

Al examinar cada uno de los mencionados fines de la responsabilidad civil, los argumentos teóricos y prácticos que los justifican, y los métodos principales para conseguirlos, no podemos ignorar un peligro. Al concentrar nuestra atención en un fin solo, es posible que se pierda de vista el hecho de que no existe ningún sistema de los que tratamos que pueda concebirse teniendo en mente una sola finalidad. La importancia de ciertas funciones depende probablemente de la existencia de otras. Por ejemplo, si la reducción del coste primario de los accidentes no fuera un objetivo a realizar, la finalidad indemnizatoria podría tratarse fácilmente en los términos de su solución ideal: mediante un sistema general de seguridad social. Esto es lo que precisamente sucede en ciertas aproximaciones al problema, que he calificado como planes de seguridad social o de legislación asistencial. Sin embargo, dada la necesidad de evitar el coste primario de los accidentes, la idea de un sistema general de seguridad social quizá no resulte siempre la solución más adecuada. A la inversa, si nos fijáramos sólo en el objetivo de evitar el coste primario de los accidentes, entonces sería imposible pronunciarse por ningún sistema en particular. Supongamos, por ejemplo, que tuviéramos que elegir entre el sistema de la culpa y el sistema de responsabilidad empresarial, o entre los proyectos de seguro personal, del tipo propuesto por KEETON y O'CONNELL, y los seguros a favor de terceros. Atender al modo como actúan en la reducción del coste primario no nos sería de mucha ayuda para ello, hasta el extremo, incluso, de que aquel objetivo podría resultar demasiado vago para que mereciera la pena preocuparse por él. Pero si uno de estos sistemas entrara en conflicto con algún otro objetivo, tal como el de reducir el coste secundario de los accidentes, mientras que otros no lo hicieran, y si además existieran otros sistemas que sin afectar negativamente al fin indemnizatorio violaran también la vaga exigencia de evitar el coste primario de los accidentes, entonces la prevención de este último coste debería tener un peso importante en nuestra elección.<sup>1</sup> El proyecto de compromiso

de BLUM y KALVEN, por ejemplo, al liberar a los causantes y a las víctimas de parte del coste de los accidentes y hacerlo recaer sobre el público en general, olvida precisamente las consideraciones anteriores. Como consecuencia de las relaciones existentes entre los diversos fines, me verá obligado en varias ocasiones a adelantar el examen de algunos para poder completar el tratamiento de todos los aspectos de uno en particular.

#### CAPÍTULO 4

### LA REMOCIÓN DEL COSTE SECUNDARIO DE LOS ACCIDENTES: EL MÉTODO DEL FRACCIONAMIENTO DE LOS DAÑOS Y EL DE LA «BUENA BOLSA»

#### FUNDAMENTOS TEÓRICOS

El argumento al que la literatura jurídica actual suele recurrir con más frecuencia para justificar la imputación de los daños en función de criterios de responsabilidad sin culpa, es que las pérdidas se soportan mejor si se fraccionan entre un gran número de individuos y se reparten a lo largo del tiempo.

Opiniones semejantes se encuentran en el terreno de la teoría económica. Las ventajas de fraccionar las pérdidas entre un gran número de individuos se podrían expresar mediante el siguiente par de proposiciones: (1) es más probable que se produzca un trastorno económico, acompañado de innecesarias pérdidas secundarias, si una persona es despojada de una gran suma de dinero, que si muchas son despojadas de pequeñas sumas;<sup>1</sup> (2) incluso si el perjuicio económico total fuera el mismo, la pérdida de pequeñas sumas sería preferible a la de una mayor por el simple hecho de que se experimenta un daño mayor si una persona pierde un millón de pesetas que si diez mil de ellas pierden sólo cien pesetas cada una.

