

loración de los costes administrativos y finalmente me ocuparé de la forma en que la posible presencia de transacciones puede alterar nuestra valoración del coste.

#### OBJETOS QUE POSEEN VALOR DE MERCADO

En la prevención general, el problema de la valoración del coste más fácil de resolver es el relativo a los daños causados a objetos que tienen un valor de mercado bien definido. Hablando en términos generales se trata del ámbito de los daños patrimoniales. Aquí no nos preocupa especialmente la falta de una oferta de automóviles como «víctimas» de los accidentes, teniendo en cuenta que los coches se pueden comprar y vender libremente en el mercado; y por ello, podemos tener confianza en nuestra capacidad de extrapolar el valor dado a los vehículos en el momento de su compraventa, para determinar su valor en caso de accidente. Y lo mismo ocurre en relación a todos aquellos bienes que no sean, en cierto modo, insustituibles.

El objetivo de la prevención general, en este punto, es el de lograr una valoración del coste lo más ajustada posible al valor que el mercado daría al objeto dañado. Sirven para este propósito el valor asignado al objeto destruido en el contrato de compraventa, y el valor de la reparación cuando el objeto sólo resulte dañado. Más adelante me referiré a algunos casos específicos en los que este criterio no es del todo adecuado. Conviene advertir, sin embargo, que será irrelevante el que en algunas situaciones concretas se produzcan errores de valoración, ya que, en la prevención general, el tema principal no es la compensación del propietario, sino alcanzar una decisión de mercado correcta respecto a las actividades convenientes a pesar de los accidentes que ocasionan. En cambio, lo que sí es muy importante es que el valor atribuido al coste del siniestro —el bien dañado— corresponda, en promedio, al valor que los particulares le asignarían en el libre mercado.<sup>2</sup>

Si se precisa mayor información, puede recurrirse a los datos derivados de la contratación privada. Las razones psicológicas que impiden a la gente valorar adecuadamente el riesgo de lesiones personales, tienen probablemente menor trascendencia cuando se trata de daños patrimoniales. Cuanto mayor sea la posibilidad de que un objeto tenga un equivalente económico en el mercado, más fácil resultará apreciar

racionalmente su destrucción. Además, cuando la propiedad está involucrada en el tema, la cosa dañada tendrá probablemente un valor constante en la contratación privada, con independencia del riesgo al que esté expuesta. Los resultados de la libre negociación, fundada en el riesgo de que se vean dañados los bienes no es, así y todo, un criterio infalible, debido precisamente a factores tales como la insuficiente información acerca del riesgo. Pero si todas las partes fueran conocedoras de los datos estadísticos relativos al riesgo involucrado, no cabría dudar, en base a motivos psicológicos, de la bondad de los resultados de la contratación privada, sin perjuicio de que en la práctica a menudo los daños al patrimonio no puedan separarse del riesgo de las lesiones personales. En la contratación privada sería difícil aislar del valor dado a las cosas expuestas al riesgo de ser dañadas, el valor atribuible al riesgo de lesiones personales derivadas de aquellos daños que son objeto del negocio. Sin embargo, es conveniente mencionar el uso teórico que se hace de los valores de mercado; porque el hecho de que los objetos posean un valor de mercado tiende a proteger la estimación contractual de las subvaloraciones debidas a las actitudes psicológicas. De ahí, que esté justificado retornar a la premisa inicial, según la cual el valor que tales objetos tienen en el mercado es un buen índice de su valor cuando resultan dañados, o destruidos, por un siniestro.

Suponiendo que nuestro propósito sea el de extrapolar los valores de mercado para determinar el coste de los daños patrimoniales, todavía subsiste una pregunta: ¿han de hacerse estas valoraciones para cada caso particular, o es admisible establecer clasificaciones de daños? Desde el punto de vista de la prevención general, se trata de una cuestión de oportunidad: ¿está justificada la precisión que se obtiene examinando el siniestro en particular por los costes que ello comporta? Si la respuesta es afirmativa, valdrá la pena usar las valoraciones que permitan poner en evidencia las especiales analogías del mercado. Si la respuesta es negativa, será preferible establecer clasificaciones de daños derivadas de la valoración corriente en el mercado de objetos similares (por clases). Aquí es esencial que tales clasificaciones estén actualizadas, ya que una de las causas principales de la mayor precisión que poseen las estimaciones realizadas para cada caso particular, se observa en relación a la tendencia de las clasificaciones generales a ir por detrás de los cambios que experimentan los precios. Las clasificaciones no actualizadas producen en conjunto valoraciones erróneas, y no sólo por lo que respecta a

los casos particulares. Esto es muy grave ya que, como se ha visto, el objetivo de la prevención general no es la compensación de las víctimas en particular, sino una adecuada valoración de las distintas categorías de costes de los siniestros que permita tomar decisiones de mercado apropiadas respecto a las actividades que causan los accidentes. Por esta razón, una infravaloración individual tiene escasa importancia mientras el promedio de los costes esté estimado correctamente; pero una infravaloración general, como la que se suele derivar de las clasificaciones que no están actualizadas, es mucho más grave.

He afirmado que los daños producidos a los objetos que poseen un valor de mercado, coincide con el ámbito de los daños patrimoniales. Esto no es del todo cierto. Una lesión corporal que no tenga secuelas ulteriores, que no conlleve daños morales y que signifique tan sólo unas vacaciones forzosas, puede poseer un preciso valor de mercado. Inversamente, existen daños a determinados intereses patrimoniales que pueden entrañar dificultades cuando se trata de hallar su valor de mercado.

Algunas de estas dificultades son puramente técnicas, como por ejemplo la que comporta determinar el correcto valor de mercado de la ropa interior usada. Estos problemas técnicos, en los que la cuestión de la insustituibilidad es un mero resultado del uso, no merecen que nos detengamos a examinarlos, ya que siempre es posible hacer una correcta extrapolación del valor de mercado (de la ropa interior nueva) para determinar el del bien insustituible (la ropa interior usada), mediante el recurso a tablas de depreciación.

Distinto es el problema del valor afectivo que poseen determinados bienes para ciertas personas. Planteado en otros términos, esto significa que la extrapolación del valor de mercado de ciertos bienes para hallar el valor del bien dañado, no es algo necesariamente exacto, por la sencilla razón de que probablemente este último no sería vendido por su dueño a precio de mercado; en un cierto sentido el valor que representa dicho bien para quien lo posee es superior al valor de mercado. Nuestra sociedad no otorga mucha importancia a este hecho, y así, por ejemplo, se ignora en el caso de la valoración de los bienes sujetos a expropiación forzosa. Sin embargo, no se trata de algo irrelevante, puesto que da lugar a un importante tipo de limitación de prevención específica al uso que hagamos de las valoraciones de mercado. Tal es el motivo por el cual no se admiten los daños *intencionales* al

patrimonio, salvo que se demuestre la existencia de algo equivalente a la utilidad pública de la expropiación forzosa.

Por ejemplo, en la regulación de las inmisiones (*nuisance*), el problema anterior adopta la forma de la búsqueda de un equilibrio entre los motivos que justifican el recurrir a una acción cesatoria (*injunction*) (un remedio relativamente puro de prevención específica) o a una resarcitoria (un control de prevención general).<sup>1</sup> Por razones análogas se prohíben ciertas actividades que son susceptibles estadísticamente de causar daños patrimoniales, porque se considera que son «*inútiles*», a pesar de que quienes las desarrollan estén dispuestos a resarcir los daños. Estos dos casos, al igual que el requisito de la utilidad pública en el supuesto de la expropiación forzosa, reflejan nuestra incapacidad de valorar con absoluta precisión los bienes patrimoniales que carecen de valor de mercado. Sin embargo, el hecho de que algunas veces prescindamos del apego personal a ciertos bienes, por considerarlo un capricho o un valor sentimental, indica que cuando el acto, o la actividad, que ocasiona el daño patrimonial reduce ciertos mínimos de utilidad y el bien dañado no es absolutamente insustituible, nos fiamos de la extrapolación del valor de mercado de ciertos objetos para determinar el valor de aquellos que carecen de él. En efecto, con ello se pone de manifiesto el juicio según el cual cualquier tentativa de estimar tales valores afectivos resultaría injustificadamente costosa o contribuiría a distorsionar la elección del nivel de accidentes deseado, mucho más que la simple ignorancia de tales valores.<sup>2</sup>

Algunas de las dificultades que surgen, por último, en la valoración de los bienes patrimoniales, derivan de que ciertos tipos de bienes se consideran insustituibles. La diferencia entre el bien dañado y los similares que poseen un valor de mercado, es en estos casos demasiado grande para poderse fiar de cualquier extrapolación posible. Es obvio que estos problemas no pueden examinarse adecuadamente en la presente sección. Pero son muy análogos, en cambio, a los que surgen al tratar de las lesiones corporales en general y a los problemas de los daños morales en particular.

#### LESIONES CORPORALES

En un sistema de prevención general el problema de la adecuada valoración de las lesiones corporales es muy com-

plejo. Es evidente que en la mayoría de supuestos de lesiones de esta clase existen elementos susceptibles de ser valorados de manera aceptable, extrapolando los valores de mercado de las situaciones que no conllevan lesiones, como es el caso de las pérdidas en horas de trabajo. También existen elementos que son valorables en términos de mercado, porque pueden ser reparados de manera satisfactoria; y el coste de este resarcimiento (el gasto médico y el de la recuperación)<sup>5</sup> constituye en conjunto un buen indicador de mercado de su valor mínimo. Conviene recordar una vez más que, desde el punto de vista de la prevención general, la importancia de estas valoraciones no reside en la compensación de las víctimas (en efecto, la imputación del coste que se realice puede asignar a la víctima una parte del mismo), sino en que la valoración media refleje una estimación de mercado precisa del coste de los accidentes que representa y, en consecuencia, sirva de base para enjuiciar en el mercado la conveniencia de la actividad. Por tanto, también aquí es irrelevante el error individual, con tal que la valoración media refleje el coste que representan esos daños para la sociedad.<sup>6</sup>

Pero, de hecho, en todos los supuestos de lesiones corporales se encuentran también elementos a los cuales es imposible asignar un valor de mercado. Tal es el caso del dolor o el sufrimiento físico, y el que se refiere a la «pérdida de dignidad» de la persona, como consecuencia de hechos tales como las cicatrices o la amputación de un miembro, incluso cuando ello no comporta un sufrimiento físico en sentido propio. Problemas análogos entraña el intento de valorar la pérdida de la vida humana. Si en el sistema de la prevención general hay que formular un juicio de mercado absolutamente preciso acerca de la conveniencia de los accidentes, entonces es necesario valorar estos elementos de algún modo, con independencia de que las víctimas tengan que soportar o no en última instancia parte de las pérdidas. Dado que la prevención general opera por medio del mercado, el problema aquí es el de asignar valores pecuniarios en casos en los que el valor de mercado no constituye una adecuada representación del daño. Este hecho debería ser obvio y constituye la médula de la afirmación según la cual no existe una oferta en el mercado de las víctimas de los accidentes.

*El recurso a los datos que proporciona la hipótesis contractual.* ¿Qué hacer para valorar estos elementos? La primera posibilidad es aplicar a las situaciones extracontractuales

los las valoraciones de mercado del riesgo de lesiones corporales establecidas en las hipótesis contractuales. Si supiéramos, por ejemplo, que los obreros de dos industrias dadas realizan exactamente el mismo tipo de trabajo, y que en una de ellas se producen anualmente 20 accidentes mortales por cada 100.000 trabajadores, mientras que en la otra no se produce ninguno, podríamos concluir que, si existe perfecta movilidad de mano de obra, cualquier diferencia salarial entre las dos industrias se debería al riesgo de muerte. El distinto índice de riesgo y las diferencias salariales permiten deducir el valor de mercado asignado a la vida humana en las situaciones contractuales, y este valor puede ser aplicado a las actividades que entrañan un riesgo mortal actuarialmente idéntico en la hipótesis extracontractual. Si existieran suficientes situaciones de esta clase, podríamos determinar el índice de los diversos valores de la vida humana en el mercado en función de las diversas condiciones de riesgo, lo cual podría aplicarse a la valoración de la vida humana en los accidentes mortales que se producen en hipótesis extracontractuales.

Es obvio que las dificultades que presenta esta técnica son abrumadoras. En primer lugar, y tal como he señalado, los individuos tienden a subestimar considerablemente el riesgo de muerte o de lesiones corporales a los que están expuestos, con lo cual los índices contractuales no son suficientemente representativos del coste real de las lesiones. Sería necesario tener en cuenta esta infravaloración del riesgo de que suceda el siniestro; pero es imposible descubrir la medida exacta de la misma. No obstante, se podría argumentar que esta dificultad es menor si la contratación la concluyen grupos y la ejecutan sujetos que no están expuestos directamente al riesgo de la lesión. Donde existan sindicatos fuertes, por ejemplo, puede afirmarse que el factor riesgo será probablemente bien conocido y las partes contratantes podrán apreciarlo adecuadamente, porque cada una lo percibirá como un riesgo de lesiones al que son otros los que están expuestos.

Pero incluso si esto último fuese sustancialmente cierto (a pesar de que existen razones para dudarlo),<sup>7</sup> la extrapolación de la situación contractual seguiría siendo, en segundo lugar, una solución inadecuada para la valoración de las lesiones corporales. Las condiciones necesarias para que ocurriera lo contrario son, sencillamente, irreales. Tendrían que existir, por ejemplo, suficientes situaciones en las que el tipo de trabajo fuera realmente comparable. Tendría que existir una perfecta movilidad de la mano de obra, con lo cual, cuanto mayor es

la imperfección menos adecuada será la diferencia salarial para calcular el valor de las lesiones corporales. Además, hay que tener en cuenta que la diferencia salarial no refleja simplemente el distinto riesgo de mortalidad, porque no todos los accidentes son mortales ni producen siempre una muerte instantánea. Allí está representada una amalgama de distintos índices de mortalidad, daños morales, días perdidos, costes médicos, desfiguraciones, etc., que hace casi imposible aislar el valor de mercado de uno de estos daños para aplicarlo a las hipótesis extracontractuales.

Pero admitiendo incluso la posibilidad de la determinación de este valor, sería muy difícil, en tercer lugar, hallar la hipótesis extracontractual en la que pudiera encajar adecuadamente. El valor obtenido sería, en el mejor de los casos, el valor de un brazo o el de la vida del trabajador medio de un tipo de industria dado, con una determinada probabilidad de sufrir lesiones. Sin embargo, la víctima de una hipótesis extracontractual no ha de ser necesariamente ese trabajador medio, ni ha de resultar dañada por una actividad que entrañe un «riesgo de lesiones» siempre conocido o determinable. En consecuencia, aunque exista un gran número de valoraciones de brazos deducidas de otras tantas situaciones contractuales distintas, el problema de aplicar a la hipótesis extracontractual la escala de valores obtenidos de las situaciones contractuales, es insolvable. Y lo que es irreal en el contexto de los contratos de trabajo, se convierte en absurdo en otras situaciones contractuales, tales como la compraventa de un taller o el viajar en avión o en tren. Existen, en definitiva, demasiadas diferencias, que no se refieren precisamente al siniestro en sí mismo, para poder establecer una valoración del riesgo de accidente.

*Determinación colectiva de la valoración del coste de mercado en general.* En la prevención general, la segunda forma de valorar el coste de los accidentes, de los que se derivan lesiones corporales, es abiertamente colectiva. Ahora se parte de la idea según la cual es imposible realizar una directa extrapolación de los escasos valores de mercado disponibles y, por ello, se intenta un cálculo aproximado, mediante un juicio colectivo acerca del valor que el mercado asignaría a las diversas lesiones. Este método podría recurrir también a los datos que proporcionan las situaciones contractuales, considerándolos como valores mínimos (con vistas a la presumible subestimación del riesgo), o como punto de partida (porque se

trata de cifras promedio relativas a actividades que entrañan un riesgo de accidentes dado y reflejan un conglomerado de siniestros diversos). Entonces se procedería a agregarles todos los elementos pecuniarios que pudieran aislarse para deducir el valor monetario de las respectivas lesiones. El objetivo seguiría siendo aproximarse al mercado; se trataría, en teoría, de lograr la cifra en dinero que la víctima real poseyendo un conocimiento preciso y completo del riesgo que soporta la gente incluida en una idéntica categoría de riesgo, habría recibido por soportarlo.<sup>5</sup> El valor de la lesión efectiva (el coste del accidente) no sería teóricamente otro que el resultado de multiplicar esta cifra por la probabilidad de que se produzca la lesión. La conveniencia de la actividad que ocasiona la lesión no se tendría en cuenta, naturalmente, ni sería relevante para este cálculo de prevención general. El objetivo sería convertir en dinero lo no monetizable, y con ello permitir que el mercado juzgara la conveniencia de las actividades que causan accidentes. Los errores individuales serían nuevamente insignificantes si, en término medio, las valoraciones fuesen razonablemente precisas.

Es obvio que esta estimación colectiva de las hipotéticas valoraciones individuales está lejos de ser satisfactoria. Sin embargo, puede ser la mejor solución posible. En tal caso, la primera cuestión que debemos resolver se refiere a los métodos que pueden proporcionar la mejor decisión colectiva, y la segunda a los remedios que pueden aplicarse a continuación para poder paliar nuestra insatisfacción inicial.

*Determinación colectiva de la valoración del coste de mercado. Técnicas y su relación con la solución del problema de la imputación del coste.* Existen principalmente dos técnicas para tomar esta decisión colectiva. La primera actúa mediante clasificaciones más o menos detalladas de las lesiones; la segunda se funda en el examen de cada caso y de cada lesión en particular. Aquí, del mismo modo que ocurre con los daños patrimoniales, los méritos de cada una de estas técnicas dependen de su relativa precisión (según el objetivo de la prevención general) y de su relativo coste. Obviamente, cuanto más detallada sea la hipótesis más ajustada podrá ser al precio que hubiera exigido la víctima por soportar el riesgo de que se produjera la lesión, si ella hubiese tenido un conocimiento completo *ex ante* de la entidad del riesgo. El desfase inevitable entre las tablas de valores y los valores corrientes debería evidenciarse por lo menos este extremo. Pero

también es obvio que cuando más detallada sea la hipótesis, más cara resulta, probablemente, formularla. Además, dado que la compensación de la víctima no es el objetivo en este terreno, el problema no es saber si una lesión particular se puede valorar mejor mediante un examen del caso concreto, sino el incremento de precisión obtenido de esta forma, en relación al coste total de su ejecución.

Existe además un cierto peligro de error si se pretende realizar un examen demasiado detallado. Si sometemos los siniestros que causan lesiones a un análisis demasiado circunscrito al caso concreto (tal como sucede al recurrir a la intervención de jurados), quedaríamos atrapados, probablemente, en aspectos que son sustancialmente irrelevantes desde la perspectiva de la prevención general, como, por ejemplo, en la importancia que tuviera, desde el punto de vista de la prevención específica, la actividad desarrollada por el eventual ofensor o por la eventual víctima. Estos elementos pueden ser altamente significativos en el contexto de otros métodos. En realidad, en el ámbito de la prevención específica, estos aspectos han de tenerse en cuenta necesariamente para valorar el coste de las lesiones. Pero en el ámbito de la prevención general son cosas irrelevantes, porque el mercado juzgará la importancia de la actividad en cuestión, una vez se hayan establecido las cifras representativas del coste, con independencia de aquellos juicios de valor. Sin embargo, sería irreal suponer que cualquier sujeto que tenga que valorar el coste de las lesiones, al enfrentarse a un siniestro en particular será capaz de permanecer inmune a ese tipo de juicios de valor mientras realiza la medición. Esto, que es perfectamente admisible en un sistema mixto, no lo es, en cambio, en el ámbito de la prevención general pura.

El grado de concreción deseable, al resolver el problema de la valoración del coste, está influido en parte por el grado de concreción necesario para resolver el problema de la imputación del coste, ya que el primero depende del incremento de precisión que se obtiene y del coste de conseguirlo. El gasto que conlleva la concreción de las cifras del coste estará parcialmente condicionado a que los casos difíciles de imputación se resuelvan en términos individuales o por categorías.

Si se resuelven en términos individuales, se recopilarán probablemente algunos de los datos que son necesarios también para efectuar la valoración particularizada del coste, con lo cual la mayor parte del andamiaje necesario para decidir individualmente cada caso de accidente ya se habrá construido

y pagado. A la inversa, si convenimos que no es oportuno resolver el problema de la imputación del coste en términos individuales, es muy probable que resulten prohibitivas las decisiones acerca de la valoración del coste realizadas en esos términos. Se podría partir de un punto distinto y examinar, en primer lugar, el gasto que supone valorar los costes en términos individuales, para proceder luego a considerar el gasto que ha de añadirse para resolver el problema de la imputación en los mismos términos en relación al incremento de precisión obtenido mediante ese tratamiento de los casos particulares. Pero como es improbable que la prevención general considere que son más precisas las soluciones del problema de la imputación del coste, obtenidas mediante las decisiones tomadas en base a cada caso particular, que las obtenidas en términos de categorías, es lógico suponer que en tal sistema de prevención se admitan las soluciones del primer tipo para el problema de la valoración del coste, sólo cuando aquéllas estén justificadas por el incremento de precisión que comportan.<sup>9</sup>

En la práctica, la determinación del grado de concreción conveniente de la valoración del coste habrá de basarse en datos empíricos, los cuales serán distintos en cada tipo de accidentes. Tales datos incluirán el grado de similitud de las lesiones y de las víctimas; el coste de valoración en el contexto particular del accidente considerado; los errores de valoración posibles debidos al exceso de particularización en el contexto concreto (esto es, la posibilidad de caer en juicios que no se adecúan al ámbito de la prevención general, cuando se usa la técnica del caso particular); los posibles desfases existentes entre las tablas de valoración y los valores corrientes; y por último, la necesidad de valoraciones específicas en el contexto que se analiza, y el coste de realizarlas, en relación al nivel de generalidad en el que se producen las soluciones del problema de la imputación del coste de esa área.

