad de exonerarse.

26. Aquí la expresión "considerar responsable" no se emplea en el sentido usual; sino para significar la parte que desde el punto de vista jurídico ha de soportar toda la pérdida inicial, bien se trate de la víctima, bien se trate de aquella parte que está obligada por la ley a resarcir a la víctima y, en consecuencia, resulta la parte dañada económicamente. Al emplear la expresión en este sentido, lo que se pretende es destacar que si la víctima, o cualquier otra parte, ha de soportar la pérdida total, ello es debido a una determinación del ordenamiento jurídico que explícitamente realiza una atribución de responsabilidad, y que de ningún modo responde a motivos metafísicos. No tener en cuenta este hecho nos puede inducir al error de creer que en este ámbito la obligatoriedad del seguro es una calle de sentido único.

27. En realidad, en el ámbito de la teoría pura, quienes se preocupan de la falta de diferenciación en las primas, deberían estarlo mucho más por la existencia misma del seguro. Vid. *CALABRESI, "The Wonderful World"*, pp. 228-229, nota 24.

28. Esto no es extraño que se produzca en la que podría considerarse como situación normal de los fabricantes y los consumidores, debido tanto al número de sujetos presentes en cada lado (puede ser más fácil para muchos consumidores informarse por sí mismos acerca de los productos de unos pocos fabricantes, que el que éstos se informen de los hábitos de cada consumidor), como por el hecho de que, quizás, es más fácil conocer las características de los productos que los hábitos de los consumidores. No obstante, el caso de los fabricantes sólo es uno de los muchos ejemplos que puede presentarse en situación de *Vincent v. Lake Erie Transp. Co.*, en *supra*, nota 18, donde los propietarios del puerto podían estimar, con relativa facilidad, el daño que un buque podría causar al muelle en el curso de un tormenta,

mientras que para los propietarios del buque les era mucho más difícil averiguar qué puerto estaría más expuesto a sufrir los daños de una tormenta violenta.

El transcurso del tiempo puede afectar a nuestras valoraciones. Mientras que en una época era más fácil para los empresarios (considerados responsables de los daños sufridos por los trabajadores) adecuar el salario que pagaban, a los diferentes índices de intensidad de los siniestros de cada trabajador, que para los trabajadores (que hubieran debido soportar el coste de sus lesiones) exigir un salario en función del riesgo al que se exponían trabajando para un empresario determinado, actualmente, y en aquellas industrias en donde existen sindicatos fuertes, es más cierto lo contrario. *CALABRESI, "The Decision for Accidents"*, pp. 728, nota 22.

29. Los fabricantes de automóviles, que fueran considerados responsables, podrían suscribir un seguro de seguro para los conductores que adquirieran sus vehículos, tal como se produce en el caso del seguro de responsabilidad civil, diferenciando en función de la diversa propensión a causar accidentes. O inversamente, los automovilistas podrían adquirir un seguro, cuyas primas variarían según el tipo de vehículo conducido, lo cual, en teoría, debería producir el mismo efecto sobre los precios que se produciría en el caso anterior.

Capítulo 8

1. Aquí «moral» incluye el conjunto de valores no monetarios.

2. La prevención específica valorará los costes de los accidentes tanto en términos económicos como en términos morales, mientras que la prevención general, en la medida en que se apoya en las elecciones individuales de mercado entre las diversas actividades, deberá expresar esos costes en términos exclusivamente económicos.

3. *Supra*, p. 121.

4. En cambio, en el ámbito de la prevención general, el seguro puede engendrar externalidades debidas a las transferencias, si resulta que los costes de los accidentes de la actividad en cuestión no pueden cubrirse por separado.

5. En un sistema mixto es probable que se admita el recurso a la subclasificación que realiza la prevención general en aquellos ámbitos donde más se desconfía de la precisión que pueda tener la prevención específica para resolver un caso de difícil elección entre una categoría y sus correspondientes subcategorías.

Una sanción de prevención específica establecida en función del criterio de la vinculación con el accidente puede tener un efecto análogo al que produce la subclasificación de la prevención general, suponiendo que los miembros de cada subclase lleguen a conocer la frecuencia con que esa subclase se ve envuelta en los accidentes y suponiendo también que la sanción no acarree un excesivo estigma.

6. *Vid. supra*, pp. 128-129.

7. Si se decide, colectivamente, que la velocidad debe limitarse a causa de la propensión que tiene a producir accidentes y porque se considera, en general, inoportuna, no se admitirá un efecto de mercado que —por medio de la negociación— tienda a transferir los controles de prevención específica, de los infractores a los vehículos fabricados de un cierto modo. Esto sucedería (1) si quienes exceden la velocidad sólo fuesen descubiertos al verse involucrados en los accidentes; (2) si mucha gente deseara circular a mayor velocidad de la permitida, y (3) si los vehículos fabricados de un cierto modo fuesen capaces de eludir los accidentes a pesar de la velocidad. Pero esto demostraría, únicamente, que un cambio en la manera de fabricar los coches sería, en términos de mercado, una forma de evadir los costes más baratos que la resultante de limitar la velocidad. No obstante, la decisión coloc-

tiva significa, probablemente, que, con independencia de este hecho, lo que se pretende es controlar la velocidad debido a que se considera que ella es la que mejor puede evitar los costes, aun cuando una modificación en la forma de producir los automóviles fuese más conveniente en términos monetarios y de mercado.

8. Una forma habitual de plantear la decisión colectiva es hacerlo mediante un tratamiento analítico conocido por el nombre de «análisis de sistemas». Una aplicación interesante de esta aproximación al tema de los accidentes, mostrando las dificultades que entraña, se halla en David M. BODMAN, «Safety and Systems Analysis. With Application to Traffic Safety», *L. & Com. Probs.*, vol. 3, 1968, pp. 488 y ss.

9. Vid. CALABREST, «Reflections on Medical Experimentation in Humans».

10. Para que algunos experimentos sean significativos se requiere que los sujetos sobre los que se van a realizar no estén dispuestos a ello. Aquí es la prevención específica realizada por el Estado es, precisamente, más eficiente que la prevención general garantizada con la coacción gubernamental.

11. La expresión «hallarse envuelta» y sus equivalentes tiene un amplio significado, tanto aquí, como a lo largo de todo este libro. Se podría realizar de forma superficial una valoración estadística de cada una de las variables que afectan a cada accidente, o mejor, de cada uno de los factores que no hayan sido excluidos por las hipótesis de aproximación.