Mientras que la primera de estas afirmaciones es una generalización empírica bastante admisible, la segunda es una variante de aquella generalización empírica conocida como teoría de la disminución de la utilidad marginal del dinero. Esta teoría no ha encontrado una gran acogida entre los economistas modernos, porque no puede demostrarse que una generalización empírica sea universalmente verdadera y porque, además, se ha probado que en determinadas circunstancias es falsa. Por ejemplo, se ha señalado en algunos estudios que la pérdida de una cantidad relativamente pequeña de dinero, que signifique para quien la padezca el descenso en la escala

social, puede ser tan importante para él como la pérdida de una suma mayor que no le afecte a su posición social. Por otro lado, una pérdida relativamente pequeña que, sin embargo, no obligue a renunciar a ciertos símbolos, que ponen de manifiesto el *status* social —una casa, un «buen» barrio, un «buen» coche—, afecta a la gente mucho menos que otra ligeramente superior que implique un abandono de ese *status*.<sup>2</sup>

A pesar de los puntos débiles que puede presentar un análisis en términos estrictamente utilitaristas como el que subyace en la teoría de la disminución de la utilidad marginal del dinero, y que implica que una pérdida de quinientas pesetas repartida entre cinco individuos causa necesariamente menores perjuicios que la misma pérdida sufrida por una sola persona, la idea del fraccionamiento de los daños sigue siendo válida. Para confirmarlo basta con reconocer que los trastornos sociales y económicos son mucho más intensos cuando una sola persona soporta una gran pérdida que cuando son muchas las que sufren una pequeña, por haber encontrado un método de fraccionar aquella.<sup>3</sup>

La idea de que la reducción de los daños secundarios de los accidentes puede realizarse mediante un fraccionamiento amplio de los mismos tiene una variante que se puede denominar con la expresión «buena bolsa» («deep pocket»). Según esta noción, el coste secundario de los accidentes se podría reducir mucho si se imputaran las pérdidas a aquellos grupos sociales que están mejor protegidos contra las consecuencias sociales y económicas que se derivarían del hecho de tener que soportarlas, es decir: si se imputaran las pérdidas a quienes normalmente designamos como «ricos». Sería imaginable también una situación o una sociedad en donde los trastornos económicos y sociales se redujeran a base de imputar las pérdidas que resultan de los siniestros a otros grupos distintos, como, por ejemplo, a los pobres (es bien conocida la posibilidad de un sistema impositivo altamente regresivo). La diferencia principal entre este método y el de fraccionar las pérdidas es que el primero implica que si se acierta a determinar las personas justas que deben pagar, entonces un fraccionamiento parcial puede reducir el coste secundario mejor que un fraccionamiento total.

Los fundamentos de esta idea son fáciles de halar, en la economía y en la política. La teoría de la disminución de la utilidad marginal del dinero significa que es mejor quitar cien pesetas a un rico que a un pobre y, en consecuencia, el transferir las pérdidas de los pobres a los ricos es por sí mis-

mo algo bueno. Actualmente, como he señalado, esta teoría no goza de demasiado favor. Pero a pesar de que no podamos afirmar su validez universal, lo cierto es que solemos referirnos, implícitamente, a ella en las confrontaciones electorales. Y aunque los economistas se nieguen a admitir que el último millón de pesetas de un millonario vale menos para él que las últimas cien mil pesetas de un pobre, el *Internal Revenue Service*\* acepta sin dudar este principio cuando se trata de cumplir su compromiso electoral. Por tanto, tendría sentido imaginar un sistema de imputación del coste de los accidentes que funcionara, más o menos, a semejanza de las normas tributarias que despojan a los ricos para dar a los pobres. No hay que esforzarse demasiado para reconocer que si se quiere adoptar esta idea, es preciso convenir antes con el electorado un sistema impositivo altamente progresivo. Si se logra este acuerdo, los sistemas que fraccionando los costes, los imputaran diferenciadamente según la respectiva capacidad contributiva de cada grupo, gozarían de mayor estima que aquellos sistemas que se limitan a realizar un fraccionamiento que luego se repartirá entre ricos y pobres por igual.<sup>4</sup>

A la inversa, existen sistemas de indemnización en donde se favorece más a las víctimas ricas que a las pobres.<sup>5</sup> En caso de incapacidad absoluta, resultante de un accidente, un individuo que ganaba un millón de pesetas anuales puede recibir una pensión de hasta seiscientos mil pesetas, mientras que la misma incapacidad sufrida por otro cuyos ingresos eran de cuatrocientos mil pesetas no le permite obtener una pensión superior a esta cifra.<sup>6</sup> Si no se acepta la teoría de la disminución de la utilidad marginal del dinero, es más fácil admitir un programa de conservación de la renta del tipo señalado. Esto supondría reconocer que la conservación del *status* social de la víctima es un objetivo más importante para la acción social, una vez garantizada una prestación económica mínima, que resarcir a todas las víctimas con prestaciones superiores a este mínimo. Una propuesta intermedia sería la de un sistema de fraccionamiento de las pérdidas que obtuviera los fondos necesarios mediante el criterio de la «buena bolsa» («deep pocket») y, luego, los distribuyera de un modo tal que