Un examen de las formas de valoración del coste no puede reducirse a la disyuntiva: valoraciones por categorías o valoraciones en cada caso particular. Es preciso referirse también al órgano o la institución encargada de realizar la valoración, con independencia del nivel en que se produce. Como la prevención general pretende decisiones de mercado individuales, en teoría debería buscar aquella institución que fuera la más individualista de todas, esto es, aquel órgano que, en conjunto, fuese el que se aproximara más a las valoraciones que realizarían los particulares en el mercado. Nuevamen-

te, en teoría, este órgano podría ser el jurado, instruido para valorar los daños en términos de la suma que exigirá la víctima *ex ante* para exponerse al riesgo de ser dañado, multiplicada por la probabilidad de que le ocurra el accidente a alguien perteneciente a la misma categoría de riesgo que la víctima. En la práctica, esto se puede reducir a que cada miembro del jurado decida la suma que exigirá para exponerse al riesgo, multiplicada por aquella probabilidad. Sobre una masa de casos, este procedimiento podría proporcionar un resultado bastante satisfactorio en relación a lo pretendido en el ámbito de la prevención general.

Sin embargo, cuanto menos individualizadas sean las valoraciones de los costes, el veredicto del jurado menos adecuadamente reflejará la suma que los particulares exigirían por exponerse al riesgo. Una serie de jurados puede servir para obtener una aproximación razonablemente buena, al conjunto de valoraciones individuales, porque esa serie puede ser mucho más representativa de las actitudes individuales en general, que cualquier otro órgano colectivo. Pero con ello no se pretende afirmar que el jurado sea el mejor representante de las posiciones individuales cuando se trata de establecer una clasificación general de los daños que ocasionan lesiones corporales. De hecho, debería ser evidente que cuando nos encaminemos hacia clasificaciones de daños, por más particularizadas que éstas sean, la mejor estimación de la media de las actitudes individuales no procederá de un cuerpo como el jurado, sino probablemente de otras instituciones que posean una base popular mayor.

No es mi intención analizar aquí cuál de las posibles combinaciones de cuerpos de expertos e instancias representativas (quizá legislativas) es, probablemente, la más idónea, teniendo en cuenta los peligros que significan la falta de actualización de las clasificaciones y las presiones interesadas a las que puede estar sometida su elaboración. Basta señalar que el recurso a los jurados en áreas donde los daños no están tabulados, y el empleo de instancias técnicas de expertos y de órganos representativos para la elaboración de las categorías allí donde éstas constituyen el criterio operativo, es consistente con el sistema de la prevención general. Obviamente, los problemas del coste y de la falta de actualización de nuestros sistemas en vigor podrían plantearse igualmente en el ámbito de un sistema basado principalmente en la prevención general, aunque también es probable que pudieran tener una solución mejor que la que hoy reciben.

*Modificaciones de la valoración del coste en la prevención general, realizadas mediante la prevención específica.* Sin perjuicio de los medios empleados para conseguir que las valoraciones colectivas del coste se ajusten lo más posible a las que realizarían los particulares en el mercado, esas valoraciones nunca serán enteramente satisfactorias. Como consecuencia de ello surge la segunda cuestión que he señalado anteriormente: ¿qué remedios pueden aplicarse para paliar nuestra insatisfacción inicial? En realidad, es imposible sentirse satisfechos con ninguna forma de valoración de las lesiones corporales, porque tales lesiones conllevan elementos que no son en absoluto reducibles a términos pecuniarios; lo cual nos permite adelantar que cualquier técnica que realice esta conversión en dinero será siempre algo inadecuada. Sin embargo, en la práctica se afirma que, en un cierto punto, el coste de evitar tales lesiones es mayor que el coste propio de las mismas, resolviendo en favor de los accidentes, lo cual significa que las lesiones tienen un precio. En consecuencia, es inevitable realizar una cierta valoración de su coste.

Como se ha visto, la prevención específica realizaría esta valoración de forma enteramente colectiva, considerando el coste de la lesión y el valor de la actividad en cuyo seno se ocasiona. También se ha visto que la prevención general trata de ajustarse, en cambio, al valor de mercado del coste, para dejar que el mercado sea quien decida acerca de la conveniencia de los actos y de las actividades. Sin embargo, las dificultades que entraña la valoración de los costes (esto es, la aproximación a los valores de mercado) en este último sistema, sugieren la posible existencia de decisiones adoptadas por el mercado, a favor o en contra de los accidentes, que sean inadmisibles desde el punto de vista colectivo. De hecho, incluso los más conspicuos defensores de la libertad de mercado tienden a revisar esas decisiones que el mercado adopta.

Por ejemplo, después de haber observado los resultados a los que ha llegado la técnica de la prevención general en el mercado, puede convenirse en prohibir la conducción a los jóvenes comprendidos entre los 16 y los 18 años de edad, o a la inversa, en subsidiar la conducción de los mayores de 65 años. La primera decisión posible es análoga a la que se adopta en el ámbito de la expropiación forzosa; por que en realidad lo que se afirma implícitamente es que no existe utilidad pública suficiente para justificar la destrucción o el daño a la vida humana causado por los jóvenes conductores. La segunda decisión posible es semejante a la de subsidiar a cier-

tos adquirentes de bienes patrimoniales con el fin de que incrementen su número. Del mismo modo que exigimos algo más que la simple disposición a pagar un determinado precio, antes de consentir que los particulares, o ciertos grupos, se apropien de determinados bienes (porque entendemos que su valor monetario sería sólo una aproximación), exigimos algo más también antes de permitir que se desarrollen ciertas actividades que pueden dañar o destruir la vida humana.<sup>11</sup> Análogamente, tal como podemos estar convencidos de que se derivarán ciertos beneficios sociales, que no se reflejan en el mercado, al favorecer que los particulares adquieran ciertos bienes, que, dadas las condiciones del mercado, no se «podrían permitir» de otro modo, también podemos decidir que ciertos individuos participen en determinadas actividades que ponen en peligro la vida humana. Dado que los elementos no monetarios son mucho más significativos a la hora de valorar la vida humana que al valorar los bienes patrimoniales, es obvio que son de esperar más restricciones y regulaciones en el ámbito de los accidentes que en el de la expropiación forzosa. Y por ello, cuanto más inexacta sea la valoración de mercado, más posibilidad habrá de recurrir a la revisión colectiva de esta determinación.

Todo lo anterior implica que no podemos fiarnos exclusivamente de la prevención general; lo cual no significa que la prevención general y la específica sean similares. Valorar el coste de las lesiones tan objetivamente y tan ajustada a la forma en que lo haría el mercado como sea posible, examinar el resultado que produce esta valoración en el mercado y corregirla luego, mediante decisiones de prevención específica, es un proceso bien distinto del que consiste en realizar un juicio de valoración global en la fase de valoración de los costes, como es el que se deduce, tal como veremos, del sistema de la prevención específica.

*La relación existente entre la valoración del coste en general, realizada por la prevención colectiva, y la decisión acerca del problema de la imputación del coste.* Hasta ahora nos hemos referido a la cuestión de la valoración de los costes de forma separada del problema de la imputación de los mismos, salvo en lo referente al efecto que tendría sobre el coste de concreción (clasificación) y, por tanto, sobre su conveniencia, en uno de éstos problemas, el nivel de concreción necesario en el otro. Sin embargo, no debemos olvidar el hecho de que el descuido de valorar en términos de coste uno de los

aspectos que conlleva el caso de las lesiones corporales (o cualquier otra situación de accidente), implica necesariamente una concreta solución del problema de la imputación del coste. *En la medida en que la víctima perciba ese aspecto como un coste real*, no explicitar su valor significa, ni más ni menos, que asignárselo a ella; lo cual supone haber resuelto ya la cuestión de la imputación del coste. El valor del coste de ese elemento, asignado de ese modo, será el atribuido por la víctima: esto es, por la parte que tiene que soportarlo. El efecto de prevención general que produzca dependerá de la capacidad de las partes que posean el mismo potencial de riesgo respecto al coste de dicho elemento, para tener en cuenta ese riesgo en sus decisiones de mercado.

El descuido de los costes plantea un problema muy importante y a él me referiré extensamente en la sección siguiente sobre los daños morales y sentimentales, porque allí cobra un significado especial. Aquí lo menciono sólo para subrayar el hecho de que cualquier error en la valoración de los costes comporta implícitamente una decisión acerca de su imputación, lo cual puede producir un cierto efecto de prevención general.<sup>12</sup> La cuestión es más importante en el ámbito de los daños morales por la sencilla razón de que es allí donde esos errores de valoración son más probables y el efecto de prevención general se hace más problemático y, en consecuencia, mucho más interesante.

#### DAÑOS MORALES Y «SENTIMENTALES»

El problema de la valoración de los daños morales no difiere esencialmente del referido a la valoración de otros daños no convertibles en dinero.<sup>13</sup> Existe la posibilidad de recurrir a las situaciones contractuales como criterios orientativos, se pueden detectar los mismos problemas relativos a la consideración del caso particular o al empleo de clasificaciones para los daños, y puede plantearse la misma disyuntiva entre las decisiones adoptadas mediante un jurado o las establecidas por medio de otras instancias. La diferencia principal reside en el grado. Aunque las técnicas son las mismas, los resultados a los que conducen son más inciertos, ya que, por lo menos *ex hypothesi*, los objetos que aquí están involucrados sólo de un modo muy impreciso son susceptibles de expresarse en términos monetarios. Y cuanto mayor es la incertidumbre mayor es el gasto que conlleva.

En primer lugar, la incertidumbre significa que los daños medios, o las tablas de clasificación que se elaboren, tienen menor probabilidad de constituir aproximaciones razonables. La causa de ello no reside sólo en el distinto modo de reaccionar al dolor y al sufrimiento que tienen los individuos (de nuevo aquí las diferencias individuales serían relativamente insignificantes para la prevención general, mientras fuera posible obtener índices que reflejaran adecuadamente el daño moral medio que soporta cada categoría, y por ello fueran significativos para la resolución del problema de la imputación del coste), sino también porque las cifras que representan el daño moral medio, o las que figuran en las tablas de clasificación de este tipo de daños, debido a la inexistencia de bastantes criterios de clasificación en este ámbito, serán siempre imprecisas, a no ser que resulten de la suma de los casos individuales. La consecuencia práctica de todo ello es que son preferibles las decisiones individuales, y éstas son caras.

La incertidumbre significa, en segundo lugar, que incluso en las cuestiones que pueden resolverse según el criterio del caso particular, la valoración de elementos tales como el dolor y el sufrimiento es, evidentemente, más cara que la valoración de otros aspectos expresables en términos de coste. Se precisa un número mayor de pruebas, las pretensiones pueden divergir ampliamente, y en definitiva, el tiempo requerido para la valoración de todos los elementos implicados es mayor.<sup>13</sup>

Mi interés principal al referirme a los daños morales y a otros elementos no traducibles en términos monetarios, no reside en el hecho de que su valoración sea cara, sino en una consecuencia derivada tanto del coste de la propia valoración como de las dudas que surgen al intentar realizarla. Se trata de la tendencia a considerar algunos de esos aspectos como meros caprichos o daños «sentimentales» y consiguientemente, a excluirllos en conjunto del cálculo del coste. El efecto que produce esta exclusión tiene algunas implicaciones interesantes para la prevención general, siendo más o menos análogas a las que se derivan de los errores cometidos en la valoración del coste de los accidentes. Aquí las cuestiones son: ¿qué sucede con el coste del accidente que deja de valorarse o no se valora adecuadamente?, ¿a quién, y de qué modo afectará, desde el punto de vista de la prevención general? En este sentido, el tema de los daños morales y «sentimentales» plantea un problema más general que requiere una cierta atención.

Como ya he señalado, la falta de valoración del coste de

los daños morales significa hacerlos recaer sobre la parte que originariamente los sufre. Esto a su vez implica dos cosas: (1) que la víctima debe soportar ese coste (una pura determinación de la imputación), y (2) que admitimos que el valor asignado a la parte del coste que se ha dejado de valorar no es otro que el valor que el sujeto que debe soportarlo le atribuya (una determinación del valor). Pero los efectos sobre la prevención general no se basan en el valor atribuido por la víctima a esa carga una vez producida la lesión, sino en el valor que la víctima, y los demás sujetos expuestos a un mismo riesgo de tener que soportar daños morales similares, daría a este riesgo de sufrir daños morales para los cuales no está prevista compensación. Esto plantea la grave cuestión de saber en qué medida la posibilidad de compensar los daños morales, y otros similares, afectará a la conducta de la gente. Se trata de una cuestión fundamental, porque su respuesta influirá, esencialmente, en la conveniencia de dejar ese coste a cargo de la víctima.

El intento de resarcir a la gente que ejerce actividades de las que pueden derivarse daños morales (u otros daños que no sean fácilmente traducibles en dinero), produce un efecto bastante peculiar respecto a la prevención general, si su conducta está influida sólo por el miedo a sufrir tales lesiones y no por el hecho de ver resarcidos o no esos daños. Supongamos, por ejemplo, que las operaciones con explosivos que se realizan en una cantera ocasionan un cierto número de lesiones anuales a la gente que habita en una zona determinada. Supongamos también que todas estas lesiones consistan sólo en *daños morales* (u otros daños difíciles de monetizar), y que la actitud de esa población ante los accidentes sea totalmente insensible al hecho de ser o no resarcida pecuniariamente por tal sufrimiento, aunque exista una gran preocupación derivada de la expectativa de tener que soportarlo. Dadas estas circunstancias, un cierto número de individuos, en igualdad de condiciones, tenderán a emigrar de la zona, con mayor o menor intensidad en función de la conciencia que tengan del riesgo de sufrir la lesión. Si el riesgo estuviera valorado apropiadamente, éste sería el equivalente exacto a la presión económica que la prevención general impondría sobre el hecho de habitar en la zona. Esta presión variaría según la probabilidad de ser dañado que tuviera cada residente, y de la estimación que él hiciera del coste que le significara el daño moral. Por tanto, si suponemos que por parte de los habitantes de la zona existe un conocimiento perfecto del



riesgo y que la decisión acerca de la imputación del coste consiste en no gravar con ninguna carga a la actividad de la cantera, se habrá conseguido una óptima presión de prevención general.<sup>14</sup>

Además, habiendo supuesto que lo importante para los residentes es la expectativa del sufrimiento y no la perspectiva de que éste no sea resarcido, experimentarán el mismo estímulo para emigrar tanto si reciben la indemnización, como si no. El sujeto que teme perder la cabeza, y no le importe que le paguen o le dejen de pagar por ello, emigrará en cualquier caso.<sup>15</sup> Por tanto, dada esta hipótesis y dado que suponemos que los habitantes de la zona son plenamente conscientes del riesgo que corren, obligar a la compañía que explota la cantera a que pague las indemnizaciones correspondientes puede parecer que causará un efecto perjudicial para la prevención general. Los habitantes reducirían o alterarían su conducta en la medida en que lo consideraran justificado según el riesgo de sufrir daños morales, pero al mismo tiempo las compañías que explotan canteras tendrían que modificar su actividad en la medida determinada por el riesgo que pende sobre ellas de tener que pagar por tales daños morales. En efecto; los residentes no podrían ser resarcidos en términos de prevención general, ya que la perspectiva de la indemnización en nada influiría en su conducta; pero la compañía que explota la cantera tendría que soportar las pérdidas (en la forma prevista por la prevención general), ya que el hecho de pagar la indemnización afectaría a su conducta. En consecuencia, ambas partes resultarían gravadas por la carga de los daños morales; éstos no podrían ser transferidos por las víctimas, y cualquier intento de hacerlo se traduciría en una extensión de los mismos a la compañía que explota la cantera.

Dado que los costes vienen asignados completamente a ambas partes, a primera vista, esto podría parecer inoportuno desde la perspectiva de la prevención general. Y lo sería, obviamente, si resultara que las víctimas son, en este caso, los sujetos idóneos para soportar las pérdidas en su conjunto (los sujetos capaces de evitar más fácilmente las pérdidas). El que esto no fuera conveniente en otros casos dependería de la respuesta a la cuestión siguiente. Suponiendo que, en base a la decisión adoptada respecto al problema de la imputación, la totalidad o parte del coste del daño moral recayere sobre la compañía que explota la cantera (en cuanto se trata del sujeto más idóneo para evitar el coste en relación a la mencionada parte del mismo), ¿qué produciría una peor

asignación de costes, el dejar que esa parte del gravamen la soportara la víctima, o el imputar una cierta suma de dinero equivalente a la compañía que explota la cantera, sabiendo, de todos modos, que esto último no aliviaría el peso que recae sobre la víctima? En otros términos, dado que es imposible establecer una perfecta presión de prevención general, ya que hemos supuesto que la víctima no puede transferir el coste del daño moral, y dado que la compañía que explota la cantera es el sujeto más idóneo para evitar los costes,<sup>16</sup> ¿qué produciría una peor asignación de costes, el dejar que parte de la carga la soportara un sujeto que no reúne los requisitos para ser el más adecuado imputable (la víctima), o el asignarlos tanto a la víctima como al sujeto más idóneo para soportarlos (la compañía que explota la cantera)? La respuesta dependerá, obviamente, de la medida en que la compañía que explota la cantera está en mejores condiciones para soportar la pérdida (en términos de facilidad para evitar el coste) que la víctima.

Sin embargo, no debemos detenemos demasiado en este punto, ya que son muchas las objeciones tanto teóricas como prácticas, que podrían formularse contra los supuestos fundamentales de los que surge el problema. En primer lugar, en un mundo perfecto y teórico, los habitantes de la zona siempre estarían influidos por el hecho de poder ser resarcidos. Antes de producirse la lesión, serían capaces de obtener crédito sobre la base de la indemnización que reciben si tiene lugar el daño. Dado que no les preocupa la compensación posterior al accidente, siempre estarían dispuestos a ceder su derecho a la indemnización a cambio de un pago por soportar el riesgo antes de que suceda el accidente. Y si los residentes no estuvieran influidos por la perspectiva de la indemnización posterior al accidente, en cambio lo estarían inevitablemente por el hecho de poder disponer de una compensación previa al siniestro. Esta especie de «seguro a la inversa» serviría para reducir el riesgo de la lesión de la forma más económica posible. En nuestro ejemplo, esto ayudaría a mudarse a algunos, a otros les serviría para construir refugios y permitiría que unos terceros trataran de sobornar a la compañía que explota la cantera para que modificara su conducta. Todas estas tentativas de disminución del riesgo se producirían a corto plazo con independencia de la obtención del rescaramiento, pero su efecto a largo plazo sería muy distinto si el coste financiero de tales tentativas fuera satisfecho por la compañía que explota la cantera (esto es, si se resar-

cieran los daños morales), o bien recayera sobre los habitantes de la zona (esto es, si no tiene lugar tal resarcimiento).

Esta objeción teórica es obviamente irreal. No existe esa especie de seguro a la inversa, y tampoco se realizan esas transacciones tan simples. Pero vale la pena mencionarlo porque algunas de las premisas que nos hacen creer que el tipo de costes que engendran los daños morales son intransferibles, son teóricas, y es interesante reconocer que, desde una perspectiva puramente teórica, los costes de los daños morales *pueden*, de hecho, transferirse.

A medida que nos vamos acercando al mundo real, van apareciendo más razones de carácter práctico ante las cuales conviene saber si los costes de los daños morales son convertibles en dinero y distribuíbles. La principal de ellas es, nuevamente, la tendencia psicológica que muestran los individuos a infravalorar el riesgo de sufrir lesiones, con lo cual, a no ser que parte del coste (el equivalente a la infravaloración realizada por la víctima potencial) se asigne a los ofensores, de hecho algunos de estos costes no se asignarán a ninguna de las dos partes. Los habitantes de la zona estarán afectados sólo en la medida de su consciencia del riesgo, la cual, como hemos supuesto, es menor que su valor real. La compañía que explota la cantera no estará afectada en absoluto, dado que no es responsable. En este sentido, imputar alguno de estos costes a esta última no comportaría un efecto doble, sino el mero reconocimiento de unos costes que de otro modo no afectarían a ninguna parte.<sup>17</sup> Esto es perfectamente encomiable si existe algún modo aceptable de valorar el coste de los daños morales, porque entonces podríamos tratar de determinar el coste que debería asignarse a la compañía que explota la cantera para compensar la infravaloración del riesgo realizada por los habitantes de la zona. Sin embargo, si no nos fiamos de nuestra valoración será difícil descubrir el error que entraña la valoración realizada por los residentes, incluso si estamos convencidos de que es inferior al valor real. Es obvio que nuestra tendencia a aproximarnos al problema de este modo tan escéptico se acentuará a medida que nos ocupemos de daños cada vez más personales y, por tanto, menos traducibles en dinero: pasando desde las lesiones corporales en general, a los daños morales y a los daños sentimentales.

La situación es algo distinta si ocurre que en la *práctica* la gente está más influida por el miedo a que los daños morales *no resulten compensados*, que por el temor de tener que padecerlos. En la medida en que esto suceda es justo afirmar

que el elemento «coste» podrá ser convertido en términos monetarios, pues si la gente se conduce de diferente modo cuando sabe que será indemnizada por sufrir el daño, esto ya significa una cierta monetarización del mismo.