12. Las dictaduras pueden ignorar los deseos colectivos del público a la hora de adoptar una decisión de prevención específica; pero no obstante pueden estar interesadas en conocer su opinión por motivos de orden, satisfacción o eficiencia. Tanto el gobierno soviético como el yugoslavo han recurrido a las investigaciones sociológicas y a los sondeos públicos para descubrir los deseos de sus gentes en campos diversos. Tales métodos serán imperfectos, si se quiere, pero son perfectamente lógicos en aquellas sociedades donde el mercado no puede reflejar las preferencias individuales en la misma medida en que lo hacen los sistemas de mercado libre; por otro lado las dictaduras excluyen por principio ese género de participación popular en el proceso decisorio, que consiste en la elección de representantes que se han comprometido con los deseos de la opinión pública.

13. Sería contraproducente porque el asignar los costes de los accidentes a las actividades específicas o a los actos concretos, una vez validados más ampliamente, sólo contribuye a disuadir el desarrollo de actividades más amplias que la gente se asegura contra el peligro de tener que soportar el coste posterior al siniestro o la elección de riesgos no será lo suficientemente precisa para que la correspondiente tarificación sea capaz de establecer una carga financiera (la prima) adecuada al propósito de disuadir la realización de ciertos actos o actividades específicas. Si se prohíbe que la gente se asegure la naturaleza imprevisible de los costes y la eventualidad de que puedan ser de una entidad enorme, si produce algún efecto disuasorio será, en todo caso, con respecto a la actividad general. Por ejemplo, se puede reducir considerablemente el tráfico de automóviles si se prohíbe que la gente se asegure contra los daños que podrían derivarse de ciertas conductas ilícitas se controlables (p. e.), la velocidad que sólo podrían darse conduciendo un vehículo. Esto determinaría que se abandonara la actividad general mucho más que la actividad concreta que se ha pretendido disuadir. La prevención general presenta dificultades análogas a la hora de afectar a los actos concretos.

14. Parecería más eficiente invertir el proceso: permitir que el mercado opere hasta aquel nivel considerado necesario u oportuno, y luego modificar los resultados de forma colectiva.

15. Una parte «inerte» es aquella cuya conducta no se ve alterada por el hecho que le sean imputados los costes. La asignación de los costes a una parte así minimiza las desviaciones que el mercado pueda

producir a la prevención específica óptima, debidas a los costes de los accidentes residuales.

16. Se parte del supuesto de que la inercia sea admisible. Aunque, en teoría, los impuestos pudieran gravar a las actividades que pretendemos disuadir, aun cuando nada tengan que ver con los siniestros, por ejemplo, la prostitución, lo cierto es que parece más lógico afectar a tales actividades con medidas directas sin perjuicio de que tengan que pagar los costes residuales.

17. Quienquiera que soporte los costes de los accidentes, probablemente tratará de reducirlos de la forma que sea, con independencia de cual haya sido la decisión colectiva acerca de las medidas más convenientes para evitar los siniestros. Estas tentativas, que terminan por invalidar las decisiones de prevención específica, pueden realizarlas incluso los órganos de la propia administración a los que se les haya asignado los costes residuales cuando existe una falta de coordinación con los esfuerzos estatales por lograr los objetivos sociales; falta de coordinación que no es en absoluto extraña.

Capítulo 9

1. El hecho de que en el ámbito de la prevención general los costes tengan que determinarse colectivamente, no significa en absoluto que los niveles de demanda de las actividades vayan a ser establecidos del mismo modo. El nivel de desarrollo de una actividad depende de las reacciones de los individuos al precio que le corresponda, el cual depende a su vez de los costes que la actividad tenga que soportar. Las reacciones y las preferencias de los individuos probablemente variarán aun cuando la determinación colectiva de los costes de los siniestros permanezca invariable.

2. Dado que nuestro interés no reside en la indemnización, los casos de sobrevaloración o infravaloración individual no serán relevantes en la medida en que la valoración media tenga, en conjunto, un efecto preventivo adecuado. Lo cual parecerá probable si resulta que los potenciales ofensores y víctimas perciben que las valoraciones del coste, en términos medios, correctas, y si supiéramos también que tanto unos como otros pagarán o tendrán que soportar las pérdidas correctas. Sin embargo, en la realidad no es necesariamente cierto que las valoraciones del coste, que son, en términos medios, correctas hayan de tener un efecto preventivo adecuado, pues el recurso a cifras promedio entraña un factor de riesgo para cada uno de los sujetos que, potencialmente, tenga que soportar el coste. Cualquier individuo puede tener que soportar un coste mayor o menor que el apropiado. Este riesgo puede atraer a los jugadores hacia la actividad pero puede alejar también de ella a los cautos. Si no conseguimos un equilibrio preciso entre ambos grupos el empleo de cifras promedio afectará de manera nociva a la prevención.

3. Si el significado de «toris» es difícil de establecer con precisión (vid. *supra*, nota 14, cap. 1), todavía lo es más el de «injurias» (impulsiones), que se refiere a una rama de los toris. Aquí con este término quiero sólo significar aquellos fundamentos de la acción de daños que se refieren a los causados, normalmente a la propiedad, por una actividad que por sí misma no es antijurídica, pero que se repite con la suficiente frecuencia para pensar que el perjuicio no cesará si la función no se prohíbe. Un ejemplo clásico lo constituyen los humos nocivos que emanan de una factoría y que provocan que el entorno sea inhabitable.

4. El efecto de ignorarlos es el de gravar con ellos a la víctima, lo cual puede ser conveniente en algunos casos.

5. COMARA, «Automobile Injuries» analiza la importancia de estos servicios de rehabilitación y el grado en que están, actualmente, al al-

cance de la mayoría de las víctimas de los accidentes. *Vid. esp. id.*, pp. 294-298.

6. Valoraciones del coste, que son correctas en términos medios, no impiden que se puedan producir valoraciones erróneas en el nivel individual; lo cual constituye un factor de riesgo. *Vid. supra*, nota 2. Y, por supuesto, acompañando a tales errores surgen problemas de coste secundario.