\* El *Internal Revenue Service* es un órgano del Departamento del Tesoro, encargado de la administración, ejecución e interpretación de las leyes fiscales federales, a excepción de las que se refieren a las rentas de aduanas y a algunos impuestos indirectos. (N. del t.)

\*\* Contrástese con el sistema establecido por la Ley General de la Seguridad Social de 1974, art. 136, al regular las prestaciones económicas que corresponden a los distintos casos de incapacidad permanente. (N. del t.)

asegurara, en cierta medida, la conservación de la renta mediante el «resarcimiento» de algunos ricos. Este sistema gravaría a los ricos que no hubieran sufrido daño, con el fin de mantener la renta y el *status* social de las víctimas ricas y pobres. Desde mi punto de vista, se trata de un sistema que se engloba en las aproximaciones del género denominado «buena bolsa» («*deep pocket*»), porque en el fondo reconoce que el fraccionamiento parcial de las pérdidas produce una disminución mejor del coste secundario de los accidentes que el fraccionamiento total.

Un fraccionamiento personal de las pérdidas puede ser menos importante para muchas víctimas que un fraccionamiento en el tiempo. Como han señalado muchos autores, la rehabilitación inmediata de las víctimas, siempre que sea posible, es la mejor forma de reducir el coste secundario de los accidentes.<sup>8</sup> No obstante, si el coste de la rehabilitación debe ser satisficido inmediata e inesperadamente, por la víctima y su familia, los efectos desagregados pueden ser desastrosos hasta el extremo de aceptar una rehabilitación parcial o de renunciar totalmente a ella. Pero sin necesidad de aceptar un mecanismo de fraccionamiento personal de las pérdidas, la amenaza del trastorno sería menos preocupante si la víctima pudiera repartir los costes de rehabilitación entre sus ingresos pasados y futuros.

Un cierto fraccionamiento temporal se obtiene del seguro, a pesar de que suele considerarse, normalmente, como una forma de realizar un fraccionamiento personal. La obtención de un préstamo después del accidente también sirve para producir un fraccionamiento temporal; pero esto es muy probable que no resulte adecuado. Las familias con ingresos más bajos, que son, en definitiva, quienes mayor necesidad tienen de este crédito para fraccionar en el tiempo sus pérdidas, carecen de la posibilidad de obtenerlo dadas sus escasas expectativas de obtener ganancias futuras con las que devolverlo. Ni tampoco es probable que puedan lograrlo con la garantía de la indemnización futura, a no ser que ésta sea relativamente segura.<sup>9</sup> Una de las mayores críticas, dirigidas, actualmente, contra el sistema de responsabilidad por culpa es, precisamente, el retraso y la incertidumbre de la indemnización, lo cual incrementa la necesidad de un fraccionamiento temporal que luego resulta vetado para aquellos que más lo necesitan. Todo esto obstaculiza la rehabilitación de las víctimas e incrementa notablemente los costes secundarios de los accidentes.<sup>8</sup>

Quando la dilación no es el producto de la incertidumbre, el problema es menor. El único obstáculo que resta al fraccionamiento temporal es el coste del crédito (pues si esto no existiera, incluso las familias más modestas podrían encontrar siempre a alguien que les prestara a cuenta de la indemnización segura). Este obstáculo pone de manifiesto que el fraccionamiento, tanto temporal como personal, tiene un coste que muchas veces es de tal entidad que impide realizarlo.

No se puede negar que la exigencia de un fraccionamiento personal o temporal de las pérdidas sea, realmente, importante. Pero la reducción del coste secundario de los accidentes no es el único objetivo de la responsabilidad civil. Esto debería resultar evidente, ya que ni el fraccionamiento de las pérdidas, ni el método de la «buena bolsa» («*deep pocket*») contribuyen a reducir los costes *primarios* de los siniestros, mientras que la mayoría de la gente parece desear que se produzca una cierta reducción de esta clase.