Sin embargo, cualquier hipótesis del género «todo o nada» suele ser falsa; por eso es tan difícil el problema de la valoración del daño moral. Probablemente es justo afirmar: (1) que la conducta de la gente estará relativamente afectada, como mínimo, por el hecho de que se indemnicen efectivamente los daños morales; (2) que el temor del sufrimiento por sí mismo, y con independencia de la eventualidad de la indemnización, será un factor significativo para la mayoría de la gente, sin contar que para algunos constituirá un factor esencial; (3) que a pesar de este temor —o quizá a causa de él— la estimación individual del riesgo de un daño moral será sustancialmente imprecisa; (4) que la estimación colectiva de lo que exigirían los individuos por soportar el riesgo del daño moral al que se exponen, si fueran absolutamente conscientes de la categoría de riesgos a la que pertenecen, a menudo no es más que un cálculo aventurado, y (5) que estas dificultades se incrementan a medida que vamos avanzando desde las meras lesiones corporales hasta los daños que afectan más profundamente a la personalidad, tales como las lesiones psicológicas, los daños morales y los daños «sentimentales», por este orden.

¿Cómo deben tratarse los costes de los daños morales, sabiendo especialmente que la falta de valoración o la infravaloración de tales daños, lejos de evitar una decisión acerca de la imputación de los mismos, implica una muy concreta de asignarlos a la víctima? Mi opinión es que será fácil realizar valoraciones colectivas y probablemente la mayoría de la gente se verá afectada por el hecho de recibir o no una indemnización, en cuanto que es posible que algunos de esos costes no sean absolutamente individuales, sino compartidos por las víctimas potenciales. Estos costes pueden valorarse (se trata de los que más fácilmente pueden convertirse en dinero, del conjunto de los costes no pecuniarios) y, en consecuencia, es posible adoptar una típica determinación acerca de su imputación. Estas valoraciones serán siempre caras y eventualmente pueden parecer injustificadas si los costes terciarios que conllevan son superiores a los beneficios que se esperan de la prevención general. No obstante, para esta clase de costes, correspondientes a los daños morales, pueden emplearse cifras promedio o tablas de valores que hagan ase-

quibles las valoraciones desde el punto de vista de los costes administrativos.

A medida que nos acercamos a los daños «sentimentales» se hace más incierta tanto la practicabilidad de las valoraciones colectivas como la utilidad del resultado, desde la perspectiva de la prevención general. Por otro lado, el coste de realizar tales valoraciones se encarece de forma progresiva al requerir cada vez más una individualización mayor. Al llegar a un cierto punto resulta más conveniente dejar que sea la víctima quien soporte y evalúe estos costes, que agregar a la incertidumbre y al coste de realizar la valoración colectiva la duda de si la tentativa de transferir los costes no se traducirá en un gravamen doble, sobre la víctima y el ofensor. Esto es lo mismo que afirmar que en un momento determinado el resarcimiento ya no tendrá ningún efecto sobre el comportamiento de la víctima, entrañando en cambio el riesgo de que ambas partes tengan que soportar el coste, con lo cual será preferible tratar de informar a los particulares del riesgo que corren en vez de determinar colectivamente el riesgo de un modo razonablemente correcto, haciendo luego un cálculo aventurado acerca del coste que puede representar para los particulares.<sup>18</sup> Advuértase no obstante que en un momento dado la solución del problema de la imputación, implícita en el hecho de asignar los costes a la víctima, puede ser perfectamente oportuna si el objetivo principal es gravar al sujeto idóneo para evitar el coste.

Esto es así por dos motivos principales. En primer lugar, si los costes son intransferibles, debido a que la motivación de la víctima no reside en el miedo a *no ser resarcida* de la lesión, sino en el temor de la propia lesión, tales costes no pueden proyectarse al exterior mediante transferencias. Por ello, si deseamos que una parte del coste del accidente, que afecta a la compañía que explota la cantera y a los habitantes de la zona, recaiga sobre la víctima (en términos de imputación del coste), pero nos tememos que esto producirá externalidades debidas a transferencias, es preferible dejar que costes tales como los daños sentimentales, que son difíciles de proyectar al exterior, recaigan sobre los residentes, mientras se asignan aquellos que son más fácilmente monetizables; y por tanto más fácilmente proyectables al exterior, tales como las horas de trabajo perdidas, a la compañía que explota la cantera. Es obvio que también pueden producirse externalidades debidas a un inadecuado conocimiento; en cierto sentido puede parecer que esto constituirá aquí un peligro especialmen-

te grave, debido a lo profunda que puede resultar, tratándose de daños de tal clase, la incapacidad psicológica para percibir la entidad del riesgo. Algo puede remediarse mediante intentos conscientes para informar a las víctimas potenciales del riesgo al que están expuestas. No obstante, es casi inevitable que se produzcan externalidades debidas a esa componente psicológica de las víctimas. Pero con independencia de cómo se traten estos costes, las externalidades debidas a una falta de información adecuada son ineludibles a causa además de la incapacidad tanto colectiva como individual de realizar valoraciones precisas. En consecuencia, lo más aconsejable es no preocuparse demasiado de las externalidades debidas a la falta de información adecuada, y aprovechar el hecho de lo difícil que resulta aquí la existencia de externalidades debidas a las transferencias.

En segundo lugar, y en la medida en que tales daños no pecuniarios son extremadamente particulares, es probable que sea la víctima el sujeto más idóneo para evitar el coste de la forma más económica posible, aunque sólo sea por la única razón de que es ella quien mejor que nadie puede conocer el riesgo al que se expone. Así, quien posea un oído especialmente sensible será, con toda probabilidad, el sujeto más adecuado para evitar el «coste» que el ruido de las explosiones le produce. La suma que representa el daño medio puede —y quizá debe— ser satisfecha a los habitantes de la zona por la compañía que explota la cantera, lo cual influirá en el comportamiento de esta última. Si a pesar de los pagos establecidos, siguen produciéndose explosiones que dañan el sentido del oído de una persona concreta, probablemente la forma más económica de evitar o reducir ese coste particular sea que ese individuo se ponga tapones en los oídos o se marche de la zona. Obviamente, el mismo análisis se aplica al caso de un sujeto expuesto particularmente en un determinado daño moral o «sentimental».<sup>19</sup>

Por tanto, se puede concluir afirmando que, en cuanto concierne a la prevención general, el problema de los costes no pecuniarios, aunque difícil, no es totalmente irresoluble. Hasta un cierto punto, la valoraciones se pueden realizar del mismo modo que se valoran las lesiones corporales. Pueden elaborarse tablas que clasifiquen los distintos daños morales y que constituyan la base para valorar los daños morales y los que afectan a la dignidad de las personas, siendo posible, en consecuencia, formular los correspondientes criterios de imputación. Más allá de dicho punto, es mejor no interferir en la

asignación de los costes, siendo conscientes de que ello significará la imputación de los daños extremadamente individualizados a la víctima.<sup>20</sup> Luego, en el momento de adoptar una decisión acerca de la imputación óptima, hay que tener en cuenta la asignación anterior, pues a una parte (la víctima) ya le habrá sido imputada una fracción (la correspondiente a los costes no evaluados).

Como he señalado en otra parte, el gasto que comporta realizar la valoración (costes terciarios) y la conveniencia del fraccionamiento de las pérdidas (remoción de los costes secundarios) contribuirán a determinar la zona por donde trazar la línea de separación entre el valorar los costes no pecuniarios y el no hacerlo, del mismo modo como contribuirá a trazarla la posibilidad que exista de modificar los comportamientos mediante la prevención específica. La decisión de prevención general se verá reforzada en unos casos, o alterada en otros, por la presencia de esos otros objetivos y técnicas. Pero por el momento no voy a ocuparme de ello. Aquí es suficiente observar que, bajo la perspectiva de la prevención general en el imperfecto mundo en que habitamos, nos resistiremos a admitir ciertos costes extremadamente particulares y difíciles de valorar, con lo cual decidiremos asignarlos a las víctimas, porque son ellas quienes pueden valorarlos mejor.<sup>21</sup>

#### *Gastos de tipo administrativo*

Hasta ahora he examinado el problema de los daños morales como si sólo entrañara costes de tipo primario. En realidad, sabemos que el resarcimiento de los daños morales comprende a menudo también el pago de los honorarios de los abogados o, en general, el pago de las sumas necesarias para establecer la responsabilidad y valorar los daños. Con independencia de la validez de este planteamiento, es necesario examinar ahora estos costes terciarios.

Una vez se ha decidido emplear un determinado sistema de responsabilidad civil, los costes necesarios para administrarlo pueden entenderse como costes de los accidentes. No obstante, los consideramos separadamente, como costes administrativos, sólo con el objeto de poder estimar adecuadamente cada sistema; pero adoptado uno determinado, no hay ya ninguna diferencia entre tales costes y los primarios que produce, por ejemplo, una pierna rota. La prevención general,

por tanto, tendría necesidad de valorarlos y asignarlos apropiadamente. No existe ninguna dificultad particular en todo esto, pues en teoría tales costes son evaluables en dinero. Sin embargo, y a pesar de encontrarse muy pocos elementos que no sean teóricamente pecuniarios, existen algunos tipos de costes que en la práctica son muy difíciles de valorar (p. ej., ¿cuál sería el coste de poder contar con el número de jueces suficientes para evitar la congestión producida por los casos de responsabilidad civil, en la administración de justicia?). Afortunadamente, la mayor parte de lo dicho sobre la valoración del coste de los accidentes tiene también aplicación aquí, incluyendo la relevancia del coste de establecer la valoración y los méritos relativos del método del caso particular frente a la técnica de las agrupaciones por clases.

De modo análogo, el problema de la asignación de los costes administrativos es un ejemplo típico del problema de la imputación ya examinado. Sin embargo, dado que las partes que pueden evitar del modo más fácil y más económico otros costes de los accidentes, no son necesariamente las mismas que podrían evitar del mismo modo los costes administrativos, no es irremediablemente cierto que estos costes administrativos tengan que asignarse a las mismas partes que podrían evitar los demás de la forma más fácil y más económica. Una vez más, no debe sorprendernos, ni entenderlo limitado al caso de los costes administrativos, el hecho de que unas actividades puedan evitar con mayor facilidad unos costes que otros (precisamente por eso he señalado la conveniencia a veces, desde el punto de vista de la imputación, de asignar el coste de los daños «sentimentales» a las víctimas, sin perjuicio de que otros costes, más susceptibles de formularse en términos pecuniarios, se asignen de modo distinto). Aunque un principio tan elemental no haya de reducirse sólo al ámbito de los costes administrativos, es en relación al tema de la asignación de estos costes mediante el sistema de la prevención general, donde cobra una importancia particular.<sup>22</sup>

Es obvio que la prevención general no puede ser el único objetivo relevante de la consideración de estos costes. Por ejemplo, en la práctica el deseo de evitar los costes secundarios puede influir en la asignación de los costes administrativos, tanto como pueda hacerlo en la asignación de otros costes. El contraste entre el método de tratamiento de estos costes inglés y estadounidense lo demuestra claramente.<sup>23</sup> Sin embargo, todo esto se halla fuera del objeto del presente análisis. Aquí basta señalar que una vez que nos hemos decidido

por un sistema de responsabilidad civil determinado, no pueden ignorarse los costes administrativos que conlleva, porque alguien tendrá que soportarlos. En consecuencia, la prevención general los tendrá que valorar y asignar, juntamente con los demás costes de los accidentes, de forma tal que conduzcan eficazmente a una consciente decisión de mercado acerca de la oportunidad de las actividades que los causan.

### *Las correcciones derivadas de la negociación privada*

Ya he señalado anteriormente que en la realidad existe un peculiar mercado de víctimas de los accidentes, por lo menos en las situaciones contractuales. El obrero empleado en una industria peligrosa exigirá, en teoría, un salario más elevado si tiene que soportar el coste de las eventuales lesiones. Ya hemos visto también cómo estas transacciones son de dudosa utilidad para valorar el coste de los accidentes. Sin embargo, dado que existe en realidad este mercado; uno debería preguntarse qué sucedería si la colectividad asignara al coste de los accidentes un valor distinto del que le atribuirían las partes en una negociación privada. Esto es, ¿qué ocurriría si la pierna de un hombre se valorara en 100.000 pts., mientras que el valor que representa para él son 500.000 o 1.500.000 pts.?

En teoría, la respuesta es fácil: el mercado corregirá nuestro error! Si nuestro hombre supiera que va a recibir una suma superior al valor que representa para él su propia pierna, estaría dispuesto a trabajar por menos dinero, dada la eventualidad de esta ganancia inesperada. En cambio, si supiera que va a recibir menos de lo que ella vale, exigirá un salario más elevado a causa del riesgo de sufrir un daño que no será indemnizado. En la práctica, este tipo de correcciones serán extremadamente limitadas a no ser que los daños ocasionados sean inmediatamente convertibles en dinero, esto es, excepto en aquellas áreas en donde no exista ningún motivo para dudar de la exactitud de las valoraciones colectivas. Sin embargo, si las valoraciones colectivas son equivocadas, podemos esperar las consiguientes correcciones del mercado. Esto es en realidad lo que sucede en ciertos ámbitos de la contratación laboral en donde los sindicatos han convenido indemnizaciones más elevadas que las que figuran en las tablas oficiales ya superadas. En cambio, en aquellos ámbitos en donde los daños no sean inmediatamente convertibles en dinero, las correcciones de mercado serán probablemente insignificantes.

Sin embargo, desde el punto de vista de la prevención general, las correcciones que realmente se produzcan mejorarán casi siempre los resultados, y sólo en casos muy excepcionales se podrá afirmar que ha sido un error intentar en primer lugar una valoración colectiva de los costes.

Consideremos el caso de un trabajador que antes de un accidente valorara su pierna en menos del valor de mercado, fijado colectivamente. Teóricamente, deberíamos pensar que siendo sensible a la obtención, en caso de accidente, de una ganancia inesperada, nuestro hombre estaría dispuesto a trabajar por un salario inferior. Pero el valor que el trabajador atribuye a su pierna se basa en la probabilidad de que se produzca el accidente, anterior al mismo. Y como hemos visto, los valores dados a los costes de las lesiones aumentan a medida que incrementa el riesgo de que se produzca realmente el daño. En consecuencia, sería extraño que el trabajador que sufre efectivamente la lesión considerara el dinero recibido como una ganancia inesperada, por muy pequeño que fuera el valor que antes hubiera atribuido a su pierna. No hay por tanto la menor probabilidad de que acepte, antes del accidente, un salario sensiblemente inferior, pues desde el momento en que se reconozca realmente como víctima de un daño difícil de transformar en dinero —tal como ocurriría si se considerara como potencial receptor de una ganancia inesperada— comenzará a juzgar insuficiente el pago.

Este ejemplo nos indica que será raro el caso en que la tendencia crónica de las víctimas potenciales a infravalorar el riesgo al que se exponen, produzca una corrección de mercado superior a la que sería justificable cuando la estimación colectiva sobrevalorara la lesión. Las víctimas potenciales infravalorarían la posibilidad del resarcimiento, del mismo modo que infravaloran el riesgo a sufrir la lesión. Sólo si pudieran enajenar su derecho al resarcimiento, antes de producirse el siniestro, la corrección del mercado resultaría perjudicial. Sólo en este caso, una vez establecida la estimación colectiva, las costes de los accidentes podrían verse infravalorados, debido a la confianza infundada de la víctima. Salvo que se consintieran tales contratos de renuncia al derecho a la indemnización, la valoración colectiva establecería el nivel mínimo de los costes de las lesiones no pecuniarias; y este mínimo sería casi siempre oportuno a la vista de la tendencia de las víctimas potenciales a infravalorar el riesgo de sufrir esta clase de lesiones.

Si ahora consideramos el caso de una valoración colectiva

que subestime el coste de la pierna para la víctima, también podremos defender la oportunidad del efecto del mercado y afirmar que el fijar de entrada una valoración colectiva no ocasiona ningún perjuicio. En estas circunstancias, la víctima potencial quizá exigiría un salario más elevado, puesto que le parecería inadecuada la indemnización que recibiría de producirse el siniestro. Cualquier corrección de mercado, que a causa de ello experimentara la valoración colectiva, sería conveniente desde la perspectiva de la prevención general. Sin embargo, no se trataría probablemente de una corrección sustancial, dado que si la víctima subestima el riesgo que corre de perder la pierna, no exigirá posiblemente un adecuado incremento de su salario. Pero si existe tal impedimento psicológico, deberíamos concluir que en ausencia también de esa valoración colectiva inicial, la víctima habría exigido demasiado poco. En otros términos, el hecho de que el mercado no corrigiera totalmente el error cometido por la valoración colectiva, sería la prueba de que la valoración de los particulares —sin aquella otra inicial— por medio de la contratación privada también hubiera entrañado el mismo error, o incluso uno mayor.<sup>24</sup>

Queda aún mucho por decir sobre este tema. Por ejemplo, se podrían analizar los obstáculos particulares que se oponen a la corrección de mercado de las valoraciones del coste, cuando las negociaciones que podrían producir las tuvieran que entablarse entre partes que todavía no están relacionadas por un vínculo contractual, es decir, cuando es probable que existan elevados costes de transacción. Sin embargo, aquí no hay necesidad de insistir demasiado en ello. Desde la perspectiva de la prevención general basta concluir que aun cuando las valoraciones colectivas de los costes sean virtualmente inevitables, y en muy raras ocasiones perjudiciales, es conveniente imputar la responsabilidad a la parte que mejor conoce el riesgo de la lesión (siguiendo aquí los criterios de imputación señalados anteriormente). Las eventuales correcciones de mercado consiguientes sólo pueden mejorar este resultado, con independencia de que la valoración colectiva de los costes sea errónea o no (por lo menos si está prohibida la renuncia a los derechos de la indemnización con anterioridad al accidente).

### EL MÉTODO DE LA PREVENCIÓN ESPECÍFICA

El problema de la valoración del coste es de difícil solución tanto en la prevención general como en la específica. Pero en este último caso hay aspectos que todavía lo complican mucho más. Aquí hemos de atribuir un valor al coste de los accidentes con el objeto de poder decidir colectivamente qué actos o actividades, responsables de los mismos, conviene prohibir o limitar. Dado que en la prevención específica estas decisiones no se adoptan recurriendo al mercado, sino que se basan en juicios colectivos acerca de la importancia de las respectivas actividades, no deberá existir ninguna separación entre la valoración del coste de los accidentes que se atribuyen a una actividad y la valoración de la misma. Por tanto, una característica fundamental para la valoración del coste en el ámbito de la prevención general resulta irrelevante para el mismo problema en el ámbito de la específica. Y en la práctica, aquí la determinación de prohibir o limitar un acto o una actividad, implica siempre simultáneamente una valoración colectiva del coste del accidente, y de la conveniencia de la actividad. En efecto, se trata de una decisión acerca de la importancia de una actividad, dados los costes de los accidentes que ocasiona.

Lo primero que hay que señalar con respecto a esta decisión de prevención específica es que no precisa, de entrada, transformar en términos pecuniarios a aquellos elementos que no son inmediatamente traducibles en dinero, ni siquiera a aquellos que lo son. Esto es cierto tanto en relación a las actividades, como en relación a los accidentes que éstas ocasionan. Por tanto, no sólo elementos tales como los daños morales no se reducirán a su valor monetario, sino que tampoco se hará con los costes y beneficios que, en nuestra opinión, una actividad determinada reporta al margen de los accidentes, y que no se reflejan en el mercado. Como consecuencia de esto, la revisión colectiva de los resultados del mercado, que parecía practicable bajo cualquier sistema de prevención general, no tiene equivalente bajo la prevención específica. La revisión, que he equiparado al requisito de la utilidad pública en el campo de la expropiación forzosa, tenía el propósito de corregir a nivel colectivo las infravaloraciones, o no valoraciones en absoluto; de aquellos aspectos no pecuniarios del coste y de la actividad, una vez visto el efecto producido en la práctica por las valoraciones separadas. La prevención específica, en cambio, no precisa estas revisiones, puesto que tiene que considerar inicialmente, y de manera conjunta, los valores de

la actividad y de los accidentes que ocasiona, que no se reflejan en el mercado.

El hecho de que los aspectos no pecuniarios no requieran una conversión en términos monetarios puede producir la impresión errónea de que se facilita la solución del problema de la valoración del coste. Pero aun cuando no sea preciso convertir en términos monetarios los daños morales, lo es en cambio establecer colectivamente en qué medida nos importan esos daños, con el objeto de averiguar qué hacer con los distintos actos o actividades, que en nuestra opinión son responsables de los mismos. Convertir elementos no pecuniarios en términos monetarios es, al fin y al cabo, una forma cómoda de reducir los distintos elementos a una misma escala de valoración de tal modo que nos sea más fácil comparar y elegir. En resumen, es una fórmula que nos permite comparar peras con manzanas. La reducción a expresión monetaria es necesaria para poder elegir en el mercado entre diferentes elementos y, aunque no es algo imprescindible para la decisión colectiva, no se puede negar que aquí también se precisa una comparación análoga de los distintos aspectos involucrados, si queremos adoptar una decisión consciente a nivel colectivo. En definitiva, la dificultad que entraña convertir elementos no pecuniarios en expresión monetaria es el simple reflejo de la dificultad que entraña esta comparación subyacente.