7. Dado que la presión que se ejerce sobre los representantes de un sindicato, que negocian con los empresarios el valor que debe asignarse a los riesgos, procede en última instancia de las valoraciones de los riesgos que realizan los propios miembros de aquel, no está excluido el que también puedan producirse estimaciones inferiores a las reales. Sin embargo, un sindicato, si tiene un número suficientemente elevado de afiliados, puede estar en perfectas condiciones de percibir y valorar el riesgo de las efectivas lesiones que podrían sufrir las personas en cuyo nombre negocia. En consecuencia, un sindicato que represente a 2.000 trabajadores que se hallan en unas circunstancias donde de anualmente uno de cada 500 sufre una lesión grave, cuenta con la certidumbre estadística de que al cabo del año varios trabajadores habrán padecido ese daño. Es obvio que el trabajador medio que no ha sufrido nunca un accidente, o que ni siquiera ha presenciado ninguno, puede infravalorar el riesgo con mucha más facilidad.

8. Lo que queremos averiguar es la cantidad que la víctima recibiría y no la que habría demandado, porque el valor de mercado del riesgo lo que refleja, probablemente, es un acuerdo acerca de una cifra que se sitúa entre la oferta inicial formulada por quien emprende la actividad y la demanda inicial formulada por quien asume el riesgo. 9. La información relativa a la valoración del coste ha de estar, obviamente, suficientemente detallada para que valga la pena resolver por subcategorías el problema de la imputación del coste. A no ser que conozcamos la cifra que representa los costes de los accidentes en los que se ven envueltos los menores de veintitantos años, es inútil resolver el problema de la imputación dividiendo los conductores en dos clases, según sean mayores o menores de esa edad. Pero esta consideración también vale en sentido contrario: al decidir hasta qué nivel pretendemos subclasificar para resolver el problema de la imputación hemos de tener en cuenta la medida en que vale la pena (en términos de los costes terciarios) el desglosar el problema de las valoraciones.

10. *Vid. supra*, nota 25, cap. 5.

11. Si la parte que, a consecuencia de esta infravaloración, ha de soportar el coste mantiene alguna relación contractual con una actividad que puede evitar ese coste de forma más económica que ella, el efecto que produce esa infravaloración podrá corregirse, aunque sólo sea en parte. A la inversa, si el coste se sobreevalúa y la parte que haya de soportarlo mantiene alguna relación contractual con la víctima potencial, también puede producirse una corrección parcial.

12. Aquí me refiero, concretamente, a los costes de los daños morales y no al resarcimiento de estos daños concedido con el fin de cubrir los costes legales que se examinará más adelante.

13. *AACP*, pp. 214-215, indica que en las acciones civiles que se ejercitan en los casos de accidentes automovilísticos, la controversia acerca de la presencia o no de negligencia es la única cuestión que se plantea con mucha mayor frecuencia que la relativa a los daños morales.

14. Esa óptima presión de prevención general, probablemente no sería capaz de eliminar todos los accidentes ni todos los daños morales, por lo cual la sociedad podría desear el fraccionamiento del coste de tales daños morales resarciendo a las víctimas. Dado que hemos supuesto que a las víctimas potenciales no les afectaría en sus elecciones el hecho de ver resarcidos los daños morales, el fraccionamiento no eliminaría la presión de prevención general que sobre ellas se ejerce.

15. Sin embargo, ese estímulo a la emigración podría reducirse si

los habitantes de la zona pudieran elegir entre emigrar o recibir una compensación por el riesgo de perder la cabeza a condición de renunciar a toda indemnización si efectivamente la pierden y si estuvieran dispuestos a correr el riesgo a cambio de un precio cierto, pues en tal caso incluso podrían beneficiarse sin padecer daño alguno.

16. Una perfecta presión de prevención general es posible en el caso extremo de que las víctimas potenciales sean tan inertes que el miedo a los daños morales no les afecte más que la falta de resarcimiento.

17. Otra forma de producir el reconocimiento del coste es la de obligar a los habitantes de la zona a que se aseguren contra el riesgo, con lo cual llegarán a ser conscientes de su valor real. El que esto sea mejor o peor que la imputación de parte de los costes a la compañía que explota la cantera dependerá de quién sea el sujeto que puede evitar los costes de la forma más económica.

18. Sin embargo, por razones psicológicas, incluso adecuadamente a los individuos acerca del riesgo para que puedan evaluarlo de forma adecuada, pues se limitarán simplemente a no creerlo.

19. Quienes son particularmente sensibles a estos problemas pueden, por supuesto, contratar un seguro, siendo asimismo quienes en mejores condiciones están de determinar el valor del interés asegurado. Por este motivo en un seguro no se permite la existencia del derecho de subrogación del asegurado de mismo modo que no se permite en el caso de los seguros sobre la vida.

20. Es interesante observar que varios de los planes propuestos recientemente, como es el caso del proyecto de la *American Insurance Association*, adoptan este criterio para las lesiones que no pueden incidir en términos de pérdidas económicas. *Vid. AIA Report*, p. 5.

21. Las modificaciones de los resultados obtenidos en el mercado, realizadas por la prevención específica, no sólo son posibles, sino también probables, dada la dificultad que entraña la valoración de tales costes.

22. En cualquier caso específico puede parecer que el sujeto que está en condiciones de evitar los accidentes de la forma más económica, es el mismo que también puede evitar de idéntico modo los costes terciarios. No obstante, en términos generales, dado que de todos modos existirán costes primarios y secundarios, la cuestión relevante ha de ser la de qué actividades pueden reducir más fácilmente los costes terciarios asociados a esos otros costes.

23. La práctica estadounidense de permitir que los honorarios de los abogados dependan de que el demandante consiga la indemnización evita, probablemente, buena parte de los costes secundarios de los accidentes al permitir que las víctimas acumulen los costes de las acciones de resarcimiento; mientras que la práctica inglesa de permitir que la parte que ha obtenido una sentencia favorable recupere los costes legales, de la otra, puede haber contribuido a reducir los costes administrativos a costa de haber aumentado los costes secundarios.

24. Esto presupone, naturalmente, una decisión de imputar la responsabilidad, determinada colectivamente, a la parte que mayor conciencia tenga del riesgo.

25. Sin embargo, las correcciones de mercado serán indeseables en el ámbito de la prevención específica.

26. Es obvio que puede emplearse una prevención específica impura, recurriendo a la limitación de ciertos actos o actividades, en vez de prohibirlos.

Cuarta parte (Introducción)

1. *Vid. DUELI y KALVEN, Public Law Perspectives*; cfr. CALABRESI, "The Wonderful World", p. 221.