Si la remoción del coste fuera el único objetivo, no existiría ningún motivo para limitar la actividad indemnizatoria a la hipótesis de los accidentes y para no ampliarla hasta comprender los casos de las enfermedades, de la vejez y de cuantos males aquejan a nuestro planeta. Es claro que existe una actividad indemnizatoria parcial en otros campos distintos del de los accidentes, pero lo crucial es el carácter limitado de la actuación en estos otros ámbitos. ¿Por qué las prestaciones sanitarias, incluso en los países que poseen una política asistencial muy avanzada, son siempre menores que el resarcimiento de las víctimas de los accidentes? Si el único o principal coste que pretendiéramos reducir fuera el secundario —los trastornos económicos y sociales derivados de los siniestros—, es obvio que un sistema general de seguridad social, que cubriera todo tipo de daños graves, sería, probablemente, la única fórmula práctica. La contribución al fondo de la seguridad social podría fraccionarse tan ampliamente como fuera posible o ponerse a cargo de los más ricos, según prefiriéramos recurrir al método de fraccionamiento de los daños o al de la «buena bolsa» («*deep pocket*»). Pero en cualquier caso se podría lograr una remoción del coste secundario extremadamente eficaz.<sup>2</sup> La respuesta es, naturalmente, que los accidentes, a diferencia de la mayoría de las enfermedades,<sup>10</sup> pueden reducirse en número y gravedad y, por tanto, la reducción del coste primario puede y debe ser un objetivo de todo sistema jurídico que pretenda afrontar el problema de los accidentes. En consecuencia, por muy perfecto que sea un

sistema en el punto de la reducción del coste secundario, puede ser totalmente inaceptable si sólo realiza una exigua reducción del coste primario.

Sin embargo, el resarcimiento de las víctimas sigue siendo un objetivo fundamental de la responsabilidad civil. Si sus fundamentos teóricos proceden de ciertas doctrinas acerca de los costes económicos y sociales causados por la concentración de pérdidas, sus fundamentos prácticos surgen del hecho de que los siniestros son la fuente de una de las mayores concentraciones de pérdidas de nuestra sociedad. Algunos autores han intentado equiparar la necesidad de resarcir a las víctimas con el problema de la pobreza, integrándola, por tanto, en la cuestión más general de la distribución desigual de la renta.<sup>11</sup> Es cierto que algunos de los ejemplos más atroces de pobreza son consecuencia de los siniestros. Pero me temo que, incluso eliminando la pobreza garantizando una renta mínima, seguiríamos juzgando perjudicial que los trastornos económicos y sociales derivados del no fraccionar el coste de los accidentes causasen una disminución del nivel de vida de ciertas personas hasta el mínimo garantizado. En otras palabras, un planteamiento del problema en términos exclusivos de pobreza no es satisfactorio, porque el coste económico y social resultante de no fraccionar los daños que se ocasionan procede tanto del cambio de *status* económico y social causado por los siniestros, como de la condición económica real a que se ve reducida la gente después del accidente.<sup>12</sup> En este sentido, los planes de indemnización, como el plan propuesto por BLUM y KALVEN de «compromiso provisional» (*stop-gap*), y aquellos seguros sociales, que garantizan un nivel mínimo de subsistencia, no parecen satisfactorios, bien por ignorar el problema del cambio de *status* que producen los costes secundarios, bien por haber decidido en base a razones indesicibles que este aspecto no es importante.

La reflexión anterior presupone que la gente o no puede establecer por sí misma un adecuado fraccionamiento del riesgo de los costes de los accidentes, o por alguna razón no lo hace. Los motivos de este fenómeno son muchos y merecen examinarse, porque son de gran utilidad para esclarecer las virtudes de los distintos sistemas en relación a la remoción de los costes secundarios de los accidentes.<sup>13</sup> Pero antes de proceder a este examen debemos investigar los sistemas principales de distribución de los daños producidos por los accidentes en nuestra sociedad: la seguridad social, la concentración privada de riesgos (seguro privado) y la responsabi-

dad de la empresa (un término que expresa, en realidad, dos sistemas completamente distintos).