Así pues, para poder decidir colectivamente la clase de conducción de automóviles deseada y el cuándo la deseamos, hemos de tener en cuenta tanto los costes como los beneficios de la conducción. Tan difícil es comparar estos costes y beneficios si no están reducidos a expresión monetaria como si lo están. Tal como sucedía en el ámbito de la prevención general, a medida que vamos examinando daños que afectan cada vez más de cerca a la personalidad (esto es, a medida que pasamos por este orden: daños patrimoniales, lesiones corporales, daños morales, daños «sentimentales»), la comparación entre los costes y los beneficios se hace más problemática. Además, a no ser que estemos dispuestos a realizar un número infinito de estimaciones colectivas de costes y beneficios de las actividades, y a la luz de estas valoraciones examinar, también colectivamente, cada actividad por separado y con extremado detalle, estaremos obligados a proceder, también con la prevención específica, por medio de categorías de costes; lo cual exige automáticamente su reducción a una unidad de medida común. En otros términos, se hará preciso convertir los distintos costes de los accidentes en valores similares y

susceptibles de comparación. Llegados a este punto, hemos de afrontar nuevamente todos los problemas que plantea la transformación en términos monetarios. Aquí podemos considerar virtualmente adecuado el examen realizado en sede de prevención general, incluida la cuestión relativa al grado de individualización con el que ha de producirse la valoración, teniendo en cuenta los costes que entraña la misma individualización.<sup>23</sup>

Sin embargo, dado que la prevención específica no admite a los valores de mercado como soluciones del problema de la valoración, aquí carece de sentido dividir el tema, como hicimos en la prevención general, en secciones correspondientes a la diversa habilidad del mercado para realizar valoraciones correctas de los distintos tipos de costes de accidentes. El hecho de que los valores de mercado de los daños patrimoniales esté a nuestro alcance, no agotaría el problema al que se enfrenta la prevención específica, porque la precisión de esta particular fórmula de valoración de mercado —respecto a los objetivos generales de la prevención específica— debería ser examinada de nuevo. La prevención específica podría recurrir perfectamente a los valores de mercado como punto de partida. Pero esto sólo significaría la determinación colectiva de que el valor de mercado casualmente se aproxima al valor atribuido colectivamente a un tipo particular de coste del siniestro; pero no demostraría en absoluto que la valoración del mercado fuera en general la mejor.

En la práctica, no obstante, los numerosos factores que contribuyen a facilitar las valoraciones patrimoniales para la prevención general, estarán presentes también en la prevención específica para justificar el recurso a los valores de mercado como primera aproximación al coste de los accidentes, en aquellos casos que se refieren a daños de tipo patrimonial. En cierto modo, estos valores serán combinados a continuación con los costes y beneficios atribuidos al particular binomio «actividad-daños que ocasiona» considerado, adoptando entonces una decisión colectiva acerca de la disciplina del coste de los accidentes, en relación a la actividad involucrada. Esta decisión entrañará prohibir ciertos actos o actividades, debido a que se piensa, colectivamente, que su valor es inferior a su coste, y permitir otros porque sus beneficios exceden a sus costes.<sup>24</sup> Una decisión del mismo tipo podría tomarse en áreas que comprenden daños no patrimoniales, con la única diferencia de que ahora los valores de mercado disponibles serían expresiones menos aceptables de las valoraciones colectivas.

La elección aquí sería, por tanto, mucho más abiertamente política, con todas las dificultades inherentes a la necesidad de formular decisiones con tanta frecuencia como lo exige el gran número de actividades causantes de accidentes.

Existe un importante aspecto ulterior en el análisis de la forma que emplea la prevención específica para resolver el problema de la valoración del coste. Se trata de una cuestión que ya se había planteado en relación al problema de la imputación, y que se refiere al tratamiento de aquellos costes que se producen a pesar de (o mejor, como consecuencia de) nuestra decisión de prohibir sólo ciertos actos o actividades. Tal como he señalado anteriormente, no existe ningún método de reducción del coste primario de los accidentes que los elimine a todos absolutamente, y la prevención específica, del mismo modo que la general, es sólo un medio para decidir qué costes de los siniestros, causados por determinadas actividades, no serán eliminados. Por tanto, los costes de los accidentes subsistirán, incluso en el más puro de los sistemas de prevención específica, y el problema será cómo tratar estos costes. Si los ignoramos, recaerán esencialmente sobre las víctimas; lo cual significa (1) haber decidido que las víctimas son los responsables de esos costes, (2) haber admitido colectivamente que la mejor forma de reducirlos ulteriormente (esto es, después de haber reforzado las prohibiciones de prevención específica ya establecidas) es mediante las reacciones de mercado de quienes deben soportar el riesgo de estas pérdidas y (3) haber decidido que el mejor valor atribuible a estos daños es el que las propias víctimas, o todos aquellos que formen parte de la misma categoría de riesgo, asignen a las pérdidas y al riesgo de que se produzcan. Esto abre, naturalmente, una brecha extremadamente individualista, o de mercado, en la fortaleza de la prevención específica o colectiva.

Pero en la medida en que admitamos que es mejor cualquier método menos individualista para el tratamiento de estos costes, deberemos liberar a las víctimas de una parte de aquella carga. Y esta liberación de unos sujetos, y consiguiente sujeción de otros, requiere una valoración de *aquellos* que estamos transfiriendo; tanto si transferimos la carga a la otra parte o partes, que se ve envuelta en el accidente (porque consideramos colectivamente que su reacción de mercado conducirá al mejor resultado, desde la perspectiva de la prevención específica), como si la transferimos a terceros totalmente ajenos al siniestro (porque no deseamos ninguna reacción del mercado y lo único que pretendemos es que las externalida-

des se asignen mediante el sistema impositivo). Con independencia de a quién deseamos gravar, *mientras no se trate de la víctima*, tendremos que valorar de algún modo el daño que se le ha causado con el objeto de liberarla de él, esto es, de indemnizarla en el sentido estricto del término. Obviamente, esto plantea de nuevo todos los problemas de conversión en dinero de los daños no pecuniarios que habíamos visto surgir en el terreno de la valoración del coste en sede de prevención general, y obliga a averiguar, también aquí, si es el miedo a que el daño no sea indemnizado o el temor del daño mismo la causa que motiva a la gente. Una vez más, si no deseamos que la gente altere su comportamiento a causa del riesgo de los accidentes (salvo los cambios previsibles engendrados por las prohibiciones de la prevención específica) deberemos compensarla completamente si se produce el siniestro; lo cual es imposible *ex hypothesi*, si no existe ninguna indemnización capaz de reparar totalmente la pérdida producida: en otros términos, si la motivación de la gente es el miedo a la lesión y no el miedo a la no compensación del daño.

Por tanto, aquí, al igual que en el ámbito de la prevención general, debemos reconocer que si la motivación principal es el miedo a la lesión, es imposible evitar que los individuos alteren su comportamiento mediante técnicas típicas de mercado. En consecuencia, la prevención específica ha de tener en cuenta esas técnicas a la hora de elegir las medidas necesarias para establecer la mejor combinación posible de actividades y costes que ocasionan. Y además, en la medida en que la motivación principal sea el miedo a no ver resarcida la lesión, la prevención específica debe procurar establecer un resarcimiento (lo cual implica convertir en dinero, en la medida de lo posible, los elementos no pecuniarios), o esperar que las víctimas reaccionen en el mercado a esa falta de compensación. El análisis de los problemas relativos a la valoración del coste examinados en el ámbito de la prevención general puede aplicarse inmediatamente al primer caso. En el segundo, los responsables de la decisión colectiva han de tener en cuenta y afrontar un vasto panorama de decisiones de mercado, con el objeto de establecer la mejor combinación a nivel colectivo de actividades y costes ocasionados por ellas.

El análisis anterior no debe empujarse las enormes diferencias existentes entre la prevención general y la de mercado, incluso en el tratamiento del problema de la valoración del coste de los accidentes. Nada tiene que ver el proponerse alcanzar valoraciones de mercado individualizadas, con la



mera aceptación de algunas de éstas como algo inevitable. Sin embargo, el análisis ha de servir para recordar que, tan pronto como abandonamos toda esperanza de contar con un mundo perfecto, en el que todos los costes estarían determinados de tal forma que la prevención general pudiera poner un precio a cada acto o actividad causante de los accidentes, que permitiera excluirlos del mercado, o la prevención específica pudiera prohibirlos con pleno éxito; necesariamente debemos retornar a una realidad en la que tienen que prevalecer los sistemas mixtos. No obstante, nos queda todavía una cuestión fundamental por resolver: ¿qué combinación satisfará, no completamente —porque es imposible—, sino de la mejor manera, al conjunto de nuestros objetivos?

#### CUARTA PARTE

#### EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR CULPA Y LA REDUCCIÓN DEL COSTE DE LOS ACCIDENTES

No es mi intención tratar aquí la mayor parte de las críticas recientes al sistema de responsabilidad por culpa, según las cuales éste sería, en primer lugar, un sistema excesivamente costoso, y no produciría un fraccionamiento de las pérdidas o un resarcimiento adecuados. La mayoría de estas críticas son conocidas y su examen aquí sería superfluo. Mi propósito, en cambio, es el de contemplar el sistema de responsabilidad por culpa a la luz de mi anterior análisis de los objetivos de la responsabilidad civil, y averiguar en qué medida logra alcanzarlos de modo satisfactorio. Por ello, en vez de insistir en su coste y en el inadecuado fraccionamiento que produce, trataré de ver si estos inconvenientes son justificables o no en relación a los resultados obtenidos por el sistema con respecto a la reducción del coste primario de los accidentes y a la consecución de un mayor grado de justicia.

Los tres aspectos más destacables del sistema de responsabilidad por culpa son: (1) el hecho de tratarse esencialmente de un sistema mixto: esto es, un sistema que no desea realizar una sola función o cumplir un solo fin, sino que aspira a lograr un conjunto de fines mediante métodos de naturaleza mixta; (2) su visión inicial de cada accidente como un asunto que concierne a las partes directamente involucradas y su intento de asignar los costes de acuerdo con esto, y (3) el consentir que se aseguren tanto las víctimas como los ofensores.

La consecuencia inmediata de aquella primera característica es la de mostrar que la mayoría de las críticas al sistema de responsabilidad por culpa, que le objetan el no lograr de modo óptimo ningún fin singular, están fuera de lugar. Pero también lo están todas las defensas del sistema que denuncian a sus posibles competidores por no lograr de modo óptimo ningún fin singular, porque de este modo se pretende afirmar implícitamente que el criterio de la culpa sí logra alguno, o por lo menos trata de hacerlo. Cualquier comparación entre distintos sistemas de responsabilidad civil debe fijarse en cambio en la cuestión referente a qué sistema consigue alcanzar mejor nuestra combinación de fines. Además, al evaluar los diversos sistemas hemos de tener presente que nuestros

finés, y las posibilidades de lograrlos, varían de un ámbito a otro. Un análisis acerca del funcionamiento de los distintos sistemas en sectores particulares exigiría fundamentalmente una investigación empírica, porque nuestros objetivos pueden ser muy diversos en cada uno y porque la posibilidad de alcanzarlos depende de las industrias y de la estructura del mercado existente en los respectivos sectores. Así pues, el mejor sistema para tratar los accidentes de tráfico no tiene por qué ser también el mejor para tratar los accidentes domésticos. Es por esta razón por la que no pretendo establecer en este libro un sistema completo de responsabilidad civil. Sin embargo, un examen preliminar del modo cómo el sistema de responsabilidad por culpa logra alcanzar los distintos fines de la responsabilidad civil —reducción del coste primario de los accidentes, fraccionamiento, eficacia y justicia— no sólo es posible sino que puede resultar especialmente útil para indicarnos el método de análisis con el que afrontar otros sistemas mixtos, tales como el proyecto de KESTON-O'CONNELL, el plan de «compromiso provisional» de BLUM y KALVEN o el previsto por el *Defense Research Institute*.

La segunda característica del sistema de responsabilidad por culpa —su visión de los accidentes como hechos que incumben exclusiva y directamente a las partes involucradas— nos permite deducir que los criterios de imputación de responsabilidad tienden a ser aquellos que servirían para lograr los fines de la responsabilidad civil, si lo único que tuviera lugar fuera una división de los costes entre las partes involucradas en cada siniestro. Por tanto, mediante este sistema la prevención tiende a ser vista sólo como un problema de inculparción de las diversas partes que han provocado el accidente, y la eficiencia como la forma más económica de dividir los costes entre dichas partes, dado nuestro deseo de prevenir los siniestros. Incluso la justicia se reduce a la simple cuestión, o mejor a la simplicidad, de cuál de las dos partes de un accidente dado «merece» soportar la carga. Con esta visión estrecha y bilateral de los siniestros, la reducción del coste secundario se convierte, casi inevitablemente, en un fin subalterno, actuándose bien para lograr una compensación de culpas (*comparative negligence*) bien para atrapar, mediante recursos *ad hoc*, a la parte más adinerada del particular accidente.<sup>2</sup> La insatisfacción que ocasiona todo ello se traduce en una búsqueda de resarcimiento al margen del sistema de responsabilidad civil, recurriendo por ejemplo al seguro social, o en una modificación del universo bilateral, como la realizada por el seguro

voluntario o el obligatorio. Pero estos correctivos no son más que añadidos extraños a un sistema previsto para el tratamiento de un universo bilateral. De hecho, la mayoría de los habituales análisis del sistema de responsabilidad por culpa son desacertados, no sólo porque se fijan en la unicidad de los fines, sino también porque suelen limitarse precisamente a examinar cómo nuestros objetivos pueden lograrse mejor sin abandonar esa visión bilateral de los accidentes.<sup>3</sup>

El sistema de responsabilidad por culpa satisface, en realidad, una pluralidad de objetivos y, al permitir el seguro, efectúa una asignación de costes que va más allá de las partes que están envueltas en cada accidente particular. Los fines sobre los que parece concentrarse son los de la reducción del coste primario de los accidentes, conseguida mediante una combinación muy particular de la prevención general con la específica, y la justicia. Sólo de manera incidental se contemplan los fines de fraccionamiento de los daños y la eficiencia.

El sistema de responsabilidad por culpa resuelve el problema de la imputación del coste mediante decisiones que se adoptan para cada caso concreto, una vez producido el accidente y en base a criterios del género «todo o nada». No obstante, gracias a que se consiente que los particulares contraen seguros de responsabilidad civil, la presión disuasoria que resulta de la imputación de los costes se ejerce sobre la categoría actuarial a la que pertenece la parte responsable. En otros términos, esa presión afecta a todos aquellos que están expuestos *ex ante* al mismo riesgo de ser considerados responsables *ex post*. Esta característica da lugar a algunas de las críticas más significativas a este sistema. Pero críticas igualmente severas podrían formularse también contra cualquier sistema de responsabilidad por culpa que no tolerara al mismo tiempo el seguro. Sin embargo, como esto último no es el caso, no vale la pena insistir demasiado.

El criterio para determinar la responsabilidad en el sistema de la culpa no es un criterio de mercado puro; sino que para ello intervienen también consideraciones «morales» acerca de las actividades. El objetivo de la decisión *ex post* no es hallar al sujeto que puede evitar los costes de la forma más económica (*the cheapest cost avoider*), sino a aquel que puede hacerlo del mejor modo (*the best cost avoider*).<sup>4</sup> No obstante, la prevención se efectúa en gran medida en el mercado, dado que se consiente el seguro y que la atribución de responsabilidad se produce, normalmente, una vez ocasionado el siniestro. La valoración del coste también se realiza, con-

tando con ciertos criterios colectivos, sobre una base casuística y mediante una serie de jurados (una serie porque en última instancia las decisiones de los casos individuales acaban propagándose a los grupos actuariales) que aprecian, de forma adecuada o no, la conveniencia de los actos específicos involucrados. Estas actividades se encarecen por medio de una presión de mercado que varía según sea el coste de los accidentes «causados» por ellas y la estimación que haga el jurado de su conveniencia.

El sistema de responsabilidad por culpa, que acabo de describir, está reforzado en nuestro sistema de responsabilidad civil con una entera gama de normas y replamientos de prevención específica, tales como la legislación de seguridad hecha efectiva mediante sanciones de tipo penal.<sup>3</sup> Sin embargo, no pretendo considerar esta parte del sistema de responsabilidad por culpa, porque el problema principal que deseo afrontar no es averiguar si estas sanciones no asegurables son necesarias o mejoran el sistema de la culpa —pues lo hacen claramente—, sino examinar si este sistema, tal como lo he definido, mejora los resultados obtenidos directamente con esas sanciones de prevención específica o con un sistema de control de los accidentes que sea primordialmente de mercado. Sólo de esta forma se podrá demostrar la conveniencia o no de mantener el sistema de responsabilidad por culpa.

Dejando al margen esta normativa específica, el problema es saber si aquella característica particular del sistema de responsabilidad por culpa, según la cual la imputación de responsabilidad ex post se realiza sobre una base casuística, a sabiendas de que los costes se propagarán a los grupos actuariales, nos permite una prevención general y específica suficientemente capaz de justificar los costes secundarios y terciarios que esa combinación conlleva. Adelanto que mi respuesta será negativa; pero para llegar hasta ella será preciso examinar antes con detalle el funcionamiento del sistema de responsabilidad por culpa como instrumento de control del coste primario de los accidentes y ver luego si es posible mejorar su eficiencia o los resultados que se obtienen en materia de fraccionamiento. Como la conclusión será que el sistema de la culpa deja bastante que desear en relación al control del coste primario, y no puede incrementar su eficiencia ni mejorar el fraccionamiento que produce sin transformarse completamente, la última cuestión será averiguar si todos estos defectos podrían justificarse mediante la justicia que el sistema logra actuar.

## CAPÍTULO 10

### EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR CULPA Y LA PREVENCIÓN GENERAL

El sistema de responsabilidad por culpa puede considerarse como una forma de prevención general de las actividades involucradas en los siniestros. Se adoptan decisiones respecto al problema de la imputación y al de la valoración. Teniendo en cuenta estas decisiones se asignan los costes de los accidentes entre las partes que se ven envueltas en ellos. El seguro de responsabilidad civil sirve para diseminar estos costes entre actividades actuarialmente relevantes, las cuales reaccionarán en el mercado tratando de reducir la carga impuesta sobre ellas.

Todo esto plantea algunas cuestiones: (1) ¿en qué medida el sistema de responsabilidad por culpa acomoda la resolución de los problemas de la imputación y de la valoración del coste, a los criterios orientativos de la prevención general?; (2) ¿en qué medida a) recurre a los órganos y métodos más adecuados para hallar al sujeto que puede evitar los accidentes de la forma más económica, b) introduce factores que son irrelevantes desde la perspectiva de la prevención general, y c) se autolimita al adoptar decisiones respecto a la asignación, dificultando con ello la búsqueda de ese sujeto idóneo para evitar los accidentes?

#### EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR CULPA Y LOS CRITERIOS DE LA PREVENCIÓN GENERAL

##### *Externalidades debidas a un conocimiento inadecuado*

El sistema de responsabilidad por culpa no utiliza adecuadamente ninguno de los criterios que emplearía la prevención general. Ignora completamente la mayor parte de los consideraciones que son importantes a efectos de la internalización

de los costes. Al decidir quién debe considerarse responsable, el sistema de responsabilidad por culpa se preocupa muy poco de averiguar cuál, de entre las posibles categorías de sujetos que podrían soportar el coste, es la que tiene mayor probabilidad de conocer el riesgo existente. En consecuencia, aun cuando parezca que el sistema elige a la parte que podría evitar el accidente de la forma más económica, en realidad suele elegir a una con muy poca capacidad para hacerlo.

Ilustra muy bien este aspecto el averiguar por qué el sistema de indemnizaciones de los accidentes laborales contribuyó a producir un cambio sustancial en la remoción del coste de los accidentes ocasionados en el seno de la actividad industrial. En teoría, no tenía que existir ninguna diferencia entre atribuir la responsabilidad por estos accidentes a la categoría de los empresarios o a la de los trabajadores. Tal como he señalado en otro lugar, el mismo coste de los accidentes se vería reflejado en el contrato de trabajo, con independencia de quién tuviera que soportar la pérdida. Pero en realidad existía una enorme diferencia, porque los trabajadores subestimaban conscientemente la posibilidad de la lesión y en consecuencia, no tomaban ni exigían precauciones en consonancia con la entidad real del riesgo. Para los empresarios ese riesgo era una cifra estadística, que podía contrastarse perfectamente con el coste de los equipos de seguridad industrial. La consecuencia fue que se instalaron bastantes de estos equipos. Concentrando la atención sobre la hipotética habilidad para evitar los costes de cada trabajador negligente, el sistema de responsabilidad por culpa ignoraba un hecho más importante, a saber: que la asignación de los costes de los accidentes a los trabajadores individualmente ejercía muy poca presión económica a favor de la instalación de los equipos de seguridad, porque los trabajadores no lesionados todavía subestimaban sistemáticamente el riesgo de la lesión. Como consecuencia, los costes eran proyectados fuera de las dos categorías que podrían haber sido idóneas para evitarlos de la forma más económica: los trabajadores negligentes y los empresarios que no lo eran. Una asignación a los empresarios diligentes podía conducir, y así lo hizo realmente, a un método más económico de evitar los accidentes, porque ello permitía una estimación adecuada del riesgo de la lesión y su reconocimiento completo como un factor económico interno del contrato de trabajo. El sistema de indemnizaciones laborales ha facilitado el problema en un ámbito determinado. Pero no ha introducido ningún cambio en el

sistema de la culpa, que todavía sigue ignorando la necesidad de averiguar qué categoría, de entre las que podrían soportar las pérdidas, estaría probablemente mejor informada del coste involucrado.