2. También puede conducir a reglas de responsabilidad que, en ge-

neral, vengan a gravar a las clases relativamente más pudientes. Algunos autores han intentado explicar el principio de la «*respondet superior liability*» (esto es: la que, en nuestro ámbito jurídico, se denomina «responsabilidad por hechos ajenos», regulada en el art. 1903 del Código civil), y explicada, normalmente, con los criterios de la culpa in eligendo o in vigilando, lo que permite construir un principio general de imputación al margen de los casos enunciatos en el citado artículo (N. del A.). en el que se basa la responsabilidad del empresario por las consecuencias derivadas de los actos ilícitos cometidos por sus empleados en el curso y en el ámbito de la relación laboral, con ese argumento. Vid., p. ej., Young B. Smith, «Frolic and Detour», Col. L. Rev., vol. 23, 1923, p. 444, esp. pp. 452-458.

3. Esto es mucho más cierto aún si nos referimos a la justicia como objetivo. Vid., p. ej., Blum y Kalven, «The Empty Cabinet», p. 270.

4. «Mejor» se emplea en sentido estricto. No significa mejor en términos de la remoción del coste secundario y del terciario, y mucho menos en términos de equidad. La expresión sólo significa que en la decisión acerca de la remoción del coste primario de los siniestros en vez de intervenir sólo juicios de mercado, intervienen también juicios de carácter colectivo.

5. Ejemplos de ello serían las normas que prohíben continuar circulando cuando existe un señal de «stop» o un semáforo con la luz roja, las que prohíben conducir bajo el efecto de bebidas alcohólicas, las que exigen ciertos standards de mantenimiento, o las que establecen sanciones penales en caso de las conductas negligentes en exceso que se dan en las autopistas. El *Defence Research Institute* desea aumentar, notablemente, este tipo de disposiciones. Vid. *infra*, nota 20, cap. 16.

Capítulo 19

1. Vid., p. ej., CALABRESI, «The Wonderful World», pp. 223-224.

2. Es indudable que unas industrias han reaccionado más que otras. Por ejemplo, se dijo que en las industrias de la construcción de Ohio y Michigan los contratistas no tuvieron demasiado en cuenta el hecho de que cuanto menor era el número de lesiones que se producía menor era la contribución que debía realizarse al sistema de reembolso de los trabajadores (*workmen's compensation*). Vid. Paul E. Stans, «How Effective Is Safety Legislation?», *J. L. & Econ.*, vol. 11, 1968, pp. 165 y ss., esp. pp. 177-178. Sin embargo, este trabajo sugiere que el fenómeno puede deberse a las peculiaridades de esa industria que hacen difícil que los empresarios se den cuenta de que los pagos, que vienen obligados a realizar por los siniestros, representan un valor superior a las medidas de prevención de los accidentes. El artículo se afronta este problema en toda su extensión. El autor se preocupa, ante todo, de señalar la imposibilidad de demostrar que una legislación de seguridad efectiva (controles de prevención específicos) haya llevado a que en Ohio los resultados obtenidos fuesen mejores que en Michigan, Estado que, en la época de redacción del mencionado artículo carecía de un código de seguridad completo. La conclusión arroja, obviamente, ciertas dudas acerca de la eficacia de los controles de prevención específicos. No obstante, nada se dice sobre la conveniencia de los incentivos de mercado.

3. Vid. Blum y Kalven, «The Empty Cabinet», p. 244.

4. En realidad, el sistema de responsabilidad por culpa ni siquiera busca, probablemente, al agente capaz de evitar el coste de la forma más económica entre los litigantes de cada siniestro particular. Por si hubiera alguna duda bastaría observar la introducción internacional de juicios morales en la determinación de la responsabilidad para descartar de cualquier afirmación simplista acerca del propósito de ese

sistema. Si a pesar de ello consideramos al sistema de responsabilidad por culpa como un sistema de control de mercado, lo único que podríamos sostener al respecto es que quizá trate de identificar al agente capaz de evitar el coste de la forma más económica entre los litigantes concretos. Cfr. Blum y Kalven, *Public Law Perspectives*, pp. 61, 69.

5. Para una definición de «considerar responsable» vid. *supra*, nota 26, cap. 7.

6. Una consecuencia igualmente indeseable se produciría si los conductores, no obstante estimar adecuadamente el riesgo de los accidentes, le asignaran un valor superior al que le correspondería en caso de asegurarse contra el mismo. Esto sucedería si creyeran «lo cual no parece del todo inexacto» que una medida no fraccionada sería más perjudicial para ellos que una pérdida fraccionada. En este caso, prohibir el seguro significaría gravar a la actividad en cuestión con una carga muy superior a la óptima.

7. Este análisis prescinde de otras razones por las cuales la prohibición del seguro engendra externalidades. Si el resultado de esta prohibición es que mucha gente se ve gravada con el peso de los accidentes no fraccionados, entonces es probable que aparezca la demanda de algún sistema de indemnización pública. Si se trata de un sistema financiado con impuestos generales, la externalidad que se produce significa la transferencia del coste de los accidentes, de aquellos considerados responsables a los contribuyentes en general. Incluso con el seguro, la demanda de este tipo de externalización política es muy elevada en el sistema de responsabilidad por culpa. Sin seguro este fenómeno sería agobiante.

8. La forma más eficiente de elaborar las estadísticas es la de emplear muestreos científicos. Los muestreos del sistema de responsabilidad por culpa son cualquier cosa menos científicos. En el mejor de los casos son casuales y en el peor de ellos están mediatizados por aquellas situaciones que llegan a plantearse ante los tribunales. Por otro lado el número de muestras empleadas es muy superior al que sería preciso si se recurriera a un muestreo científico, lo cual entraña un gasto innecesario.

9. Esta debilidad general del sistema de responsabilidad por culpa puede ponerse de manifiesto por el simple hecho de que ignorando quién puede asegurarse con más facilidad, el sistema busca, de forma imperfecta, al sujeto que es capaz de evitar el coste del modo más económico entre los litigantes. Puede ser que el coste del modo más económico entre los litigantes de la forma más económica; pero al pasar por alto al agente que puede hacer lo mismo respecto al coste secundario quizás acabe por gravar al litigante que no es el más idóneo para evitar la suma del coste primario y secundario, de la forma más económica. Lo cual en última instancia conduce a costes innecesarios.