#### SISTEMAS DE DISTRIBUCIÓN DE LOS DAÑOS PRODUCIDOS POR LOS ACCIDENTES

##### *Seguridad social*

La seguridad social es el sistema de distribución de daños más fácil de definir y el que mayor atractivo tiene a simple vista. Su virtud reside en permitirnos alcanzar, de un modo notablemente económico, el grado de fraccionamiento del riesgo o de aplicación del método de la «buena bolsa» (*deep pockets*) que se desea.<sup>14</sup> En realidad si la eliminación del coste secundario fuese el único objetivo de la responsabilidad civil, no habría demasiadas razones para no optar por un sistema general de seguridad social, que se financiara con los impuestos y que cubriera todo tipo de accidentes.

La respuesta a la cuestión de quién debe pagar el impuesto necesario para integrar el fondo de este seguro, depende de si perseguimos un fraccionamiento completo de las pérdidas o queremos introducir algunos elementos de «buena bolsa» (*deep pockets*). En el primer caso todo el mundo debería pagar una misma cantidad. Si por el contrario, y como parece más lógico, se buscara una combinación del fraccionamiento de los daños con una cierta redistribución de la renta, entonces la contribución al fondo debería establecerse de modo tal que permitiera adaptarse a la finalidad redistributiva, progresiva o regresiva, deseada. Este fraccionamiento puede definirse como óptimo en contraste con el fraccionamiento total.

Una aproximación totalmente diversa es la que se halla implícita en la idea de gravar a los sujetos sobre la base de su propensión a «causar» siniestros.<sup>15</sup> Esto es: en base a la siniestralidad. Inmediatamente salta a la vista que esta idea no persigue fraccionar los daños, sino prevenir el coste primario de los accidentes. En realidad, el hecho de que unos soporten una carga impositiva superior a la de otros y que ello suceda por motivos distintos a la redistribución deseada de la renta, pone de manifiesto que el fraccionamiento de los daños bien sea el absoluto o el óptimo, no es el objetivo único. Conduciendo a la seguridad social hacia esos cometidos, es obvio que no sólo se produciría una concentración de las pérdidas de los accidentes, sino también un incremento de

los costes terciarios o administrativos (los sujetos deberían clasificarse a efectos fiscales en grupos homogéneos en función de sus respectivos riesgos). En cualquier caso, la forma de integrar el fondo del seguro social no se basaría en criterios que buscaran evitar el coste secundario, sino el primario. Por este motivo es mejor reservar el análisis de este método para más adelante, cuando podamos compararlo con otros que también persiguen evitar el coste primario.<sup>16</sup>

### *Seguro privado o comunidad voluntaria de riesgos*

El seguro privado o voluntario es, sin duda, el sistema más frecuente de distribuir los daños. Si con ello fuera posible conseguir, de modo eficiente, aquel grado de distribución del riesgo y de asignación de costes según el método de la «buena bolsa» («deep pocket»), deseados colectivamente, ése sería el método ideal, porque posee la virtud de aparecer ante nosotros como la forma «más libre» de lograr esos objetivos. Pero el caso es que existen razones, como veremos más adelante, para dudar de su bondad.

De momento, destacamos tres aspectos interesantes del seguro privado. Primero: en el seguro privado concurren, normalmente, un fraccionamiento temporal de los daños, un limitado fraccionamiento personal de los mismos o comunidad de riesgos y un cierto grado de concentración de pérdidas conforme a la probabilidad de los siniestros. Segundo: los límites de esa comunidad de riesgos no son el fruto de una clara intención colectiva de establecer el fraccionamiento de daños más deseable desde el punto de vista social, sino un resultado obtenido como consecuencia del coste que, para las compañías del ramo, significa diferenciar las varias categorías de asegurados.<sup>17</sup> Tercero: el seguro privado nunca puede reflejar la imputación de costes de los accidentes perseguida por el método de la «buena bolsa» («deep pocket»), a no ser que el Estado subvencione o controle las categorías de asegurados.