### *Externalidades debidas a las transferencias*

El sistema de responsabilidad por culpa ignora absolutamente el efecto producido por las externalidades debidas a las transferencias. Al distribuir las pérdidas entre peatones culpables y conductores que no lo son, causa la impresión de estar considerando la capacidad para evitar los costes que tiene cada parte; pero nunca se cuestiona quién paga realmente. Si ocurre que al asignar los costes a los peatones la factura termina por pagarla la seguridad social sostenida mediante una contribución general, la conducta de las víctimas no se verá afectada en absoluto. Sería mucho mejor imputar ese coste a los conductores, como una carga necesaria para la conducción y, por tanto, retenerla en el seno de la relación peatón-automovilista, que generar esa externalidad que obliga a pagar a los contribuyentes en general. La cuestión sería la misma, aunque llegaríamos a un resultado opuesto si los automovilistas culpables fueran insolventes y las víctimas fueran resarcidas con los ingresos obtenidos mediante un impuesto general sobre la renta. En este caso, la cuestión relativa a si el modo más económico de evitar los atropellos es responsabilizar a los conductores culpables o a los inocentes peatones, ocultaría el problema real: averiguar si la forma más económica de evitar esos siniestros es la de gravar con su coste a los contribuyentes o a los peatones inocentes.

Con esta hipótesis no pretendo ejemplificar el mundo real. Mi intención es señalar tan sólo que el sistema de responsabilidad por culpa difícilmente puede hallar al sujeto en mejores condiciones para evitar el coste de los accidentes, porque nunca se preocupa por averiguar quién paga realmente más allá del accidente concreto.

### *Externalidades debidas a la insuficiente clasificación*

La misma concentración sobre el caso particular hace que el sistema de responsabilidad por culpa ignore el peligro que significa la existencia de externalidades debidas a la clasi-

cación insuficiente.<sup>1</sup> Esto puede parecer extraño a primera vista: ¿qué clasificación puede existir que sea más precisa que la que alcanza a individualizar al conductor y al peatón de un atropello concreto? Es probable que no valga la pena subclasificar hasta este extremo, pero seguramente al sistema de responsabilidad por culpa no podrá objetársele que no clasifique en abundancia. Desgraciadamente la distribución real de los costes de los accidentes, realizada por el sistema de responsabilidad por culpa, aun incurriendo en enormes costes administrativos para clasificar hasta ese extremo, no logra establecer un conjunto de subcategorías adecuado. Este defecto es en realidad el producto de las externalidades debidas tanto a la falta de información como a las transferencias.

El sistema de responsabilidad por culpa podría entenderse como un sistema que persigue el descubrimiento del sujeto capaz de evitar los costes de la forma más económica posible en cada siniestro concreto.<sup>4</sup> Un automovilista o un peatón determinados, considerados responsables,<sup>2</sup> tienen aspecto de ser las menores categorías imaginables en las que se pueden dividir la circulación rodada y la peatonal. La teoría es que considerando responsable a la subcategoría mínima, se van creando categorías más amplias que están en condiciones de soportar el coste que les corresponde. En consecuencia, si los automovilistas de 25 años de edad y los de 35 tuvieran la misma propensión a ocasionar siniestros, no deberíamos preocuparnos, salvo en lo referente a los costes administrativos, por incluirlos en dos subcategorías separadas. La suma de los casos debería mostrar una carga igual para ambas subcategorías y la asignación en función de la edad resultaría inocua. Si por el contrario resultara que la probabilidad de siniestros no fuera la misma para cada automovilista, esta diferencia se vería reflejada en la suma de los costes de los accidentes que se imputan a cada uno, con lo cual existiría una diferencia relevante para establecer dos subcategorías.

El problema es que las categorías no se elaboran de este modo. Las categorías se establecen en base a la estimación que hacen las compañías de seguros acerca de lo que consideran diferencias relevantes y del coste de reconocer tales diferencias. Como el caminar no es una actividad organizada, es mucho más caro el seguro que podría ofrecerse a las categorías de los peatones que a las de los automovilistas. Por tanto, asignar los costes particulares de un accidente al peatón culpable en la creencia de que ello conducirá a diferencias a los peatones en categorías, de acuerdo a las respectivas pro-

habilidades de siniestros, es algo abocado al fracaso. Los costes de realizar esta clasificación podrían ser tan elevados que lo más probable sería que los costes de los accidentes se imputaran a la actividad de caminar o, mejor aún, al propio hecho de vivir (mediante un seguro general de accidentes). Esta clasificación es menos adecuada que la resultante de imputar la responsabilidad al automovilista inocente, puesto que los costes de establecer categorías de riesgo para la conducción permitiría asignar los costes de los accidentes a aquella subcategoría integrada por los conductores que presentan una mayor propensión a atropellar a los peatones.

El punto es, simplemente, el siguiente: al concentrarse el sistema de la culpa en averiguar si es el conductor o el peatón determinado quien puede evitar el siniestro de la forma más económica posible, olvida el hecho de que el seguro permite que no sea ninguno de los dos quien soporte en realidad el coste del accidente. Y la amplitud de las categorías que se verán gravadas realmente con los costes y, por consiguiente, el número de conductas afectadas por esto, dependerá no sólo del distinto coste potencial que pueden «causar» los miembros que pertenecen a cada una, sino también del coste de agrupar estos miembros por clases, y del relativo a la producción del seguro para cada grupo. Lo cual depende a su vez de si las pérdidas se imputan a una actividad organizada, como es el caso de la conducción, o a una que no lo es, como el caminar, y depende también de si la imputación se realiza de forma tal que incentiva un seguro personal o uno de responsabilidad civil. En otros términos, si lo que buscamos es la categoría relevante para el seguro, que pueda evitar los costes de los accidentes de la forma más económica (esto es, que puede subclasificar lo más posible), sería mejor ocuparnos de ello directamente, en vez de buscar un hipotético individuo particular que sea capaz de evitar los accidentes de la forma más económica, confiando en que si lo hacemos responsable, nos conduzca a la mejor categoría asegurable posible.

Sin embargo, podría afirmarse que todo esto no es más que una consecuencia nociva de la existencia del seguro, y que el sistema de responsabilidad por culpa podría clasificarse satisfactoriamente si se prohibiera ese contrato. Entonces se diría que cada individuo soportaría su pérdida, con lo cual se podría alcanzar el mayor grado de subclasificación posible. Pero esto no es lo que ocurriría. Del mismo modo que las externalidades que se deben a las transferencias (producidas mediante el seguro) provocan que la asignación casuística del cos-

te de los accidentes realizada por el sistema de responsabilidad por culpa genere categorías más amplias de lo necesario, cuando no existe seguro se produce la misma ampliación, debida ahora a la falta de información suficiente. Si no existe el seguro, la imputación del coste de los accidentes a los individuos involucrados en un siniestro concreto influye sobre el comportamiento de éstos sólo en la medida en que otros individuos se identifiquen correctamente con los mismos. Si los particulares no perciben correctamente el riesgo de que la carga de los costes de los siniestros grave sobre ellos, la imputación de los costes que se establezca no logrará su objetivo. De forma análoga, si los particulares sobreestiman el riesgo al que están expuestos, su reacción al hecho de ser los sujetos pasivos del coste será desproporcionada. Por otro lado, si los individuos asocian el riesgo con una actividad mucho más amplia que la que soportaría realmente el coste si existiera el seguro, probablemente se abstendrían de ella mucho más de lo conveniente, y de nuevo la subclasificación resultaría inadecuada.

Supongamos que la mayoría de los atropellos son debidos a la conducción nocturna de los jóvenes. Estando prohibido el seguro, la imputación de los costes a esos jóvenes se traduciría en una proyección exterior de los mismos, incluso si admitiéramos que los jóvenes no fueran insolventes. Si nuestros conductores nocturnos sistemáticamente subestimaran el riesgo de tales siniestros, no alterarían su comportamiento. Si los conductores ancianos sobreestimarán en cambio el riesgo, renunciarían probablemente a conducir de noche de forma innecesaria (e inútil). Peor aún, probablemente renunciarían absolutamente a conducir porque no serían conscientes de la medida en que el riesgo está asociado con el hecho de la circulación nocturna. En todos estos casos, la categoría esencial no se vería afectada ni un ápice. Es obvio, por tanto, que el sistema de responsabilidad por culpa prohibiendo incluso el seguro no es un sistema adecuado para internalizar los costes.<sup>2</sup>

### *Las externalidades y la culpa. Un resumen*

El problema entero de las externalidades puede sintetizarse del modo siguiente. Puede ser que el sistema de responsabilidad por culpa trate de asignar los costes de los siniestros a la parte singular de un accidente, que pueda evitarlos de la forma más económica. Pero esta asignación particular no per-

mite hallar al sujeto imputable idóneo porque el seleccionador no es, normalmente, quien soporta en última instancia los costes que se le imputan. Incluso soportándolos hay un gran peligro de que esta asignación no influya en absoluto en aquellos que tienen la misma probabilidad de verse gravados con costes análogos. En todos estos casos, los costes se proyectarán sobre grupos distintos.

Un sistema que se proponga hallar al sujeto idóneo para evitar los costes de la forma más económica en vez de centrar su atención sobre el individuo concreto debe considerar, por tanto, las categorías que realmente soportan la carga. De este modo, el sistema tendrá la máxima oportunidad de imputar los costes al grupo que podría evitarlos de la forma más económica. Es inútil gravar a los peatones con los costes de los atropellos, aun cuando teóricamente pudieran evitarlos incurriendo en menos gastos que los conductores, si el impuesto sobre la renta experimentara, con ello, un incremento mínimo, y los peatones lesionados fueran resarcidos con los fondos provenientes de las arcas del Estado. Sería conveniente, en cambio, tener en cuenta si la imputación a los conductores termina por gravar a la categoría de los mismos, que podría evitar los costes de forma más económica que el Estado. En mi ejemplo, serían aquellos, y no los litigantes concretos, quienes constituirían el conjunto de sujetos imputables, en el cual debería encontrarse el más idóneo desde el punto de vista económico.

### *La relación existente entre la remoción del coste de los accidentes y los costes administrativos*

Si en cada nivel dado de costes administrativos el sistema de responsabilidad por culpa no logra impedir, eficazmente, que los costes de los siniestros se proyecten al exterior, todavía es más lamentable su incapacidad para establecer la relación óptima entre la remoción de los costes de los accidentes y los costes administrativos. El aspecto más caro del sistema de responsabilidad por culpa es su casuística determinación judicial del sujeto que debe soportar las pérdidas. Y sin embargo, tal como hemos visto en el examen anterior, es precisamente el método casuístico el que engendra externalidades que podrían ser evitadas.

Quizá este resultado sea innecesario. Quizá pudiéramos idear un sistema casuístico de asignación de los costes que

considerara los factores que son relevantes para las externalidades. Pero en el mejor de los casos se trataría de algo tan vano y costoso como el castigo de Sísifo, condenado a llevar hasta la cima de un monte un peñasco que volvía a caer inmediatamente. Si el propósito es hallar la categoría capaz de evitar los costes del modo más económico, el gravamen debe continuar estableciéndose sobre bases casuísticas para demostrar que este proceder es válido. Hasta ahora este extremo no ha sido demostrado. Con ello no quiero expresar que no tengan que establecerse y emplearse los repertorios de los casos individuales para determinar las categorías relevantes; sino señalar tan sólo que el método que utiliza el sistema de responsabilidad por culpa para asignar los daños es una forma extremadamente cara de compilar datos estadísticos, sin contar con la alta probabilidad de que los resultados sean erróneos. Ya hemos visto que es erróneo en la medida en que ignora las externalidades. Veremos, inmediatamente, que este método casuístico de hallar al sujeto imputable es también erróneo por otras causas. Por el momento basta señalar que se trata de un método demasiado caro para que encima conduzca a resultados equivocados.<sup>1</sup>

Al margen del derroche que conlleva la determinación casuística, el sistema de responsabilidad por culpa no logra alcanzar un nivel óptimo de costes administrativos por otras razones. Al imputar los costes de los accidentes no considera cuál de las partes es la más idónea para fraccionarlos ni la que está en mejores condiciones de asegurarse de la forma más económica. No me reliero al intento fracasado de fraccionar, de manera socialmente adecuada, los costes de los accidentes. De este problema que provoca la inestabilidad del sistema me ocuparé más adelante. Aquí deseo subrayar, en cambio, que el sistema de responsabilidad por culpa no concede la importancia que merece al distinto gasto que representa para cada parte el fraccionar los costes del siniestro, a pesar de que ambas estén expuestas al mismo riesgo. El efecto que produce la imputación de los costes a partes que sólo pueden fraccionarlos a costa de pagar elevadas primas de seguro es la introducción en el sistema de costes de fraccionamiento innecesarios, los cuales sólo pueden evitarse si no se estipula el contrato de seguro. Pero entonces lo que aparece es una concentración de costes absolutamente superflua. En todo caso, el resultado es el mismo: la ineficacia del sistema.

Este problema sólo es debido a la existencia de los costes de transacción. Sin ellos, las partes que se exponen a un mis-

mo riesgo tendrían que pagar una misma prima; lo cual no sucede porque existen, precisamente, tales costes de transacción. Nuevamente, el caso de los accidentes laborales puede ilustrar este extremo. Era posible que los trabajadores consiguieran un seguro de accidentes a un precio relativamente elevado o que estipularan un contrato individual con los empresarios que les garantizara una indemnización. Pero aún era más probable que si los empresarios hubiesen sido considerados responsables de entrada, hubieran podido conseguir un seguro contra el mismo riesgo, o incluso contra los mismos accidentes, a un precio mucho más bajo. Sin embargo, el sistema de responsabilidad por culpa consideró este hecho irrelevante a efectos de la determinación de la responsabilidad.

Como ya hemos visto, este defecto tiene una íntima conexión con el problema de las externalidades. Cuando el deseo de fraccionar los costes es suficientemente grande, el hecho de que la prima del seguro sea muy elevada para la parte considerada responsable, no impide que ésta se asegure, aunque sí se verá obligada a hacerlo al nivel de categoría más amplio; allí donde el seguro puede contratarse a un precio inferior. El efecto que se producirá será la eliminación de costes de fraccionamiento innecesarios, a cambio, no obstante, de incurrir en una remoción de los costes de los accidentes menos adecuada, debido a las externalidades.

Si se diera el caso que los conductores y los peatones tuvieran la misma capacidad para evitar los costes de los atropellos, pero el seguro que cubriera estos accidentes fuera más caro para los seguros que para los primeros (dado que el caminar no es una actividad organizada); imputar la responsabilidad a los peatones conduciría a una de las situaciones siguientes: (1) que el peatón no se asegurara (lo cual provocaría una concentración de costes, y pérdidas innecesarias; también podrían producirse externalidades debidas a la falta de información adecuada); (2) que el peatón contratara un seguro de accidentes que cubriera, exclusivamente, los daños que pudiera sufrir como consecuencia de los atropellos (lo cual realizaría la remoción deseada del coste de los accidentes a un precio excesivo, ya que, *ex hypothesi*, un sujeto con la misma capacidad que el peatón, el conductor, podría asegurarse a un precio inferior); y (3) que el peatón considerara más económico contratar un seguro general de accidentes (lo cual fraccionaría las pérdidas a cambio de hacer que los costes de los atropellos se convirtieran en una componente del coste de la vida, sin quedar reducida su influencia a una sola de las



dos subcategorías que podrían evitar los costes de los siniestros de la forma más económica: el caminar y el conducir.

Cualquiera de estos resultados sería menos oportuno que el que se alcanzaría imputando, inicialmente, el coste de los accidentes a los conductores. En realidad, aun cuando los conductores pudieran evitar los costes de los accidentes con dificultades algo mayores que las que hallarían los peatones (debido a que todos los conductores fueran inocentes, y todos los peatones culpables en cierta medida), lo anterior seguiría siendo cierto. Las alternativas que tendrían los peatones serían las mismas. Tanto en el caso de que los peatones se aseguraran como en el de que no lo hicieran, el coste social resultante aún haría atractiva la idea de un seguro para los conductores, incluso si estos últimos no fueran capaces de evitar los costes con tanta facilidad como los peatones; pues es claro el desacuerdo que supondría una proyección de los costes sobre el hecho de vivir, realizada por los peatones mediante un seguro general de accidentes, ya que aun así los automovilistas siempre podrían evitar los atropellos con más facilidad que los ciudadanos en general.<sup>9</sup>

*La búsqueda del sujeto que está en mejores condiciones para «sobornar» a los demás (the best briber)*

El sistema de responsabilidad por culpa ni siquiera se propone recurrir al tercer criterio orientativo que he señalado para descubrir al sujeto idóneo para evitar los costes de la forma más económica, a saber: cuando no estamos seguros de qué sujeto se trata, conviene asignar el coste de tal modo que el mercado tenga las mayores oportunidades de corregir el eventual error. Esto equivale a decir que, en la duda, hay que gravar a la parte que puede entablar negociaciones para corregir el error, con más facilidad. No es preciso detenerse demasiado en este punto. La forma en que se puede transgír para rectificar los errores de asignación ha sido examinada en el famoso trabajo de R. H. Coase<sup>10</sup> y en un reciente trabajo mío en donde he intentado profundizar este análisis.<sup>11</sup>

La fuerza del argumento puede apreciarse, inmediatamente, con un ejemplo. Supongamos la existencia de un problema de contaminación del aire producido por la localización de una factoría en las proximidades de una zona residencial. Supongamos también que existen dos métodos posibles para reducir, sustancialmente, los costes derivados de la contami-

nación. El primero sería que la fábrica hiciera construir una chimenea más alta, provista de un equipo de depuración de las emanaciones. El segundo consistiría en la instalación de vidrios especiales en las ventanas de las casas, a cargo de los propietarios. Por último, convengamos en que desconocemos, excepcionalmente, cuál de los dos métodos podría evitar de forma más económica los costes derivados de la contaminación del aire. Si se pudiera sobornar a cualquiera de las partes involucradas sin que ello comportara ningún coste, es obvio que el mercado hallaría el método más barato y lo haría instalar. Sobornar siempre cuesta dinero; pero dado que a la factoría le cuesta menos sobornar a los residentes que a los propietarios reunirse y sobornar a la primera, está justificado, por tanto, imputar la responsabilidad a la factoría. Esto es así no porque sepamos qué método de evitar los costes es el más barato, sino porque responsabilizar a la fábrica significa remover los obstáculos que entorpecen la acción correctora del mercado.

La diferencia entre esta técnica y la que propugna el sistema de responsabilidad por culpa es manifiesta. Si existe «culpa», la imputación se realiza a la parte culpable, con independencia de que sea dudoso que la culpabilidad la convierta en el sujeto idóneo para evitar los costes, y sin preocuparse por averiguar cuál de las partes es la que tiene mayor facilidad para negociar con la otra la corrección del error. Si no hay culpa, nuestro sistema no interfiere en absoluto, dejando que los daños se queden allí donde se producen, sin pretender gravar a la parte que puede hallar más fácilmente al sujeto idóneo para evitar los costes. Este ejemplo es sumamente sencillo, pero su propia sencillez puede contribuir a explicar por qué el sistema de responsabilidad por culpa no suete emplearse en el ámbito de la contaminación industrial. Sin embargo, esto no altera en absoluto el hecho de que la incapacidad del sistema para tratar la cuestión de hallar al sujeto en mejores condiciones de sobornar a los demás, lo convierta en un mal instrumento para efectuar un control de mercado de los accidentes.

EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR CULPA:  
ÓRGANO Y MÉTODO

¿Aunque el sistema de responsabilidad por culpa ignore los criterios para hallar al sujeto capaz de evitar los costes de

la forma más económica, recurre, al menos, a los órganos y a los métodos que podrían, intuitivamente, descubrir a tal sujeto? El sistema de responsabilidad por culpa recurre al litigado, asigna los costes de forma casuística y contiene una serie de limitaciones, tales como: «los daños han de ser del género "todo o nada"» y «no hay resarcimiento sin parte culpable». Al mismo tiempo estimula la introducción de factores morales en la decisión. Dejando al margen esto último —en cuanto sugiere, obviamente, que el sistema debería considerarse como uno de carácter mixto para el control de los accidentes, y no como uno de mercado; y todavía no me he ocupado de su eficacia en relación a aquel carácter—, tanto los órganos elegidos como las autoflimitaciones que se impone, determinan que la selección del sujeto idóneo para evitar los costes de la forma más económica pueda resultar más errada de lo necesario.

#### *El casuismo frente a las decisiones a nivel de categoría*

La primera cuestión es que la determinación casuística de quién debe ser el sujeto imputable no es, precisamente, conveniente cuando el objetivo es hallar al sujeto idóneo para evitar los costes de la forma más económica. Ya hemos visto que las determinaciones casuísticas (1) dificultan la consideración de las externalidades y (2) la del sujeto en mejores condiciones de sobornar a los demás, (3) entrañando, al mismo tiempo, costes administrativos sustanciales.

Existen, sin embargo, otros motivos para considerar engañosa la determinación casuística de aquel sujeto. El efecto que produce el ir adoptando decisiones para cada caso particular es el obligarnos a fijar la atención sobre la causa concreta e insólita de cada siniestro. Si la pregunta se formula del modo que suele hacerse para encontrar una solución casuística, «¿qué fue lo que no anduvo bien en ese caso?», la respuesta se centrará, probablemente, en la causa particular de aquel accidente. Empero, existe una buena razón para prescindir del principio según el cual la forma más económica de evitar el coste de los accidentes es la de intentar el control del evento insólito, y para proceder, en cambio, tratando de modificar el hecho recurrente. Puede ser que una distracción sea la causa de un siniestro determinado, que el exceso de coñac sea la de otro y el amodorramiento la de un tercero. Pero también puede darse el caso que una curva mal proyectada o unos neu-

máticos inadecuados sean asimismo las causas posibles de todos ellos. El sistema de responsabilidad por culpa, debido a que su preocupación primordial reside en hallar al eventual sujeto particular que puede evitar el coste, se olvida del que puede hacerlo habitualmente, con lo cual no considera en absoluto la oportunidad de dirigirse a los sujetos potencialmente idóneos para evitar los costes; como, por ejemplo, a los constructores de autopistas o a los fabricantes de neumáticos.