10. Coase, «The Problem of Social Cost».

11. CALABRESI, «Transaction Costs».

12. Puede ser que la doctrina que imputa la responsabilidad sin culpa a las actividades extremadamente peligrosas constituya un intento rudimentario de adoptar una perspectiva de esta clase; intento rudimentario en parte porque asigna la responsabilidad total a una categoría, cuando a lo mejor una división de la carga podría producir una remoción del coste más económica. Vid. un comentario anterior *infra*, nota 19.

13. Cfr. FRANKLIN, «Replacing the Negligence Lottery: Compensation and Selective Reimbursement», pp. 798-802. Otro motivo por el cual este método de compilación estadística sería más económico puede verse *supra*, nota 8.

14. El hecho de que haya pagado ya su prima tiene otra consecuencia: la de hacer que el sistema de responsabilidad por culpa sea ineficaz como sistema de control colectivo de las conductas culpables. Debido a las externalidades que se producen a causa de un conocimiento inadecuado de la situación (vid. *supra*, págs. 271-274), la

ausencia general de un seguro de accidentes para las víctimas no basta para establecer la presión adecuada sobre las víctimas potenciales.

15. El recurso a la compensación de culpas constituye el ejemplo más evidente de estas posibles alteraciones. Otro lo sería un mayor énfasis, que el concedido actualmente, a la parte que podría controlar más fácilmente cada clase de daños. Un cambio más significativo vendría dado por una división de los daños sin atender al criterio de la culpa cuando ninguna de las partes ha sido negligente. Pero *cf. Larsen v. General Motors Corporation, Federal Reporter, Second Series, vol. 391, 1965 (8th Cir. Ct.), pp. 495, esp. pp. 503-504.*

16. *Id. p. c. j., Fowler v. Hargrave y Fleming James, Jr., The Law of Torts, Little Brown, Boston, 1956, 2, pp. 1136-1137: "Y el descuido que representa el darle una escopeta a un muchacho no constituye negligencia con respecto a la lesión producida al demandante por haber caído sobre su pie el arma, ya que el riesgo de que a un muchacho se le caiga un objeto relativamente pesado no es (suponemos) tan elevado como para que debamos dudar, razonablemente, de que pueda sostenerlo." Si la víctima hubiese sido un hemofílico y la parte que entregó la escopeta al muchacho lo ignorara el ejemplo sería especialmente significativo.*

17. *Vid. Oliver Wendell Holmes, Jr., The Common Law, Belknap Press, Cambridge, 1963 (edición y prólogo de M. Dew. Howe), pp. 76-77.*

18. *Id. p. c. j., Conway v. O'Brien, Federal Reporter, Second Series, vol. 111, 1940 (2d Cir. Ct.), pp. 492 y ss.*

19. El efecto producido por el sistema de indemnización laboral y el producido por la responsabilidad objetiva de las industrias peligrosas sobre el desarrollo de las medidas de seguridad constituyen dos ejemplos evidentes. *Cfr. supra, nota 2.* Otro ejemplo viene dado por el uso de presunciones (en aquellos casos extraños en que la doctrina se aplica adecuadamente) para prevenir un cierto tipo de actividades excesivamente peligrosas realizadas por el demandante, excluyendo la responsabilidad del ofensor, cuando la víctima no ha sido culpable, pero ella (o la categoría a la cual pertenece) hubiera podido evitar los costes de los accidentes de la forma más económica, dado que conocía el riesgo involucrado mejor que nadie y, por tanto, podía evitarlo de forma más económica que nadie.

20. Un ejemplo significativo de esto lo constituye el desarrollo reciente de los standards de seguridad para automóviles, producido a nivel federal. El sistema de responsabilidad por culpa ha contribuido, aparentemente, muy poco a que los fabricantes construyan los vehículos a prueba de accidentes.

El Defense Research Institute ha solicitado la actuación de un programa de medidas específicas y de sanciones penales dirigido a la prevención de los accidentes en las autopistas. "A Program for Highway Accident Prevention", *For the Defense*, vol. 9, noviembre, 1968, pp. 65 y ss., y, asimismo, ha exigido un conjunto de disposiciones dictadas a nivel estatal y local, para el uso de cinturones de seguridad. "Board Seeks Directives to Wear Safety Belts", *For the Defense*, vol. 9, marzo 1968, pp. 17 y ss.

Capítulo II

1. *Id. p. c. j., BLUM y KALVEN, "The Empty Cabinet", pp. 244, 257; BLUM y KALVEN, Public Law Perspectives, pp. 63, 69.*

2. *Id. BLUM y KALVEN, "The Empty Cabinet", pp. 254-256, 268-272; BLUM y KALVEN, Public Law Perspectives, pp. 12-13, 83-84.*

3. *Cfr. CALABRESE, Transaction Costs, pp. 69-73.*

4. *Id. supra, pp. 130-137.*

5. Es obvio que ninguna de estas razones impide aplicar, en caso de daño grave, una sanción no asegurable mayor que la que se aplica-

ría si ese daño no se produjera. Como he señalado anteriormente, *supra*, nota 22, cap. 6, esto puede producirse si los responsables de la decisión colectiva consideran que en cierta medida el grado del ilícito anterior al accidente puede determinarse en función de la gravedad de los daños resultantes. Sin embargo, este juicio representa sólo una parte de aquello que es preciso tener en cuenta a la hora de establecer el tamaño y la clase de la sanción. Aparte de las consideraciones referidas en el texto, el nivel de renta del infractor constituye otro factor que hay que tener presente para establecer la medida adecuada de la sanción, por lo menos si los responsables de la decisión colectiva pretenden disuadir con la misma intensidad a todos los individuos con independencia de sus rentas respectivas. *Vid. supra, nota 25, cap. 6.* Por eso sólo casualmente la sanción apropiada habrá de ser igual a los daños causados, por no hablar del incremento de la prima del seguro del ofensor resultante de haber causado un accidente.