La mayor parte del seguro privado comporta un marcado fraccionamiento temporal de las pérdidas. En este sentido, el seguro privado representa una forma de ahorro. Si todo el mundo tuviera que sufrir la misma clase de accidentes, con idénticos costes y a una misma edad, el seguro sería, simplemente, un modo de reunir dinero para hacer frente a los siniestros cuando tuvieran que ocurrir. Pero el hecho de no

existir una certeza absoluta al respecto, no impide que una parte del seguro sea, probablemente, una forma de pago por adelantado de los costes de los accidentes que cada uno de nosotros debe afrontar eventualmente. Por todo lo cual podemos afirmar que el seguro no es más que una forma bastante compleja de ahorrar.

Sin embargo, el seguro privado es algo más que ahorro; pues sirve para proteger al asegurado frente a dos tipos de riesgos: el de tener que sufrir un accidente cuyos costes sean superiores al promedio general y el de padecer estos costes más pronto que la media. Esta protección conlleva un fraccionamiento personal de los daños. El individuo que sufre un accidente «antes que» la media, transfiere parte de su coste a quien lo sufrirá «más tarde». Del mismo modo, quien padece daños superiores al coste medio, transfiere una parte de ellos a quien padece un coste inferior al promedio. Por tanto, estamos en el buen camino, si el fraccionamiento de los daños es el principal objetivo que persigue el asegurado. El sistema ideal para éste, desde la perspectiva del fraccionamiento absoluto, sería, ahora, que todos contribuyeran por igual a integrar una categoría única desde donde hacer frente a todos los siniestros.

Pero a medida que el seguro privado se hace más complejo, la noción de una sola categoría se hace más extraña. Se constituyen grupos según las distintas clases de riesgos. Las primas difieren de acuerdo con la hipotética siniestralidad de cada clase, esto es: según los costes previstos de los accidentes y según la probabilidad de que sucedan más pronto o más tarde.<sup>18</sup> Se invita a los individuos a compartir las pérdidas sólo con quienes, en nuestra opinión, presentan una propensión a los siniestros similar a la de ellos. Y el resultado es que el seguro privado grava a unos grupos más que a otros. Esto no es por sí mismo malo; pero el caso es que a medida que la clasificación va perfilándose, comienza a operar y a ponerse de manifiesto algo que es distinto del mero fraccionamiento de los daños.

Lo más interesante de esta diversificación en clases de riesgos es que si fuera posible conocer exactamente «el riesgo» al que cada individuo está expuesto, cada uno constituiría una distinta categoría. Y el resultado sería que el seguro dejaría de producir, inmediatamente, un fraccionamiento personal de las pérdidas, para convertirse en la forma de fraccionamiento temporal señalada anteriormente cuando planté la posibilidad de considerar a todos los asegurados expuestos a un ries-

go idéntico. Junto a esta individualización perfecta del riesgo, surgiría una concentración de pérdidas muy acentuada en torno a los individuos con mayor probabilidad de sufrir accidentes, de tal modo que nuestra intención colectiva de fraccionar las pérdidas se vería frustrada. Con ello tendríamos algo muy parecido a un método de evitar el coste primario de los accidentes que examinaré más adelante: la prevención general absoluta. Allí veremos que, con el conocimiento necesario para realizar esa perfecta individualización de los riesgos, desaparecerían «los accidentes», pero a cambio se producirían, quizás, enormes concentraciones de pérdidas.

En efecto, el seguro privado puede comprender, al igual que el seguro social, desde una sola categoría de riesgo, con la cual casi se lograría un fraccionamiento absoluto de las pérdidas, hasta una diversificación sustancial, basada en la siniestralidad, que abandonaría la idea de fraccionar con el propósito de alcanzar un vínculo más intenso entre lo que cada uno debe pagar y los accidentes que «causa». E insisto en que es semejante al seguro social porque, como hemos visto, el fondo de este seguro puede integrarse con una contribución igual de todos los individuos (resultando así un fraccionamiento total de los daños) o con una contribución de los sujetos y de las actividades que varíe en función de su respectivo grado de siniestralidad (produciendo, por el contrario, una cierta concentración de pérdidas y una cierta prevención del coste primario de los accidentes).