A este defecto se añade el hecho de que concentrar la atención en los accidentes concretos implica, inevitablemente, fijarse en el cómo evitar los accidentes; cuando de lo que se trata, en cambio, desde la perspectiva del control de mercado, es de evitar el coste de los siniestros. Quizá sea muy caro evitar al mismo tiempo muchos accidentes de tráfico; pero su coste puede reducirse, notablemente, diseñando los vehículos de forma distinta. Un método alternativo consiste en imputar la responsabilidad por categorías, en base a estadísticas amplias y derivadas de los casos individuales, acerca del coste de los accidentes, en vez de tratar de determinar la parte responsable de cada siniestro concreto,<sup>2</sup> sería mucho más apropiado para conceder la importancia que merece la evitación de los costes, que el sistema de responsabilidad por culpa.

Es obvio que incluso el criterio de asignación de pérdidas por categorías ofrece inconvenientes. El primero de ellos consiste en hacer más complicada la introducción de juicios morales en el proceso de decidir la asignación de costes. Esto explica por qué la imputación por categorías no puede emplearse en el sistema de responsabilidad por culpa. La transcendencia de esta imposibilidad de introducir elementos morales la examinaremos a continuación, cuando veamos los sistemas mixtos de control del coste primario, pues tales elementos son innecesarios para proceder a un control de mercado. El segundo inconveniente reside en la menor flexibilidad que ofrece una imputación por categorías respecto a una casuística, la cual puede llevar a ignorar los cambios que puede experimentar el sujeto capaz de evitar los costes de la forma más económica. Por último, y debido a que ahora se fija la atención sólo en las causas generales o recurrentes de los siniestros, pueden pasarse por alto algunas causas particulares, evitables a muy bajo precio, de accidentes que entrañan elevadísimos costes. No obstante, estos dos últimos inconvenientes no parecen tan probables como los errores que la decisión casuística puede cometer; concretamente porque las estadísticas en las que se funda la asignación de responsabilidad por cate-

rias seguirán compilándose investigando los casos particulares.

Este método de compilación estadística, además y a pesar de ser costoso, está destinado a ser más económico que la asignación casuística de las pérdidas que propone el sistema de responsabilidad por culpa, ya que la descripción de los hechos es, inherentemente, más digna de crédito cuando las partes responden a una encuesta de ese tipo, que cuando los describen durante el ejercicio de una acción de responsabilidad. Esto sería todavía más cierto si las respuestas a la encuesta no estuvieran destinadas a tener aplicación en los procesos penales. El hecho es, en definitiva, que en el sistema de responsabilidad por culpa la víctima tiene muchos motivos para mentir o, por lo menos, para exagerar con el fin de probar la culpa del causante; lo cual no ocurre en la compilación estadística, donde el derecho al resarcimiento no depende de las circunstancias que concurren en un caso particular y las estadísticas sólo influyen en la determinación del montante que las categorías de actividades han de aportar al fondo que sirve para prestar la cobertura del resarcimiento.<sup>13</sup>

A simple vista, puede parecer que el ofensor asegurado en el sistema de responsabilidad por culpa también carece de motivos para mentir acerca de lo sucedido. ¿Por qué debería hacerlo si, al fin y al cabo, ya ha satisfecho la prima de su seguro de responsabilidad?<sup>14</sup> Esta conclusión, sin embargo, ignora tanto las exigencias del contrato de seguro como la psicología de los contendientes. En los contratos de seguro se exige, normalmente, la colaboración del asegurado en la defensa jurídica asumida por la compañía, condicionando el pago de la prestación a esa cooperación.<sup>15</sup> Esto no significa que se estimule al ofensor a la exageración ni al engaño, pero lo coloca, ciertamente, en la posición de antagonista de la víctima; con lo cual se abre, naturalmente, el paso a la desconfianza. Este efecto se agrava con el ejercicio de la acción de responsabilidad. Por muy débil que hubiera sido el estímulo experimentado por el ofensor a actuar con prudencia antes del accidente a causa de hallarse asegurado, una vez iniciadas las actuaciones judiciales nuestro hombre sentirá que se encuentra, por lo menos en parte, bajo acusación y que una sentencia condenatoria reprobará su conducta. Por consiguiente, hay

\* En nuestro ordenamiento jurídico, esta obligación está expresamente establecida, para el seguro de responsabilidad civil, por la Ley de Contrato de Seguro de 8 de octubre de 1980 (art. 74): «... el asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador». (N. del J.)

aquí nuevamente motivos para dudar de la veracidad de sus afirmaciones. Es posible, pues, que su actitud fuese completamente distinta y mucho más digna de crédito, si después de cada accidente los hechos fueran reconstruidos con el único propósito de determinar la categoría de actividades que tendría que pagar los costes cubiertos mediante un fondo general para el resarcimiento.

Cuando a la tendencia que muestran las decisiones casuísticas del jurado, de pasar por alto los sujetos más idóneos para evitar los costes, se añade el gasto y las desventajas ya mencionadas que tales decisiones comportan, resulta evidente que un sistema que pretenda asignar los costes de los accidentes con el propósito de incrementar al máximo el grado de control de mercado, no recurrirá a ese género de decisiones. Por ello, el uso que del casuismo hace el sistema de responsabilidad por culpa habrá de justificarse en todo caso por motivos que se refieran a sus ventajas en relación al problema de la valoración de los costes o a su importancia en orden a la consecución de objetivos completamente diversos del control de mercado de los accidentes.

Creo que es conveniente recordar ahora la conclusión alcanzada en el precedente análisis acerca de la validez de las decisiones casuísticas para la resolución del problema de la valoración, según la cual los resultados obtenidos no justificaban el gasto inherente, salvo que este gasto tuviera que realizarse de todos modos para resolver el problema de la imputación. Asimismo, hay que tener presente, tal como señalábamos anteriormente, que incluso no siendo ese gasto elevado, es falso que esta clase de estimaciones del valor de los daños tengan que ser, necesariamente, más precisas que las realizadas a nivel de categorías de los mismos. En consecuencia, podemos concluir aquí diciendo que el recurso a las decisiones casuísticas de los jurados, que utilizan el sistema de responsabilidad por culpa, sólo puede justificarse en relación a objetivos y métodos distintos de la prevención general del coste primario de los accidentes. Dicho de forma algo distinta: un sistema que pretendiese lograr un elevado control de mercado de los accidentes podría recurrir, en teoría, al jurado y a la decisión casuística, pero es evidente que el uso de esta instancia y de este método resultaría, en relación al mencionado objetivo, a la vez impreciso y ruinoso.

## Autolimitaciones

La segunda cuestión relativa al método empleado por el sistema de responsabilidad por culpa para asignar las pérdidas se refiere a las limitaciones que este sistema impone a sí mismo. Se trata aquí (1) de la escasa o nula división cuantitativa de los daños, (2) de la escasa o nula división cualitativa de los mismos y (3) de la imputación de éstos a la víctima cuando no existe culpa por ninguna parte. Estas limitaciones no son tan trascendentes para el sistema como el recurso al casuismo, puesto que podrían alterarse y el sistema continuaría siendo, esencialmente, un sistema de responsabilidad por culpa.<sup>15</sup> Sin embargo, en la actualidad todavía forman parte del sistema y obstaculizan, realmente, la búsqueda del sujeto idóneo para evitar los costes de la forma más económica.

El sistema de responsabilidad por culpa no suele dividir los daños entre las partes involucradas en el siniestro. En términos de control de mercado del coste de los accidentes, esto significa que la forma más económica de evitar esos costes, en cada siniestro, comporta modificar la conducta de una sola de las partes. Pero es evidente que esto no hace al caso. A menudo, la forma más económica de evitar el coste de los accidentes consiste en una cierta alteración de la conducta de varias partes o actividades. La forma más económica de evitar los costes de los atropellos puede ser que los automóviles lleven instalados parachoques de goma y que los peatones lleven algún distintivo fosforescente, en vez de dotar a los vehículos de radares que localicen la posición de los peatones o de vestir a éstos con los protectores de los jugadores de rugby. Si esto fuese cierto, una distribución de los costes de los accidentes entre los conductores y los peatones sería mucho mejor que otra que gravara con la totalidad de los costes a uno solo de estos grupos. No pretendo que éste sea siempre el caso, ni siquiera pretendo sostener *aquí* que, a falta de cualquier indicación acerca de quién es en realidad el sujeto capaz de evitar los costes de la forma más económica, sea mejor dividir los costes entre las partes que imputarlos a una sola, a pesar de haber sostenido antes esta idea y de que existen razones válidas para continuar manteniéndola. Lo único que intento demostrar ahora es que un sistema que, por lo menos en teoría, excluya la división de los daños, se está autolimitando, de un modo innecesario, en la búsqueda de la forma más económica de evitar los costes de los accidentes, porque

algunas veces esta forma exige dividir los costes entre varias partes.

Tal como vimos a la hora de examinar el problema de la valoración, para evitar el coste de los accidentes del modo más económico, la división cualitativa de los daños puede ser más significativa incluso que la división cuantitativa de los mismos. La actividad que puede evitar de la forma más barata ciertos tipos de costes no es, a menudo, la actividad que puede evitar del mismo modo otros. Las disposiciones establecidas en el sistema de responsabilidad por culpa, que exigen que las víctimas tomen las medidas necesarias para mitigar los daños una vez ocurrido el siniestro, puede interpretarse como un medio insuficiente para afrontar ese problema. De igual modo pueden interpretarse aquellos casos excepcionales que imputan a la víctima daños completamente atípicos en relación al riesgo por el cual el ofensor ha sido considerado culpable.<sup>16</sup> Pero lo que es evidente es que el sistema de responsabilidad por culpa no establece, normalmente, divisiones cualitativas de los daños en función de la facilidad para evitar los costes. El resarcimiento de los daños morales se dispone, inmediatamente, cuando ha sido reconocido previamente el resarcimiento de los daños patrimoniales o de las lesiones corporales. Asimismo, el valor excepcional de la mano de un violinista de fama se imputa al autor del daño culpable porque se aplica el dicho: «cada uno tiene la víctima que encuentra». Sin embargo, existen buenas razones para sostener que en determinadas categorías de casos, tales como la de los accidentes laborales y la de los atropellos, el autor de los daños es probablemente el sujeto idóneo para evitar de la forma más económica los que son de tipo patrimonial y corporal, mientras que la víctima puede ser el sujeto idóneo para evitar los daños morales y los de naturaleza económica, extremadamente individualizados, como, por ejemplo, la mano del violinista. Estos argumentos no son definitivos y de momento no es necesario resolver completamente el problema. Basta señalar tan sólo que el sistema de responsabilidad por culpa parece desentenderse incluso de la importancia que tiene la diseminación cualitativa de los costes de los accidentes. Por tanto, no suele asignar los costes de modo tal que se incrementen al máximo las posibilidades de poderlos evitar de la forma más económica.

La última autolimitación del sistema, y quizá la más importante, es la regla según la cual cuando no existe culpa no se adopta ninguna medida para transferir los daños de allí donde

se producen. HOLMES dio la mejor explicación de esta regla al señalar que cuando no se produzca ningún beneficio social al transferir una pérdida, no hay razón alguna para incurrir en los costes administrativos de hacerlo. Esta afirmación, de por sí, no consiente excepciones pero aplicada a los accidentes que se producen sin culpa entraña premisas inválidas.

En primer lugar, presume que en los accidentes que se producen sin culpa por ninguna parte, los costes administrativos se ahorran al no transferirlos. Pero esto es cierto tan sólo en la medida en que la distinción entre los accidentes en los que no concurre culpa y en los que concurre sea tan nítida que, por un lado, un gran número de intentos costosos de transferir las pérdidas se hallen impedidos por la existencia misma de aquella regla, y por otro, las transferencias consentidas por la regla no sean sustancialmente más costosas debido, precisamente, a la existencia de la regla. Por poco que reflexionemos acerca del modo de operar actual del sistema de responsabilidad por culpa veremos que se trata de una presunción dudosa. ¿Cuántas veces deja de ejercerse una acción legal porque es evidente la inexistencia de culpa? ¿Cuánto más caro de lo necesario resultan los litigios en materia de accidentes debido a que en cada caso particular es preciso determinar la culpa?

En segundo lugar, la afirmación de HOLMES requiere que no se derive ningún beneficio social de la transferencia de las pérdidas. Naturalmente, HOLMES no consideraba al fraccionamiento como un posible beneficio social, y de momento tampoco lo consideraremos aquí. Pero ¿podemos admitir como evidente que, a falta de culpa, la única razón para transferir algunas pérdidas de los accidentes sea el fraccionamiento de las mismas? Es decir: ¿es cierto que, en tales casos, nos dará lo mismo, a la hora de buscar al sujeto idóneo para evitar los costes de la forma más económica, quién vaya a soportar esas pérdidas? Creo que ya hemos argumentado bastante para poder pensar que lo cierto es lo contrario: de ningún modo la ausencia de culpa elimina la posibilidad de realizar una imputación de costes al sujeto idóneo para evitarlos, haciendo máximo así el control de mercado de los accidentes y mínima la suma del coste de los accidentes con el coste que entraña evitarlos.

Es mucho más evidente todavía el error que comporta el no remover los daños de allí donde se producen, si sabemos que a falta de indicación alguna acerca de la parte más idónea para evitarlos, una división de los costes en partes igual-

les incrementa al máximo la posibilidad de asignarlos al sujeto que puede evitarlos de la forma más económica. Además, una parte puede estar en mejores condiciones para sobornar a las demás cuando ninguna tiene la culpa. Tal como hemos visto, en igualdad de condiciones, la asignación de los costes al sujeto que se halla en mejores condiciones para sobornar a los demás establece las máximas posibilidades para conseguir un óptimo control de mercado del coste de los accidentes.

Por último, incluso admitiendo que la falta de culpa signifique que las partes singulares de un siniestro tenían la misma facilidad para evitar el coste del mismo, la posibilidad de externalidades puede determinar que una parte sea más idónea que la otra para evitar las pérdidas de la forma más económica. Una vez más, el sistema de responsabilidad por culpa, al concentrar su atención en las partes concretas involucradas en un siniestro siendo indiferente a quién soporta los costes (en términos de culpa o incluso en términos de remoción del coste), se desentiende del sujeto que paga realmente y por tanto pasa por alto la cuestión de si valdría la pena mantener esa indiferencia cuando la elección tuviera que realizarse entre las partes que efectivamente pagan. Un peatón y un automovilista pueden verse envueltos en un siniestro sin que tenga culpa ninguno de ellos y, por consiguiente, podremos suponer que es indiferente cuál de los dos pague. Pero la imputación de las pérdidas al peatón puede terminar por convertirlas en un elemento integrante del coste de la vida, mientras que la imputación de las mismas al automovilista puede convertirlas en un componente del coste de conducir para una categoría de riesgo particular. Si son éstas las dos asignaciones que hay que comparar, puede resultar que carezca de sentido permanecer indiferente.

Existe una razón ulterior, y algo más compleja, por la cual el sujeto en condiciones de evitar los costes de la forma más económica puede hallarse entre las partes exentas de culpa de un accidente, incluso entendiendo la culpa en los términos de su mejor definición (el cálculo de la negligencia propuesto por Learned HAND<sup>16</sup>) e incluso prescindiendo de las externa-

<sup>16</sup> La fórmula de Hand para medir la negligencia se presenta como una comparación entre el resultado de multiplicar la probabilidad del accidente por los daños que se producirán al ocurrir, con el coste de evitar el accidente. En el caso *Conway v. O'Brien*, citado, se trata de un accidente automovilístico ocurrido en una curva de escasa visibilidad de una carretera poco transitada. La demanda de daños la había planteado la pasajera de uno de los vehículos (*Conway*) contra el conductor del mismo (*O'Brien*). Y lo que debía averiguarse era si la conducta observada por *O'Brien* podía considerarse como *gross negligence*. En

lidades, del sujeto en mejores condiciones de sobornar a los demás, etc. Se trata de la trascendencia que posee el elemento de la previsibilidad y la influencia de los aspectos morales, en el cálculo de la negligencia. Pero esto requeriría un comentario demasiado extenso que estaría fuera de lugar y que, por otro lado, no es esencial para mostrar que un sistema que pretenda gravar al sujeto idóneo para evitar los costes de la forma más económica, a menudo recurriría a la transferencia de las pérdidas incluso en ausencia de toda sombra de culpa. En realidad, la mejor respuesta a HOLMES que podríamos dar es que existen, actualmente, ámbitos de la responsabilidad civil donde las transferencias de las pérdidas en ausencia de culpa contribuyen claramente a la reducción de la suma de los costes de los accidentes con los costes de evitarlos y, por tanto, a la producción de beneficios sociales, sin perjuicio de las eventuales ventajas que se deriven del fraccionamiento de las pérdidas.<sup>19</sup>

#### INESTABILIDAD DE LA PREVENCIÓN DE MERCADO ESTABLECIDA POR EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR CULPA

Hay un motivo más por el cual el sistema de responsabilidad por culpa ofrece un defectuoso control de mercado del coste primario. La cuestión reside aquí en la incapacidad del sistema para lograr de forma satisfactoria la remoción del coste primario y otros objetivos. En la medida en que el sistema de responsabilidad fracasa como medio para conseguir el fraccionamiento deseado, por ejemplo, da lugar a que se exijan asignaciones de costes en base al criterio del sujeto que se halla en mejores condiciones para fraccionarlos o a que se incremente la demanda de un seguro social. De modo análogo, en la medida en que el sistema fracasa en la prevención adecuada del coste primario de los accidentes, da lugar a que se

incrementa la exigencia de regulaciones específicas.<sup>20</sup> A consecuencia de todas estas demandas y de otras similares, el sistema puede experimentar modificaciones que en la práctica lo alejan más de lo necesario de la finalidad de la prevención general.

Si el deseo de obtener un fraccionamiento de los costes de los accidentes más amplio que el proporcionado por el actual sistema de responsabilidad por culpa, conduce a la introducción, aunque sea sólo parcial, de elementos de seguridad social, tal como proponen BLUM y KALVEN mediante su plan de «compromiso provisional» (*stopgap*), por ejemplo, los costes de los accidentes serán proyectados sobre partes que todavía tienen menos posibilidades de evitarlos de forma económica, que la parte «culpable». Esto puede ser conveniente si ésta es la única forma de lograr el grado de fraccionamiento deseado; pero no lo es en absoluto si una asignación de los costes fundada en criterios distintos de los empleados por el sistema de responsabilidad por culpa pudiera lograr el mismo fraccionamiento deseado, reteniendo incluso los costes en el ámbito de las partes que pueden evitarlos de modo relativamente económico, tal como quizá suceda con las propuestas de KEETON, O'CONNELL o las de la *American Insurance Association*.

Por ello, incluso la prevención de mercado establecida por el sistema de responsabilidad por culpa está amenazada por la inestabilidad del sistema, ya que los medios propuestos para corregir los posibles errores del mismo ignoran, completamente, las exigencias de la prevención general. El hecho de que existan otros sistemas de responsabilidad civil que pueden ser, como mínimo, tan efectivos (y probablemente mucho más) desde el punto de vista de la prevención general, y al mismo tiempo inmunes a las críticas relativas al fraccionamiento y a las que proceden de la prevención específica, nos sugieren que la calificación que merece el sistema de responsabilidad por culpa, como sistema de prevención general, habrá de ser muy baja. La culpa permite establecer una cierta prevención general, pero a un precio más alto de lo necesario. Sin ninguna tentativa sistemática para mejorar los resultados de prevención general obtenidos y con otros inconvenientes, el sistema parece más bien constituir sólo una etapa en el camino hacia sistemas que entrañan escasa o nula prevención general.

<sup>19</sup> *United States v. Corroll Towing Co., Inc.*, *Federal Reporter, Second Series*, vol. 159, 1941 (2d Circuit), pp. 169-174. Learned Hand vuelve a recordar el criterio, formulándolo con una extremada claridad: «Si llamamos P a la probabilidad, L al daño y B a la carga (de las precauciones adecuadas), la responsabilidad depende de si B es menor que L multiplicado por P... Aquí se trata de averiguar si el patrón de una barca hundida, a causa de una vía de agua en su casco, podía ser considerado culpable por haberse sustentado más de veinticuatro horas durante las cuales se produjo el accidente, dado que su presencia le hubiera permitido advertir el daño y mantener a flote la embarcación. De un modo más general e impreciso se habla formulado con anterioridad una aproximación semejante a los factores a tener en cuenta por el juez, vid. Henry T. FERRY, «Negligence», *Harv. L. Rev.*, vol. 25, 1915, pp. 40 y ss., esp. pp. 42-44. (N. del J.)