6. Se afirma a menudo, y también se niega a menudo, que las primas del seguro no se establecen en base a la culpabilidad de los conductores, sino en función del índice de frecuencia que refleja el número de veces que se ven envueltos en accidentes culposos. El motivo de que se emplee, exclusivamente, el índice de accidentes que se producen mediante culpa es porque sólo en esos casos las compañías de seguros vienen obligadas a pagar indemnizaciones, y, por ello sólo este tipo de accidentes están incluidos en las tablas actuariales. La razón de que la referencia utilizada sea la vinculación con tales accidentes, en vez de la culpabilidad, es difícil de descubrir si pensamos que la culpa es un concepto viable. Quizá la razón estriba en que, a pesar de que la culpa sea un buen indicador de quién puede estar envuelto en futuros accidentes, no lo es lo suficiente para que una clasificación en base a la culpa valga la pena, *incluso después de que el gasto de determinar la culpa haya sido soportado*. Si esto es así, bastaría por sí mismo para condenar el criterio de la culpa. En cualquier caso la forma en que la tarificación del seguro cambia como consecuencia de los accidentes es tan arbitraria y casual en el sistema de responsabilidad por culpa, que la posibilidad de que se aumenten las tarifas no puede considerarse como una técnica de disuasión colectiva tan aceptable como la fijación de manera consistente de multas no asegurables.

7. Siempre permanecerán algunos elementos de prevención específica como consecuencia de las sanciones y penas que componen el sistema de responsabilidad por culpa.

Capítulo 12

1. Aquí y en las páginas que siguen no empleo la expresión "causa necesaria" o "causa sine qua non" [en inglés las expresiones a las que se refiere son: "contributing cause" y "but for" (*N. del T.*)], en el sentido estricto que HART y HONORE asignan a la condición *sine qua non* en el cap. 5 de su obra *Causation in the Law*, sino más bien con la intención de abarcar todo el significado que los mencionados autores atribuyen a la expresión "causalmente relevante". En consecuencia en mi terminología se incluyen los dos fundadores que por el hecho de haber enmendado simultánea y separadamente una cerilla ha resultado una explosión de gas. Empleo el término "causa necesaria", a pesar de la existencia de tales casos, porque, tal como los propios HART y HONORE señalan, una vez "consentidas estas anomalías y distinguido con cuidado las formas meramente analíticas o incidentales de la condición *sine qua non*, entonces podemos considerar que el factor que tuvo que responder negativamente a la pregunta "¿habría sucedido Y si X no se hubiera producido?" [la auténtica prueba de la "causa necesaria" "but for"] constituye algo causalmente relevante en alguno de los sentidos que hemos distinguido, y porque el término "causa necesaria"

es, en general, más inteligente que la expresión «causalmente relevante».

Id., p. 122.

2. Vid. CALABRESI, «The Fault System», p. 460, nota 44.
3. El propio hecho de complementar el sistema de responsabilidad por culpa con sanciones de tipo penal con el fin de lograr un control colectivo mejor que el que podríamos permitirnos de otro modo, constituye la evidencia más palpable de que no existe inconsistencia en combinar algunas prohibiciones colectivas directas con otras medidas distintas. Si podemos recurrir a sanciones no asegurables para complementar la responsabilidad civil que se funda en la culpa, también podemos recurrir a aquellas para complementar la responsabilidad civil que se basa en el control de mercado.

Capítulo 13

1. Vid. MORRIS y PAUL, «Financial Impact», pp. 923-924.
2. Cfr. BLUM y KALVEN, *Public Law Perspectives*, pp. 37-38, 71, 74, 81. Compárese con la recensión de Louis L. JAFFE de la obra de BLUM y KALVEN, en *So. Cal. L. Rev.*, vol. 39, 1966, pp. 331 y ss., esp. pp. 332-333.
3. Si por la propia naturaleza del sistema de responsabilidad por culpa llegara a pensarse que es tan justo que ningún otro distinto es capaz de equipararse en este sentido, entonces una modificación del sistema citado, dirigida a realizar un cierto fraccionamiento de los costos, podría convertirlo, perfectamente, en el sistema óptimo. Pero vid. *infra*, pp. 291-308.

4. Tradicionalmente, el Derecho estadounidense no reconoce el derecho al resarcimiento a la parte cuya culpa contribuyó a la lesión, a pesar de que el causante haya sido culpable. Esta doctrina, plagada de excepciones, se designa con el nombre de «contributory negligence», «compensación de culpas en sentido estricto» (N. del t.). Algunas jurisdicciones han abandonado esta doctrina en favor de otra que permite el resarcimiento a pesar de la culpa del demandante, teniendo en cuenta, no obstante, el concurso de ambas culpas para la liquidación de los daños. La mayor parte de las modalidades de esta segunda perspectiva se denominan «comparative negligence», «compensación de culpas» (N. del t.).

5. Compárese, p. ej., la actitud de JAMES ante la compensación de culpas y su opinión respecto al derecho de repetición en la responsabilidad solidaria. Vid. JAMES y JAMES, *The Law of Torts*, 2, pp. 1203, 1207; JAMES, «Contributing Among Joint Tortfeasors: A Pragmatic Criticism», *Harv. L. Rev.*, vol. 51, 1941, pp. 1158 y ss.; CHARLES O. GORDON, «Contributing Among Joint Tortfeasors: A Defense», *id.*, pp. 1170 y ss.; JAMES, «Replications», *id.*, pp. 1178 y ss.; GORDON, «Rejoinder», *id.*, pp. 1184 y ss.

6. El argumento sería que el conocimiento de la improbabilidad de un resultado del tipo «todo o nada» unido a la tendencia de los jurados a dividir las pérdidas en base al criterio del sujeto o más idóneo para fraccionarlas estimulará al demandado a transigir en todas aquellas situaciones en donde las posibilidades de verse exento de responsabilidad según el criterio de la compensación de culpas le hubieran inducido a no hacerlo. Tal como se indica en el texto, esto significa aumentar el fraccionamiento a costa de sacrificar el criterio de la culpa. Una auténtica reducción de los costos secundarios, sin afectar para nada a la importancia del sistema de responsabilidad por culpa, se produciría si el motivo por el cual se llega a la transacción en la compensación de culpas no es el miedo a un veredicto en que se contemple la relativa habilidad de las partes para fraccionar las pérdidas, sino el hecho de haberse obviado el juego del «todo o nada» de la compensación de culpas en sentido estricto. Esta mayor tendencia a transigir se produciría en la medida en que el motivo de los litigios bajo la compensación de culpas en sentido estricto fuera la propensión al

juego. Si no es así, las transacciones que se producen en las jurisdicciones que aplican la doctrina de la compensación de culpas en sentido estricto, con el fin de evitar el juego, dejarían de darse en el ámbito de la compensación de culpas. Además, la propensión al juego de los causantes y de las víctimas difiere probablemente.