Podríamos incluso ir más lejos y describir de qué modo la obligación impuesta sobre las compañías de seguros, de cubrir determinadas clases de riesgo mediante ciertos tipos de consorcios de compensación de riesgos (*assigned risk pools*), operando en el ámbito del seguro privado, puede terminar creando bastantes analogías con el seguro social, cuando este último se financia con criterios propios de la «buena bolsa» (*deep pocket*); pero la analogía sería incompleta. Se obtendría una analogía mejor si se subvencionara a los individuos según sus ingresos y a condición de que se aseguraran; una subvención que podría financiarse con un impuesto que gravara a las rentas más elevadas. Sin embargo esta idea, al igual que todas las que se inspiran en el principio de la «buena bolsa» (*deep pocket*), requiere una cierta compulsión que nos alejaría del ámbito del seguro privado.<sup>19</sup>

Aunque todo esto puede parecer obvio e innecesario, desgraciadamente no lo es. Con mucha frecuencia los autores que se ocupan del fraccionamiento de las pérdidas dan la impre-

sión de argumentar sobre la base de que el objetivo es lograr el fraccionamiento más amplio posible; pero al mismo tiempo se lamentan de que no exista una mayor diversificación de categorías de riesgo. El hecho es que existe un conflicto básico, idéntico al que se produce en el contexto del seguro social, entre el fraccionamiento deseado y la asignación de los costes de los accidentes conforme al criterio de la probabilidad de los siniestros (prevención del coste primario) que parece necesario.

El aspecto más interesante de la forma en que el seguro privado combina el fraccionamiento de las pérdidas con la prevención general es que el grado de diversificación de las categorías y la concentración de pérdidas correspondiente en torno a los grupos más propensos a verse involucrados en los accidentes no son el resultado de una decisión colectiva razonada (como lo sería, para bien o para mal, en el caso del seguro social), sino el producto de cómo las compañías de seguros perciben las ventajas económicas de una clasificación de riesgos más compleja. Aunque en teoría podría argumentarse que esto no es más que la expresión de una decisión realizada en el mercado y fundada en los costes de la diversificación ulterior y en las preferencias de la gente por la misma, en contra de un mayor fraccionamiento de las pérdidas, la realidad es que en la práctica es muy difícil que fuerzas tan complejas y, en cierto modo, tan contradictorias se puedan poner de manifiesto. En última instancia este escepticismo refleja el convencimiento de que, tal como explicaré más adelante, los individuos tomados por separado no pueden asegurarse contra el riesgo de los accidentes o no lo hacen en la medida en que colectivamente sería deseable.<sup>20</sup>

### Responsabilidad de la empresa

El concepto de responsabilidad de la empresa abarca, normalmente, dos técnicas de fraccionar los daños de los siniestros, entre las cuales existen profundas diferencias. En realidad, la primera de ellas poco tiene que ver con las empresas, pues consiste en imputar las pérdidas a aquellas categorías de sujetos que tienen una mayor tendencia a asegurarse o, aunque no lo hagan, demuestran una mayor capacidad para establecer una previsión propia adecuada. Me estoy refiriendo a aquellos sujetos que pueden soportar cualquier tipo de pérdida sin engendrar costes secundarios y que pueden cu-

brirla, en última instancia, mediante un fraccionamiento temporal interno; en otras palabras: mediante el ahorro

El segundo sistema consiste en imputar los daños a quienes se hallan en condiciones de transferirlos a los adquirentes de sus productos o a los factores empleados en la producción de los mismos (trabajo y capital inclusive), alcanzando de esta forma un fraccionamiento de las pérdidas bastante amplio. Los dos significados de la responsabilidad de la empresa están relacionados porque se considera, comúnmente, que quienes pueden transferir los costes a los adquirentes o a los factores de producción son los mismos que están en condiciones más favorables de contratar un seguro o de asegurarse adecuadamente.