## CAPÍTULO 11

EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR CULPA  
Y LA PREVENCIÓN ESPECÍFICA

En esta parte he intentado demostrar que el sistema de responsabilidad por culpa no sería el sistema que emplearíamos, si nuestro objetivo fuera establecer un óptimo control de mercado del coste de los accidentes. También he querido mostrar que tampoco utilizaríamos el criterio de la culpa para asignar los costes, si nuestra pretensión fuera gravar con ellos a la parte, categoría o actividad que estuviera en mejores condiciones de elegir entre evitar el coste del accidente o dejar que éste se produzca y asumir el daño consiguiente, esto es: en mejores condiciones de reducir al mínimo la suma del coste de evitar los accidentes con el coste derivado de los accidentes que se produzcan. Finalmente, he pretendido señalar que el sistema de responsabilidad por culpa es un sistema inadecuado para realizar un control de mercado, incluso prescindiendo del hecho de elegir al sujeto pasivo de las pérdidas, en función de consideraciones de orden moral, antitéticas al puro control de mercado del coste de los accidentes.

Sin embargo, podría aducirse que el sistema de responsabilidad por culpa no pretende actuar semejante control de mercado y que el hecho de introducir elementos morales sugiere, precisamente, que se trata de un sistema de distinto tipo que debe juzgarse, por tanto, en base a criterios diferentes, esto es: en base a su eficacia como sistema de control colectivo de los accidentes. Admitirla sólo parcialmente esta objeción. Algunas opiniones recientes a favor del criterio de la culpa son algo confusas en relación a este punto. Por ejemplo, BLUM y KALVEN parecen indicar a veces que la justificación perfecta del sistema de responsabilidad por culpa reside en su eficiencia como sistema de control de mercado de los accidentes.<sup>1</sup> Otras veces en su misma obra, parecen sugerir que la explicación se halla en la justicia distributiva que el sistema consigue actuar (se trata de un asunto que todavía no he

examinado pero del que me ocuparé seguidamente). Finalmente, parecen sugerir que la importancia del mismo se encuentra en su eficacia como sistema de control colectivo.<sup>2</sup> El sistema de responsabilidad por culpa, como ya he advertido antes, ha de juzgarse en base a todas esas características; al igual que todo sistema realmente existente, se trata de un sistema mixto que persigue a la vez una variedad de objetivos. En consecuencia, examinaré en primer lugar el sistema de responsabilidad por culpa como instrumento de control colectivo de los accidentes, para pasar luego a ver cómo se combinan en él los elementos de mercado y los colectivos.

La diferencia esencial entre la prevención de mercado y la colectiva reside en que la primera permite que los particulares enjuicien la conveniencia social de un acto o actividad, mientras que en la segunda es la colectividad quien toma el mismo género de decisión por los individuos. Es muy fácil comprobar que en términos de prevención colectiva el sistema de responsabilidad por culpa no hace nada que no pudiera realizarse también, y quizá con mayor eficacia, mediante un conjunto de disposiciones cuyo cumplimiento estuviera garantizado con sanciones apropiadas, y que fueran desde las estrictas sanciones penales no pecuniarias, hasta las de carácter civil no asegurables.

Para ver por qué el sistema de responsabilidad por culpa no es eficaz en orden al control colectivo, debemos recordar, nuevamente, las dos situaciones básicas que parecen justificar la conveniencia de ese tipo de control. El caso más evidente es cuando el acto o la actividad en cuestión contienen suficientes elementos morales que nos hacen pensar en la imprudencia que significaría dejar que los particulares decidieran por sí mismos acerca de la oportunidad social de la actividad. Aquí es irrelevante que nuestros juicios morales se funden o no en valoraciones de los costes realizadas mucho tiempo atrás; lo importante es que en el presente la decisión individual no se considere conveniente. El homicidio es un ejemplo obvio, y el suicidio es otro.

En el segundo caso típico, el elemento básico no es la moral sino el coste: se trata de que los controles colectivos son más eficaces que los de mercado. Al comienzo de este libro he señalado que aun cuando fuera ineficiente tratar de decidirlo todo colectivamente, podría ser también enormemente caro asignar el coste de una actividad muy circunscrita o el de los actos, a los individuos con el fin de que pudiesen elegir, con un criterio económico, entre desarrollar la actividad

y no hacerlo. Cuando estemos relativamente seguros de que la mayoría de los individuos enfrentados a la disyuntiva entre renunciar a un acto específico o pagar los costes, optarían por lo primero, entonces estará normalmente justificado prohibir, absolutamente, el acto. El ahorro en costes administrativos, resultante de emplear los controles colectivos, sobrepasaría la pérdida que sufrirían aquellos pocos que, de tenerlo permitido, estarían dispuestos a pagar para obtener el derecho a la realización del acto.<sup>3</sup> En ambos casos puede demostrarse que el uso de sanciones no asegurables sería mucho más eficiente que el sistema de responsabilidad por culpa.

Conviene advertir que al referirme al sistema de responsabilidad por culpa no estoy hablando de sanciones no asegurables establecidas a nivel colectivo basadas en la culpa o en otras infracciones. La cuestión es la siguiente: sabiendo que los costes serán distribuidos entre grupos actuariales, la asignación de la responsabilidad sobre bases casuísticas, con posterioridad al accidente, supera, en términos de prevención específica, los resultados que podrían obtenerse mediante un sistema de multas no asegurables, penas, y limitaciones? ¿Existen casos en los que el sistema de responsabilidad por culpa logra alcanzar resultados de prevención específica que son mejores que los conseguidos mediante sanciones no asegurables apropiadas?

#### SITUACIONES QUE ENTRAÑAN ASPECTOS MORALES

Ningún siniestro plantea problemas de orden moral, a no ser que el individuo pueda saber con anterioridad al mismo, cuando todavía conserva el pleno control de su conducta, que el acto o la actividad que pretende iniciar constituye algo ilícito, sin perjuicio de que conduzca o no al accidente. Esto es una consecuencia inmediata del significado del término «moral». Los actos o actividades ilícitos no siempre pueden definirse con precisión, antes de un evento específico, como puede ser un accidente; pero por lo menos han de estar definidos, o ser definibles, de tal modo que un individuo normal, si lo desea, pueda aplicar la definición a la situación particular en la que se encuentra.

Consideremos, por ejemplo, la distinción entre conducir bajo la influencia de bebidas alcohólicas y conducir con temeridad. Lo primero puede definirse con claridad suficiente para que los individuos sepan, perfectamente, lo considerado ilícito,

con independencia de cualquier accidente. En cambio, la conducción temeraria es otro asunto; puede considerarse ilícita pero es difícil dar una definición omnímoda de ella, en abstracto. Así y todo, es justo clasificarla como ilícita, si se da el caso de que los individuos son capaces de aplicar las nociones generales de temeridad e imprudencia en la circulación a las situaciones reales. En términos prácticos, sin embargo, todo esto sólo es significativo —incluso según las definiciones del sistema de responsabilidad por culpa— si además los individuos pueden aplicarlas a tiempo de evitar el acto socialmente inaceptable. Este es el punto crítico del que se deriva la ineficacia del sistema de responsabilidad por culpa como sistema de control colectivo.<sup>4</sup>

Debiera ser evidente que cuando nos referimos a actividades susceptibles de ser definidas con independencia de los accidentes, como la de conducir bajo influencia alcohólica, un sistema de sanciones no asegurables apropiadas podría tener un efecto disuasorio mayor que el sistema de la culpa, que permite que una parte sustancial de la sanción, por medio del seguro, sea transferida y pagada por adelantado. La prevención colectiva está destinada a ser mucho más efectiva si el conductor ebrio ha de soportar por sí mismo el peso entero de la sanción, y si puede afrontar esta perspectiva a la hora de decidir entre conducir y beber. La prevención colectiva multa, teóricamente, a los conductores ebrios, con independencia de los accidentes. Puede ser que, en la práctica, la mayoría de estos conductores sólo sean descubiertos si ocurre un accidente; pero incluso en estas circunstancias sigue siendo cierto que el recurso a sanciones no asegurables es más efectivo que el sistema de la culpa. En realidad, la única razón por la cual sólo se descubre a los conductores ebrios cuando sufren un accidente, es de carácter económico: cuesta demasiado verificar la sobriedad de todos los automovilistas y por ello sólo se penaliza a los ebrios cuando un hecho, tal como un siniestro, pone en evidencia su estado.

El caso de la conducción temeraria es semejante, pero aquí hay muchos más motivos para ejercer el control colectivo sólo cuando el siniestro ha ocurrido. A menudo, fuera del contexto en donde existe la posibilidad real de un accidente, es imposible identificar el acto o la actividad temeraria. En consecuencia, es incluso más caro, por no decir imposible, descubrir y sancionar aquí algunos tipos de conducción temeraria, sin que se produzca un accidente. No obstante, el hecho de que, en la mayoría de los casos, sólo podamos descubrir al conductor



temerario una vez ocurrido el siniestro, no afecta al principio básico según el cual no consideraremos ilícita la conducta si no estamos convencidos de que el individuo es capaz de juzgarla impropia con tiempo suficiente para cambiarla. Si esto no es así, si un individuo normal puede elegir entre desarrollar o no una conducta ilícita, con anterioridad a un accidente, entonces una sanción no asegurable *ad hoc* es, obviamente, un disuasivo mucho más eficaz que la prima del seguro satisfecha anteriormente.

Además, ha de tratarse, como he subrayado, de una sanción apropiada, por varios motivos; y el primero de ellos es que algunas veces es difícil calibrar, correctamente, si la conducta constituye un ilícito, esto es: si los individuos podrían identificarla como tal, y renunciar a la misma con anterioridad al accidente. Multas o penas desproporcionadas, en ámbitos en donde ese tipo de error puede ser muy frecuente, conducen, tal como hemos visto, a que los individuos se abstengan de realizar conductas que en absoluto deseamos afectar; como la conducción en general, cuando existe el miedo de sufrir, eventualmente, un fuerte castigo, por muy poco que se conduzca. De forma análoga, una sanción demasiado pequeña puede constituir, simplemente, una invitación a arriesgarse. Estas dificultades son, obviamente, inevitables, pero no alteran el hecho de que un sistema racional de multas y penas privativas de libertad está destinado a ser mucho más eficaz para el tratamiento de esta clase de comportamientos que el pago de la prima de un seguro de responsabilidad civil, cuya única fuerza disuasoria, desde el punto de vista económico, que puede ser efectiva a la hora de elegir entre cometer la infracción o no hacerlo consiste en la posibilidad de un incremento futuro de aquella prima: una eventualidad que existe igualmente cuando el siniestro no deriva de un acto ilícito del asegurado.<sup>4</sup>

Podríamos preguntarnos si existe una categoría de actos o actividades cuyo carácter ilícito sólo puede establecerse con posterioridad al accidente o, como mínimo, una vez ya es demasiado tarde para evitarlos. Y si así fuera, ¿caso estaría constituida, precisamente, por aquellos actos o actividades que el sistema de responsabilidad por culpa trata de prevenir a nivel colectivo?

La respuesta es negativa: ni existe tal categoría, ni en caso de que existiera sería relevante para la defensa del sistema de responsabilidad por culpa, dados los requisitos de previsibilidad, etc., que se colocan en el frontispicio del mismo.

Ocurrido un accidente, podemos convenir en que ciertos actos eran inconvenientes y reprobables; sin embargo, en el momento en que se producen no sería apropiado considerarlos ilícitos. En efecto: lo más que podemos decir acerca de aquellos actos que sólo se consideran indeseables cuando es demasiado tarde para evitarlos, es que pueden inducirnos a rechazar las actividades en cuyo seno suelen ocurrir con más frecuencia. En este caso, podemos decidir, colectivamente, que las actividades en cuestión son ilícitas y que deben controlarse mediante impuestos, multas o penas privativas de libertad; también podemos dejar que el mercado determine el nivel de desarrollo deseado de cada una de esas actividades peligrosas. En cualquiera de estas circunstancias no está justificado recurrir al sistema de responsabilidad por culpa.

#### SITUACIONES EN LAS QUE LA PREVENCIÓN COLECTIVA ES CONVENIENTE DESDE EL PUNTO DE VISTA ECONÓMICO

¿Puede justificarse el uso del sistema de responsabilidad por culpa cuando los motivos que aconsejan la prevención colectiva son de carácter económico, a pesar de que su empleo no esté justificado cuando se recurre a la prevención colectiva a causa de la reprobación moral de ciertos actos? ¿Hay motivos para invocar la ayuda del sistema de responsabilidad por culpa cuando el control de mercado es demasiado caro?

La respuesta es negativa. El caso típico donde esos controles de mercado son demasiado caros se refiere al control de los actos individuales. Es muy caro imputar al individuo que se salta un semáforo en rojo el coste social efectivo (en términos de riesgo de los costes de los accidentes) que su acción conlleva. Lo más que un sistema de control de mercado podría hacer, de manera eficiente, sería establecer tarifas más elevadas —que reflejaran el coste superior de los accidentes— para quienes desarrollan actividades donde la tentación de saltarse los semáforos en rojo es mayor. Pero un sistema de mercado hará esto sólo en el caso de que aumentar el gravamen que recae sobre tal categoría de riesgo sea la forma más económica de evitar el coste que representa el no respetar el semáforo en rojo. Un sistema de responsabilidad por culpa, con el consiguiente seguro, no lo haría mejor: gravaría a la misma categoría de sujetos «que se saltan los semáforos en rojo». En realidad, sólo gravaría a esta categoría, aunque se pudiera contribuir mucho más a la disminución del coste de

estas accidentes gravando a otras categorías distintas (en esto consiste su diferencia con el sistema de mercado).

Así y todo hay a nuestro alcance otra forma, que creemos más eficaz que el sistema de mercado y el de responsabilidad por culpa. Se trata de la prohibición colectiva del no respetar las luces de tráfico, castigando a sus infractores con sanciones no asegurables. Esta clase de sanciones expresa la opinión colectiva según la cual si se obligara a pagar a los individuos el coste efectivo que representa saltarse los semáforos en rojo, cada vez que cometen la infracción, hallarían, normalmente, este coste superior al beneficio que produce no respetar la señal. Debido a que el sistema de responsabilidad por culpa, al igual que el sistema de mercado, debe proceder, primeramente, aumentando los costes por categorías de individuos en vez de gravando a cada uno en particular a la hora de la decisión, resulta, necesariamente, tan eficaz como el tratamiento de tales actos realizado por el sistema de mercado, y notablemente menos efectivo que un sistema de sanciones penales.

Creo que estas consideraciones, referidas a las dos áreas más importantes donde la prevención colectiva ofrece el mejor sistema de control, pueden aplicarse, perfectamente, a otras áreas distintas. Además, este deficiente e inadecuado control colectivo del coste de los accidentes que realiza el sistema de responsabilidad por culpa está amenazado por la misma inestabilidad que afecta al también inadecuado control de mercado que realiza el mencionado sistema. Si resulta que el fraccionamiento insuficiente de los costes y el gasto superfluo que conlleva al sistema de responsabilidad por culpa determina que los costes de los accidentes sean cubiertos mediante las prestaciones de un seguro social, se habrán volatilizado todos los elementos de prevención específica que contenga el sistema.<sup>1</sup> Por tanto, con todas las críticas realizadas ya debería estar claro que el sistema de responsabilidad por culpa sólo busca al sujeto capaz de evitar los costes de la forma más económica, en los términos más restringidos posibles. Multitud de objetivos sociales son ignorados por el sistema; ello explica su inestabilidad actual. Implícito en esta afirmación se halla mi convencimiento de que pueden establecerse otros sistemas que realizarían un control mejor del coste primario de los accidentes y que evitarían el coste secundario y terciario de forma más eficaz que el sistema de responsabilidad por culpa. En consecuencia, debo concluir negando que este sistema pueda justificarse como sistema de control colectivo del coste de los accidentes.

Sin embargo, todavía existe la posibilidad de que el sistema de responsabilidad por culpa, a pesar de ser inadecuado para realizar un control de mercado o un control colectivo, sea apropiado para conseguir una combinación de ambos controles o, por lo menos, una combinación de los mismos, mejor que la obtenida mediante otros sistemas posibles. Ahora hay que considerar de nuevo el sistema de responsabilidad por culpa con su consiguiente seguro, en vez de las eventuales sanciones no asegurables que pueden acompañarlo. No se trata, por tanto, de si queremos conservar o añadir nuevas sanciones no asegurables, ni de si deseamos un sistema de control de mercado de los accidentes. La cuestión aquí es la de averiguar si, suponiendo que deseemos un sistema mixto de control de mercado del coste de los accidentes, la particular combinación que nos propone el sistema de responsabilidad por culpa (tal como lo he definido anteriormente) nos ofrece un resultado mejor que el alcanzable mediante otras combinaciones posibles.

## CAPÍTULO 12

EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR CULPA  
COMO SISTEMA MIXTO DE CONTROL  
DEL COSTE PRIMARIO

Existen dos tipos principales de sistemas mixtos que pueden preferirse a un sistema puro para el control del coste de los accidentes. Quizá deseamos limitar una actividad o sancionarla en base al criterio de la vinculación con el accidente; esto significa, tal como hemos visto, una combinación de controles de carácter colectivo y de mercado. También podemos desear controlar colectivamente ciertas actividades o subcategorías de las mismas, reservando el control de las restantes al mercado. La cuestión ahora es averiguar si el sistema de responsabilidad por culpa nos permite lograr nuestros objetivos en ambos casos. ¿Podemos contar con este sistema cuando queremos realizar un control mixto de una actividad?, ¿podemos recurrir a él cuando deseamos controlar distintas actividades de forma diversa?

Las respuestas a estas preguntas dependen de la existencia o no de obstáculos que impidan usar, simultáneamente, los mejores instrumentos de control de mercado y los mejores de control colectivo para cada una de estas situaciones. Si no existe ningún obstáculo para ello, se desvanecerán los argumentos que hubieran podido usarse a favor del sistema de responsabilidad por culpa como un buen sistema de compromiso.

Observemos en primer lugar aquellas actividades que deseamos controlar de forma mixta; aquellas que deseamos limitar en vez de restringir. Un simple ejemplo mostrará que no existe nada que nos impida usar, conjuntamente, los mejores controles de mercado y los mejores colectivos. Supongamos que por diversos motivos de carácter colectivo, morales o de otro género, queremos *limitar* el consumo de cigarrillos por los adultos, pero no nos preocupa en absoluto cuándo ni dónde se fume. (Si esto nos preocupara, realmente, acudiríamos a las sanciones de la prevención colectiva para el control de la

situación, como de hecho ocurre con la prohibición de fumar en las gasolineras.) Si éste fuese nuestro único objetivo, la forma más fácil de lograrlo sería limitar la cantidad de cigarrillos producidos y dejar que los precios aumentaran, hasta que la demanda de cigarrillos coincidiera con esa nueva oferta limitada, o gravar con un impuesto los cigarrillos hasta el punto en que los compradores sólo demandaran la cantidad que se ha pretendido, colectivamente, producir. Ambos métodos significarían una simple combinación de controles de mercado y colectivos, que resultaría mucho más eficiente que el aumento del precio del fumar debido a la presunción de que todos los fumadores involucrados en los accidentes son culpables.

Si nuestra preocupación por el consumo de tabaco respondiera a otros motivos diversos; si nuestro interés se centrara también en los costes de los accidentes «causados» por el fumar, el problema sería un poco más complejo. En este caso podríamos recurrir al sistema de responsabilidad por culpa e imputar todos los costes del accidente a la parte que se hallaba fumando, cuando el fumar resultara ser una de las diversas causas necesarias (*sine qua non*) del siniestro.<sup>1</sup> Esto reduciría, en cierta medida, el coste de los accidentes, y del mismo modo reduciría la actividad de fumar, pero no contribuiría a una reducción óptima de ambas cosas.

Aún seguiría siendo mejor imputar la responsabilidad al sujeto *idóneo* para reducir, de la forma más económica, el coste de los accidentes donde se ven envueltos fumadores, porque así se obtendría una reducción óptima de ese coste, es decir: la más barata posible. Si esta asignación todavía permitiera un consumo de cigarrillos demasiado elevado (en términos de nuestro juicio colectivo acerca de la limitación del consumo del tabaco), podríamos provocar una reducción ulterior del mismo mediante impuestos apropiados. Si resultara además que fumar en ciertas situaciones fuera considerado colectivamente demasiado peligroso o ilícito debido a que esto es la causa de múltiples siniestros, podríamos controlar este tipo específico de consumo de cigarrillos estableciendo directamente sanciones no asegurables; por ejemplo, podríamos tratar el fumar mientras se conduce del mismo modo que lo hacemos respecto al fumar en las estaciones de servicio. Con ello lograríamos alcanzar mejor que con el sistema de responsabilidad por culpa nuestros objetivos de control colectivo y de mercado, porque así se permitiría fumar a quienes lo desearan realmente sin que su actividad fuera dañina para

los demás, en el sentido de que (1) el fumar no conduciría a los accidentes que podrían haber sido evitados de forma más económica impidiendo fumar a aquellos individuos, y (2) no se fumaría en aquellas circunstancias en las que esa actividad fuese considerada socialmente ilícita. En realidad, sólo en el caso en que deseáramos reducir los accidentes en donde el fumar fuese una de las causas necesarias, con independencia de que ésta fuera o no la mejor forma de reducir la cantidad general de cigarrillos consumida, o del peligro o ilicitud que el fumar entrañara, tendría sentido establecer un sistema que hiciera responsables a los fumadores en todos los accidentes en que se vieran envueltos. Pasando ahora de lo particular a lo general, lo anterior significa que el sistema de responsabilidad por culpa sólo puede justificarse si lo que se pretende no es reducir al mínimo la suma de los costes de los accidentes con los que comporta su remoción (el objetivo de mercado), ni la conducta «culpable» o ilícita (el objetivo colectivo), sino sólo reducir al mínimo aquellos accidentes donde la conducta «culpable» constituya una de las causas necesarias del siniestro. Cuanto más examinemos esta proposición, más absurdo aparece el sistema de responsabilidad por culpa.