7. Cfr. BLUM y KALVEN, *Public Law Perspectives*, p. 85; y la recensión de JAFFE, p. 335.

8. Vid. BLUM y KALVEN, *Public Law Perspectives*, p. 85.

9. Se ha sostenido que los jueces se comporten de esta forma. Pero es bastante probable que ello no sea del todo satisfactorio para alcanzar los objetivos del fraccionamiento propuesto.

Capítulo 14

1. Para este aspecto es ilustrativo comparar el sistema de indemnización laboral con el de la Blue Cross. De acuerdo con CONRAD, «Automobile Injuries», p. 290 y con AACP, pp. 52-60, el seguro que proporciona la Blue Cross tiene un porcentaje de costos operativos muy bajo (no llega al 10%) comparado con el del sistema de indemnización laboral, cuya cifra se sitúa alrededor del 50%. El porcentaje del sistema de indemnización laboral es, a pesar de todo, aún más bajo que el del sistema de responsabilidad por culpa donde los costos operativos exceden los beneficios netos que reciben las víctimas.

2. Un sistema de sanciones civiles vendría acompañado del gasto de las determinaciones caso por caso, pero éste no sería tan elevado como el del sistema de responsabilidad por culpa, porque sólo una cuestión tendría que resolverse de manera casuística. Además, podría contarse con testimonios cuya descripción de lo acaecido sería bastante más de fiar dado que la eventual reparación del daño que hubieran podido sufrir no dependería de que el demandante fuera sancionado. La disponibilidad de estos testimonios conduciría a reconocimientos de culpa o a renunciaciones a los pleitos, todo lo cual haría disminuir los costos.

Si el sistema de sanciones civiles se extendiera hasta comprender a aquellas partes cuya conducta no se traduce en un siniestro, sus costos administrativos llegarían a ser superiores a los del sistema de responsabilidad por culpa actual. La extensión preventiva, probablemente, una mayor prevención que la ofrecida por el sistema de responsabilidad por culpa o por un sistema de sanciones civiles que sólo comprendería a aquellas partes cuya conducta ha dado lugar al siniestro. Entonces el problema sería el de si este mayor grado de prevención merece el coste de ponerlo en marcha.

Quinta parte (Introducción)

1. Debe quedar claro que me estoy refiriendo a la conveniencia de sustituir el sistema de responsabilidad por culpa, combinado con el seguro, tal como lo conocemos, por otro sistema de responsabilidad civil distinto; y no de la utilidad o justicia de la culpa como criterio de imputación de responsabilidad. Esto es una cuestión completamente distinta. En efecto: muchos de los instrumentos referidos en el ámbito de la prevención específica, tales como las sanciones civiles, harían un uso importante de las nociones de ilícito o de culpa como criterios de responsabilidad.

Capítulo 15

1. Cfr. Jeremiah SMITH, «Sequel to Workmen's Compensation Acts», *Harv. L. Rev.*, vol. 27, 1914, pp. 235, 344, 363.

2. Las razones morales de la crítica no se verían prácticamente

afectadas si la formulación se considerara inmoral por causas válidas que nada tuvieran que ver con los accidentes. Para la crítica, la observación que se realiza en el texto tan sólo significa que a menudo existen fines, al margen de la responsabilidad civil, que agrupamos bajo la noción de justicia y que nos impiden reducir los accidentes si este intento significa vulnerar tales fines.

3. Vid., p. ej., *Ives v. South Buffalo R. Co.*, *New York Reports*, vol. 201, p. 271, y *Northeastern Reporter*, vol. 94 (1911), p. 431. Pero vid. *Kennerman v. Thane Towboat Co.*, *Connecticut Reports*, vol. 89, p. 367, y *Atlantic Reporter*, vol. 94 (1915), p. 372.

4. El Código de Hammurabi, compilado en Babilonia hace más de 4.000 años, refleja esta noción, suministrando una larga lista de daños que el ofensor estaba obligado a pagar a la víctima o a su familia y que en algunos casos comprendía el pago de los gastos médicos.

5. Los *heart balm cases* comprenden las acciones de daños lundadas en los que están constituidos por la pérdida de los afectos, la acción de daños que puede ejercer el padre de una menor seducida, y otras similares.

6. *AACP*, pp. 99-102, contiene una discusión de los aspectos prácticos de este vínculo, sus ventajas y sus inconvenientes.

7. Vid. *AACP*, p. 106, donde se muestra la existencia de un sentimiento que repudia el hecho de que las lesiones no sean reparadas; pero este sentimiento no parece estar vinculado con la convicción de que sean necesariamente los «causantes» de los daños quienes debían pagar la reparación. En cambio, existe un sentimiento, aunque éste sea vago, de que un cierto sistema, que asegure una adecuada compensación, debe ser establecido.

8. En Inglaterra este derecho no fue abolido hasta que se produjo un famoso caso de homicidio que condujo a una reforma penal en 1819. El año anterior el derecho se había ejercido, después de años en desuso, cuando un individuo, que había sido acusado del homicidio de una muchacha, fue acusado, privadamente, por el hermano de ésta. En estos casos, el viejo Derecho daba la posibilidad al acusado de defenderse con un duelo con el acusador. Y eso fue precisamente lo que el robusto personaje hizo, con lo cual obligó al hermano de la víctima a renunciar al pleito. *Asford v. Thornton, Barnwell and Alderson's English King's Bench Reports*, vol. 1, p. 405, *English Reports*, vol. 106 (1818), p. 49. Véase también *Rylands v. Fletcher*, *Trial of Abraham Thornton*, *William Hodge & Co.*, Edinburgh, 1926.

9. Vid., p. ej., *Fowler v. Harper, A Treatise on the Law of Torts*, Bobbs-Merrill, Indianapolis, 1933, pp. 332-334, 413, y *HARPER y JAMES, The Law of Torts*, 2, pp. 731, 760, 785-787.

Capítulo 16

1. Pero cfr. *AACP*, pp. 105-107.

2. Esta comparación presupone, como mínimo, un sistema de compensación de culpas, y, por consiguiente, deposita una excesiva confianza en el sistema de responsabilidad por culpa al considerarlo como si estuviera modificado en el sentido de ser más justo que el sistema presente de «todo o nada».

3. De nuevo esto tampoco impediría establecer una distinción entre aquellos ilícitos que conducen a un daño grave y aquellos que no producen ninguno, allí donde la gravedad del daño fuera un indicio de que el ofensor había sido, particularmente, culpable. Sin embargo, debe quedar claro que en la determinación de la culpabilidad la gravedad del daño constituye sólo uno de los múltiples factores a tener en cuenta. Vid. en general *supra*, notas 22, cap. 6 y 5, cap. 11.

4. Compárese y contrastese *BLUM y KATZ, Public Law Perspectives*, p. 14. Incluso si el sistema de responsabilidad por culpa pudiera considerarse como el que establece una clasificación de riesgos óptima

desde el punto de vista del seguro de los ofensores, no podría erseer lo mismo con respecto a las víctimas.

5. Vid. *AACP*, pp. 105-107. Es obvio que el afirmar que la gente prefiere el criterio de la culpa es algo que depende de la forma de plantear el problema. En una encuesta realizada en Minnesota, un 34% de los encuestados respondió que era una buena idea la siguiente: «Cuando se produce un accidente en el que se ven causados dos vehículos, los conductores de cada uno de ellos deberían ser reatracados por sus respectivas compañías de seguros, sin tratar de determinar si hubo culpa en alguno de ambos.» «Minnesotans Reject Premises of Keston-O'Connell Plan», *For the Defense*, vol. 9, noviembre, 1958, pp. 65 y ss.

6. Vid., p. ej., *Winkerton v. McCarthy*, *United States Reports*, vol. 336, 1949, p. 53 y los considerandos de la sentencia de la *Supreme Court* de Utah que fue anulada por la anterior en *Utah Reports*, vol. 112, p. 300 y *Pacific Reporter, Second Series*, vol. 187, 1947, p. 188. En los votos particulares, el magistrado JACKSON expresó su opinión discrepante en los siguientes términos: «Reconozco que en esta sentencia el Tribunal continúa declarando que aplica en estos casos la doctrina según la cual la responsabilidad ha de fundarse, exclusivamente, en la culpa. Sin embargo, aquí el contenido de este criterio es de tal naturaleza que indica, claramente, su falta de significado práctico.» *United States Reports*, vol. 336, 1949, p. 76. Naturalmente, es difícil averiguar si la aceptación pública de una nueva perspectiva, tal como la del sistema de indemnización laboral, precede o es la consecuencia de su propia instauración.

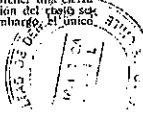
7. Si la elección fuera, solamente, entre ambas partes, el sistema de la culpa podría defenderse como una combinación justa, basada en consideraciones tales como la imputación de los costes a las actividades que los causan, el fraccionamiento de los mismos y el establecimiento de un criterio de previsibilidad adecuado. Incluso en los primeros tiempos, los jurados pueden, perfectamente, haber atemperado, no sin cierta torpeza, los peores resultados de la culpa, modificando aquellos verdicetos que, en base a ese criterio, podían haber conducido a resultados extremadamente difíciles o nocivos para la sociedad. También el argumento de HOLMES, según el cual la eficacia aconseja dejar los daños tal como se producen si no ha existido culpa, cobra sentido cuando se considera sólo a los dos partes «involuntariamente».

Una interesante visión y del desarrollo histórico de la responsabilidad civil puede encontrarse en JORGENSEN, «The Decline and Fall of the Law of Torts», *American Journal of Comparative Law*, vol. 18, 1970, páginas 39-53.

Sexta parte

1. Compárese *AACP*, pp. 127-128, y ALFRED F. CONARD y J. ETIEN JA-COBS, «New Hope for Consensus in the Automobile Injury Impasse», *A. B. A. J.*, vol. 52, 1966, pp. 533 y ss., con KESTON-O'CONNELL, pp. 274-276 y 323-326.

2. Los proyectos que acentúan la conveniencia de evitar los costes secundarios y terciarios presuponen la necesidad de recurrir a tipos de sanciones de prevención específica (multas, retirada del permiso de conducir, penas privativas de libertad, etc.) para obtener una cierta reducción del coste primario, reforzando así la remoción del costo secundario y terciario. El proyecto de CONARD es, sin embargo, el único que afronta abiertamente este aspecto.



INDICE

Presentación, por JOAQUIM BISBAL	7
Prólogo	19
 PRIMERA PARTE. — <i>Introducción: la necesidad de un fundamento teórico para la responsabilidad civil</i>	21
Capítulo 1. — El renacimiento de la responsabilidad civil	23
Capítulo 2. — Equívocos usuales	35
Capítulo 3. — Funciones y fines de la responsabilidad civil	42
 SEGUNDA PARTE. — <i>Los fines comprendidos en la reducción del coste de los accidentes y los métodos para alcanzarlos</i>	51
Capítulo 4. — La remoción del coste secundario de los accidentes: el método del fraccionamiento de los daños y el de la «buena bolsa»	55
Capítulo 5. — La remoción del coste primario de los accidentes: el método de la prevención general	82
Capítulo 6. — La remoción del coste primario de los accidentes: la prevención específica	106
 TERCERA PARTE. — <i>Dos problemas fundamentales de la reducción de los costes primarios de los accidentes</i>	139
Capítulo 7. — El problema de la imputación de los costes de los accidentes: el método de la prevención general	145

Capítulo 8. — El problema de la imputación de los costes de los accidentes: el método de la prevención específica	183
Capítulo 9. — El problema de la valoración del coste	205
 CUARTA PARTE. — <i>El sistema de responsabilidad por culpa y la reducción del coste de los accidentes</i>	241
Capítulo 10. — El sistema de responsabilidad por culpa y la prevención general	247
Capítulo 11. — El sistema de responsabilidad por culpa y la prevención específica	268
Capítulo 12. — El sistema de responsabilidad por culpa como sistema mixto de control del coste primario	276
Capítulo 13. — El sistema de responsabilidad por culpa y la remoción del coste secundario de los accidentes. Modificaciones posibles	280
Capítulo 14. — Los costes de administrar el sistema de responsabilidad por culpa	288
 QUINTA PARTE. — <i>La justicia y el sistema de responsabilidad por culpa</i>	291
Capítulo 15. — La estructura moral: coherencia e historia	295
Capítulo 16. — La justicia del sistema de responsabilidad por culpa	302
 SEXTA PARTE. — <i>Hacia un nuevo sistema de responsabilidad civil</i>	309
Notas del autor	319