Esta conclusión es la consecuencia directa del hecho de poder usar de forma conjunta y coherente el óptimo método de control de mercado y el óptimo de control colectivo, cuando el objetivo es controlar ciertas actividades (o partes de las mismas) por medio del mercado, reservando el control de las restantes (y de las partes restantes) a la colectividad. Podemos controlar la conducción de los menores mediante reglas y sanciones, y al mismo tiempo controlar la de los más ancianos mediante instrumentos de mercado. En realidad, recurriremos a combinaciones mucho más complejas. Por ejemplo: (1) podemos controlar la circulación de ciertas categorías (la de los menores de 16 años, la de los condenados por exceso de velocidad y la de los condenados por conducir bajo el efecto de bebidas alcohólicas) mediante una prohibición colectiva; (2) controlar la de otras (la de los conductores de edades comprendidas entre 18 y 70 años) mediante el mercado, y (3) controlar la de unas terceras (la de las personas de edades comprendidas entre los 16 y los 18 años, a quienes permitiríamos conducir sólo con autorización de sus padres y sólo si fueran capaces de pagar los eventuales accidentes que sufrieran, o la de los mayores de 70 años, a quienes se permitiría conducir previa la superación de un examen médico y la garantía de que

podieran contratar un seguro) mediante instrumentos de carácter mixto, de mercado y colectivos.

La combinación de óptimos instrumentos de mercado y colectivos puede ser tan compleja como lo exijan los objetivos sociales.<sup>2</sup> Pero la cuestión fundamental es que no existe ninguna razón para emplear la peculiar combinación articulada por el sistema de responsabilidad por culpa por el simple hecho de que precisemos un sistema mixto.<sup>3</sup> Por tanto, el sistema de responsabilidad por culpa no puede justificarse por la circunstancia de ser un sistema mixto, de control colectivo y de mercado. La única forma de justificar este sistema sería bien porque logra alcanzar satisfactoriamente un fin concreto de naturaleza mixta que descamos (p. ej., aquel objetivo particular que no consiste ni en reducir al mínimo los costes de los accidentes, ni las conductas ilícitas, ni ambas cosas a la vez, sino en reducir sólo al mínimo los costes de los accidentes donde la conducta ilícita constituye una de las causas necesarias de los mismos), bien porque existen elementos morales o causales en la decisión casuística del jurado que, a pesar de sus defectos en relación a la reducción del coste primario, secundario o terciario, satisface nuestra exigencia mucho mejor que cualquier otro sistema mixto. Sin embargo, antes de ocuparnos de la cuestión de la justicia, convendría ver si es posible mejorar el sistema tal como hoy lo conocemos, como instrumento para evitar el coste secundario y terciario de los accidentes.

## CAPÍTULO 13

EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD POR CULPA  
Y LA REMOCION DEL COSTE SECUNDARIO  
DE LOS ACCIDENTES. MODIFICACIONES POSIBLES

Uno de los principales defectos que se imputan al sistema de responsabilidad por culpa y que mayor importancia tiene por lo que afecta a su inestabilidad actual, es el fallido intento de conseguir un fraccionamiento satisfactorio de los costes de los accidentes, engendrando, innecesariamente, costes secundarios de carácter económico y social. No es preciso insistir en la crítica según la cual el sistema de responsabilidad por culpa deja sin resarcimiento a algunas víctimas, compensa con exceso a otras y hace todo esto con tal retraso que es capaz de crear una nueva fuente de costes secundarios basados en la propia dilación.<sup>1</sup> Todas estas objeciones constituyen parte del contenido obligado de todos los manuales de responsabilidad civil al uso. Tampoco hay que entretenerse demasiado en la alegación basada en que el sistema no pretende fraccionar los costes de los accidentes,<sup>2</sup> porque el punto no es que lo pretendía hacer o no, sino la existencia de unos objetivos exigidos a todo sistema de responsabilidad civil. Creo que es bastante evidente que —para bien o para mal— nuestro deseo es conseguir un fraccionamiento superior al que nos ofrece, actualmente, el sistema de responsabilidad por culpa.

Dada la ineficacia del sistema para lograr un control del coste primario de los accidentes, es dudoso que las modificaciones que se establezcan con el fin de promover el fraccionamiento lo pueden convertir en un sistema de responsabilidad civil aceptable.<sup>3</sup> Pero como resulta que la mayor parte de las críticas más duras contra el sistema se dirigen, precisamente, a su lamentable fraccionamiento, convendrá aquí analizar algunas de estas modificaciones. Algunas ya se han sugerido. La primera de ellas es la adopción del criterio de la compensación de culpas (*comparative negligence*).<sup>4</sup> La segunda es el establecimiento del seguro obligatorio, que considerará

con respecto al ofensor y a la víctima. La tercera es la inclusión de consideraciones acerca de cuál es el sujeto en mejores condiciones de fraccionar el riesgo, a la hora de determinar la culpa. La cuarta es la complementación del sistema mediante un seguro social.

## EL CRITERIO DE LA COMPENSACIÓN DE CULPAS

El criterio de la compensación de culpas es completamente coherente con el sistema que examinamos. En realidad, se ha convertido en un tópico señalar que el concepto de culpa, llevado a sus últimas consecuencias lógicas, debe recurrir al criterio citado. Podríamos ir más lejos y afirmar que si el sistema de responsabilidad por culpa fuese un sistema bien de prevención general, bien de prevención específica, tendría que establecer una división de los daños incluso en el caso de que ninguna de las partes fuera culpable. Una valoración comparativa de la culpa, de la facilidad para evitar los accidentes o, en la prevención específica, de la comparativa oportunidad de las actividades sería conveniente en todos los casos.

Pero es difícil ver cómo contribuiría la compensación de culpas al logro de un mayor fraccionamiento. Es obvio que con este criterio se tendería a dividir los daños de una forma más equitativa entre las partes involucradas en cada accidente. Pero a menos que esto se hiciera con la máxima atención respecto a quién se halla en mejores condiciones de fraccionar las pérdidas, quedarían aún muchas por fraccionar, al igual que subsistirían los costes secundarios provocados por la dilación. En realidad, quienes sostienen la capacidad de la compensación de culpas y la del criterio contrario (*comparative non-negligence*) para mejorar el fraccionamiento ofrecido por el sistema de responsabilidad por culpa, parecen suponer que, en la práctica, el sistema funcionaría buscando imputar las pérdidas al sujeto en mejores condiciones de fraccionarlas.<sup>5</sup> La mayoría de los casos los resolverían los jurados; y los jurados estarían influidos, inevitablemente, por este factor. Además, se podría añadir que el propio hecho de remitir cada caso a la decisión de un jurado facilitaría la composición de los intereses y mitigaría, por tanto, los costes de la dilación.<sup>6</sup>

Todo esto es naturalmente cierto, pero en cierta forma es absolutamente irrelevante, porque son argumentos que se basan en la idea según la cual la compensación de culpas tendería a negar la culpa misma. Esto es: se trata de argumentos

fundados en el postulado de que la compensación de culpas no conduciría a una determinación más precisa de la culpa sino a que la mayor parte de la carga de la responsabilidad gravara sobre el sujeto en mejores condiciones de fraccionarla, con independencia de la culpa. No digo que esto sea un mal resultado, pero es falso que constituya el fraccionamiento natural de llevar el sistema de responsabilidad por culpa a sus últimas consecuencias. En realidad, este efecto debe ser tenido en cuenta, pero debe examinarse junto a las demás tendencias existentes hacia la asignación de la responsabilidad al sujeto en mejores condiciones de fraccionar las pérdidas (la tercera modificación enunciada), a pesar de fingir estar todavía en el ámbito del sistema de responsabilidad por culpa, y por lo cual omito aquí su análisis.

Por tanto, mi conclusión es que aun cuando la compensación de culpas es, ciertamente, conveniente en términos de los objetivos admitidos por el sistema de responsabilidad por culpa, y aun cuando puede mejorar en cierta medida el grado de dispersión de las pérdidas alcanzable en este sistema, sólo satisfaría nuestros deseos en relación al fraccionamiento si se aplicara de forma que la mayor parte de la responsabilidad recayera sobre el sujeto en mejores condiciones de fraccionar las pérdidas, en vez de sobre la parte más culpable. En consecuencia, esta modificación puede salvar el sistema de responsabilidad por culpa a condición de que estemos dispuestos a aceptar alteraciones más profundas del sistema que las que parece implicar el criterio de la compensación de culpas.

#### EL SEGURO OBLIGATORIO

El seguro obligatorio significa un remedio dirigido contra el escaso fraccionamiento de los costes realizado por el sistema de responsabilidad por culpa. No es preciso reproducir de nuevo el argumento que demuestra que los individuos no son propensos a asegurarse voluntariamente hasta el nivel que sería conveniente para evitar las pérdidas secundarias. Las razones son múltiples y afectan tanto a los ofensores como a las víctimas. Un sistema de seguro obligatorio total para las víctimas potenciales y un seguro de la misma clase para los eventuales ofensores obviamente contribuiría mucho a mitigar el deficiente fraccionamiento del criterio de la culpa. El problema es (al margen de las posibles objeciones de carácter político al seguro obligatorio) en qué medida este remedio

afectaría al criterio de la culpa como sistema de control del coste primario de los accidentes.

Si hacemos obligatorio el seguro de responsabilidad civil y el de accidentes, los costes de los siniestros dejarán absolutamente de asignarse a las específicas partes culpables; recayendo, en cambio, sobre los grupos compuestos por aquellos expuestos, en términos actuariales, al mismo riesgo de (1) sufrir un accidente y (2) de tener que soportar los costes del mismo según las reglas del sistema de responsabilidad por culpa. Por tanto, en el mejor de los casos nos hallaremos frente a una situación en donde cualquier beneficio posible del sistema de la culpa será extremadamente dudoso, comparado con el que ofrece el método por categorías, mediante el cual podría actuar la prevención general o la específica. Además, un seguro obligatorio absoluto, cuando se combina con las determinaciones casuísticas de la culpa, está destinado a producir enormes externalidades. En efecto: un seguro obligatorio de accidentes para las víctimas debe ser fundamentalmente de carácter general, en vez de establecerse para categorías específicas de actividades, como el caminar o el ir como pasajero en un vehículo; puesto que es demasiado difícil estructurar un seguro que cubra actividades tan poco organizadas como estas últimas. Pero resulta que si el seguro no se organiza de esta forma, el criterio de la culpa combinado con el seguro no sirve en absoluto para disuadir el caminar ni el ir como pasajero, cuando estas actividades se desarrollan de forma negligente, gravando, en cambio, al hecho de vivir en general; con lo cual el efecto de prevención específica o general conseguido es mucho menor que el que se podría obtener mediante la imputación de los costes realizada, sin seguir el criterio de la culpa, a las actividades más organizadas o institucionalizadas, como es el caso de la actividad de conducir en los accidentes de tráfico.

Es por esto que el sistema de responsabilidad por culpa combinado con el seguro sólo puede lograr un fraccionamiento adecuado a condición de incurrir en más costes de los necesarios en términos de prevención. No hay que extrañarse de ello. Un sistema creado, originariamente, para lograr a la vez la remoción del coste primario de los accidentes y el fraccionamiento del mismo, puede seleccionar a la categoría capaz de evitarlo de la mejor forma o de la forma más económica, siendo al mismo tiempo plenamente coherente con el objetivo de un fraccionamiento satisfactorio. El sistema de responsabilidad por culpa busca en primer lugar al sujeto que teórica-

mente se halla en mejores condiciones de evitar el coste en relación a un siniestro específico. Luego, cuando percibe que esta imputación es intolerable desde el punto de vista del fraccionamiento, trata de remediar lo hecho *requiriendo* que ese sujeto agrupe su riesgo con otros análogos por medio del seguro. Pero no existe ninguna razón para suponer que la agrupación de estos riesgos ejerza presión alguna sobre quienes en cierto modo son capaces de evitar el coste, bien desde la perspectiva de la prevención general, bien de la específica. Es mucho más probable, en cambio, que cuando los específicos sujetos capaces de evitar el coste de la forma más económica (las partes culpables) desarrollen actividades no organizadas, el resultado de esta agrupación sea la proyección de los costes sobre actividades, tales como el vivir en general (mediante un seguro general de accidentes), que son las menos idóneas para evitar los costes primarios, tanto desde el punto de vista colectivo como de mercado. En resumen, si no pretendemos gravar al sujeto específico que aparece como el más idóneo para evitar los costes, sino a la categoría que puede remover mejor el coste primario, buscando al mismo tiempo un adecuado fraccionamiento, debemos concentrarnos, directamente, en hallar y gravar a esa actividad o grupo y abandonar el costoso ritual de comenzar gravando a un individuo por el mero hecho de ser capaz, en teoría, de evitar mejor el coste, cuando éste recaerá sobre él.

Si nuestra intención es disuadir a los particulares, existen medios óptimos para hacerlo directamente. Multas, sanciones civiles, penas restrictivas de libertad están a nuestro alcance y pueden ajustarse para reducir al mínimo el conflicto con la remoción del coste secundario. Por ejemplo, los peatones pueden ser influidos mediante multas y sanciones civiles para prevenir su comportamiento, mientras que los conductores (la categoría que está en mejores condiciones de evitar de la forma más fácil o más económica los atropellos, sin obstaculizar el adecuado fraccionamiento) pueden serlo imputándoles los costes de los atropellos. En cambio, gravando a los peatones culpables involucrados en los accidentes de circulación con los costes de los mismos o bien impedirá lograr nuestro objetivo en relación a la remoción del coste secundario, o bien impedirá la remoción del coste primario, obligándonos a exigir un seguro para cubrir los riesgos de los peatones como un elemento más del coste de la vida. (Con este seguro se eliminaría todo incentivo económico a la prudencia, que es precisamente lo que pretendía establecer el sistema de respon-

sabilidad por culpa con respecto a los peatones, sin sustituirlo por ningún estímulo equivalente para los automovilistas.)<sup>1</sup>

Podemos concluir diciendo que el seguro obligatorio, al igual que la compensación de culpas, puede ser una forma satisfactoria de mitigar los malos resultados que respecto al fraccionamiento se obtienen con el sistema de responsabilidad por culpa, sólo para quienes no les importe que el sistema produzca una adecuada remoción del coste primario de los accidentes (esto es: para quienes preferirían un seguro social a cualquier otro sistema de reducción). A quienes les preocupara, en cambio, la prevención del coste primario, reconocerían que existen otros sistemas, establecidos para lograr a la vez la prevención y el fraccionamiento deseado, que serían mucho más idóneos para conseguir este doble objetivo que el sistema de responsabilidad por culpa remendado.

#### CONSIDERACIÓN DE LA CAPACIDAD PARA FRACCIONAR LOS COSTES EN LA DETERMINACIÓN DE LA CULPA

La tercera modificación del sistema de responsabilidad por culpa propuesta para lograr un fraccionamiento mejor de los costes consiste en permitir que la determinación del sujeto imputable esté directamente influenciada por consideraciones relativas a los costes secundarios así como por los tradicionales criterios de culpabilidad. Esto podría realizarse explícita o implícitamente.<sup>2</sup> El problema principal que plantea esta modificación es el hecho de ser a la vez irregular y costosa. Su naturaleza irregular haría disminuir, por un lado, la trascendencia del sistema de la culpa como medio de prevención del coste primario de los accidentes, mientras que continuaría permitiendo, por otro, la existencia de casos que entrañan costes secundarios elevadísimos. En realidad, como el sistema de responsabilidad por culpa puede estar prácticamente muy próximo a esta modificación, no sería incorrecto aplicar a esta tercera propuesta todas las críticas que se formulan al sistema, tal como opera en la práctica (con referencia a la prevención del coste primario y al fraccionamiento).

Sin embargo, como la fuerza de esta tercera alternativa reside en establecer como principal objetivo de la imputación de la responsabilidad el sujeto en mejores condiciones de fraccionar los costes, en vez de la parte culpable, la crítica debe fundarse en otras bases. En este caso, la dificultad estaría de nuevo en haber subordinado el objetivo de la remoción del

coste primario de los accidentes a los intereses del fraccionamiento de un modo excesivamente tortuoso y caro. En realidad, no debemos extrañarnos de que quienes entienden el sistema de responsabilidad por culpa como un sistema principalmente de fraccionamiento, también interpreten esta modificación como un paso más hacia un sistema más eficiente de remoción del coste secundario, esto es: el seguro social.

#### COMBINACIÓN DEL SEGURO SOCIAL CON LA CULPA

A simple vista, la cuarta modificación del sistema sugerida es mucho más halagüeña. Se trata de mantener el sistema de responsabilidad por culpa, completándolo con un sistema general de seguro social para mitigar los costes secundarios. Sin embargo, por poco que se reflexione se observará que es simplemente una versión menos mezquina del plan de «compromiso provisional» (*stopgap*) propuesto por BLUM y KALVEN, y que entraña los mismos problemas que hemos visto al completar el sistema de responsabilidad por culpa con el seguro obligatorio.

Aquí, nuevamente, y por las mismas razones, el fraccionamiento se conseguirá a costa de renunciar en exceso a la prevención del coste primario de los accidentes. Este resultado puede remediarse a su vez mediante la agregación al sistema de multas y sanciones civiles no asegurables, como técnicas de prevención específica. Pero en este caso nos sería extremadamente difícil explicar la trascendencia que tendría para el sistema la asignación de los costes de los siniestros en base al criterio de la culpa, y también justificar su excesivo coste, a no ser que alegáramos la necesidad —que nos saldría cara— de rendir homenaje al pasado. En esta combinación la culpa sería un lujoso apéndice que sólo podría tolerarse porque no afectaría, salvo en detalles mínimos, a quien soportara realmente el coste de los accidentes, ni a los actos o actividades que se verían disuadidos.

El problema que todas estas modificaciones entrañan es, fundamentalmente, el mismo: si nuestro objetivo es coordinar fines, tales como la remoción del coste primario de los accidentes y la remoción del secundario, que son en última instancia incompatibles, es muy difícil lograrlo recurriendo a la estructura de un sistema que se ha ido desarrollando sin ningún propósito racional en mente. En realidad, el propio hecho de estar actuando en el seno de un sistema tan irracional

es el motivo por el cual podemos albergar la esperanza de que en el futuro nos acercaremos más a la totalidad de nuestros objetivos inconciliables; pues sólo la irracionalidad del sistema de la culpa —en términos de remoción de todos los tipos de costes de los accidentes— y el hecho de que no sea capaz de lograr de forma satisfactoria ninguno de los fines propuestos, permite confiar en que alcanzará mejor el conjunto de todos ellos.



## CAPÍTULO 14

LOS COSTES DE ADMINISTRAR EL SISTEMA  
DE RESPONSABILIDAD POR CULPA

En los capítulos precedentes he sostenido que el criterio de la culpa no constituye un buen sistema de prevención general ni de específica y que, al mismo tiempo, es muy defectuoso el fraccionamiento que produce de las pérdidas. Estas críticas no serían definitivas si no fuera por la existencia de los costes terciarios que el sistema conlleva. Con la culpa se puede lograr una cierta prevención general y específica, y modificando el sistema, a condición de renunciar en parte a la reducción de los costes primarios, se puede intensificar también el fraccionamiento. Pero la pregunta que inevitablemente surge en cada una de las secciones anteriores era: ¿favorece el sistema de la culpa el logro de estos objetivos con tal intensidad que pueden justificarse los costes de administración que conlleva? Y la respuesta era siempre negativa.

Como resulta que los costes administrativos del sistema constituyen el fundamento de la mayoría de sus críticas, y dado que, tal como he señalado al comienzo de este libro, la sede ideal para la discusión de los costes terciarios es en el análisis de los objetivos concretos cuya consecución los engendra, no voy a ocuparme más de este problema. Basta señalar que los costes del sistema de responsabilidad por culpa surgen de sus propias características intrínsecas y, por tanto, no son fáciles de evitar sin renunciar a lo fundamental del propio sistema. Para lograr la prevención que pretende, el sistema debe adoptar decisiones casuísticas y aquí se encuentra la fuente principal de los gastos. Además, la reparación de los daños depende de las circunstancias concretas de cada caso, lo cual es otra fuente de costes muy importante, ya que esto significa que no será de fiar la descripción que haga la víctima de los hechos.<sup>1</sup> Por último, para lograr una valoración aceptable de los costes a repartir y para alcanzar un fraccionamiento

lo suficiente para sobrevivir, el sistema debe recurrir al jurado, que constituye una fuente ulterior de gastos.

Otros sistemas pueden tener, naturalmente, las mismas características y los mismos costes. Ya he advertido que tanto la prevención general como la específica pueden, teóricamente, recurrir a las determinaciones casuísticas y también al jurado. Sin embargo, creo que debiera estar claro después del análisis realizado que estas técnicas no serían esenciales para un adecuado sistema de prevención general ni para uno de prevención específica. Ni son tampoco esenciales para muchos de los sistemas mixtos posibles que tratan de combinar aquellos métodos entre sí con la búsqueda de un adecuado fraccionamiento de los costes. No obstante, se trata de técnicas fundamentales para el sistema de responsabilidad por culpa, puesto que, por las razones ya señaladas y debido a las posibles demandas de justicia, el sistema puede depender de ellas. El criterio de la culpa implica la reprobación de la conducta individual y por ello precisa de un aparato tan individualista como el del sistema que aquí estamos examinando.<sup>2</sup>

QUINTA PARTE

LA JUSTICIA Y EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD  
POR CULPA