El primer sistema de asignación de costes señalado presupone la necesidad de rechazar el seguro social, porque, como he señalado en repetidas ocasiones, este seguro puede hacer que todos los sujetos tengan la misma tendencia a asegurarse y se conviertan en agentes con una misma capacidad para fraccionar las pérdidas.<sup>21</sup> El primer sistema también presupone, probablemente, una cierta insatisfacción con el fraccionamiento que realiza el seguro privado. El hecho de determinar la responsabilidad sobre la base de quien es más propenso a asegurarse radica, bien en la existencia de un coste distinto del seguro privado de un mismo riesgo, para cada parte (según quien se asegura), bien en creer que la decisión de soportar las pérdidas de modo no fraccionado, en vez de asegurarse contra ellas, engendrará los costes secundarios que la sociedad desea, precisamente, evitar. No estoy sugiriendo que las razones reales de la popularidad que ostenta la responsabilidad de la empresa como sistema de asignación de costes, se deban buscar exclusivamente en el ámbito del fraccionamiento de los daños. Lo que estoy tratando de destacar es que comparado con el fraccionamiento voluntario del seguro privado y con el obligatorio del seguro social, el primer significado de la responsabilidad de la empresa puede considerarse como un sistema de fraccionamiento semiobligatorio de las pérdidas.

Ahora conviene examinar cómo funciona esta semiobligación. El Derecho no puede eludir el imputar a alguien los costes de los accidentes. El ordenamiento jurídico puede realizar alguna de las cosas siguientes: (1) dejar que sea la víctima quien soporte los costes; (2) imputarlos a alguna parte que esté involucrada en el accidente; (3) dividirlos entre todas las partes que se hayan visto envueltas en él, o (4) transferir-

los de lugar y ponerlos a cargo del contribuyente. Esta última alternativa comporta un fraccionamiento obligatorio, no así las demás, puesto que en todas éstas las partes involucradas son, en mayor o menor medida, libres de fijar entre sí, mediante un contrato, quién debe correr con los costes en última instancia. Si fuera posible contratar sobre el resarcimiento y la exoneración de responsabilidad, el imputar las pérdidas a la parte considerada como la que mejor puede evitar los costes secundarios (*best avoider of secondary costs*) no obligaría, necesariamente, al fraccionamiento porque, en teoría, dicha parte podría lograr siempre un acuerdo con las demás partes involucradas en el accidente, quizá con menos capacidad para evitar los costes secundarios, para que soportaran las pérdidas ocasionadas. Inversamente, imputar las pérdidas a aquellos que no las pueden distribuir de modo adecuado no implica, necesariamente, engendrar costes secundarios, porque en principio ellos son también libres de convenir un cambio de esa carga con quien puede distribuirla mejor. La obligatoriedad entra en escena sólo cuando existen impedimentos para la celebración de estos convenios anteriores al accidente. El hecho de que existan tales obstáculos, y particularmente cuando quien sufre el daño está en condiciones de fraccionarlo adecuadamente, indica que se acostumbra a considerar que la coerción está justificada, y que una de las razones de ello radica en la necesidad de reducir los costes secundarios. (Otra razón es que al permitir que una parte pueda establecer cláusulas de exoneración de responsabilidad, cuyas consecuencias tenga que sufrirlas otra, a causa de su propia incapacidad o ignorancia, es lo mismo que establecer coercitivamente un comportamiento determinado.) De todos modos, este hecho no prueba que cuando se permitan tales acuerdos tenga que producirse un fraccionamiento obligatorio de las pérdidas.

El fraccionamiento de los daños puede facilitarse enormemente, sin necesidad de recurrir a la limitación de los pactos sobre el resarcimiento entre ofensores y víctimas, ya que dichos acuerdos a menudo son imposibles de alcanzar. Es inconcebible que un automovilista trate de concertar la forma de la indemnización con cada uno de los peatones que podrían resultar dañados por su conducción, y otro tanto puede decirse de un peatón que trate de negociar la distribución de los costes de los accidentes con cada uno de los posibles conductores que podrían causarlos. En otros casos, el ordenamiento jurídico es el que determina el modo de distribuir los



daños entre las partes envueltas en los siniestros. Establecer que las pérdidas correrán a cargo de la parte que mejor pueda asegurarse o autoasegurarse correctamente, maximizará el fraccionamiento de los daños, sin incrementar el nivel de coerción por encima del que resulta de prohibir los pactos sobre el resarcimiento. (Tampoco se produciría ningún incremento de la compulsión si se prohibieran las cláusulas de exoneración de responsabilidad con el sincero convencimiento de que la ignorancia de una de las partes determina que el acuerdo libre sea lúscuro.)

Esta clase de alternativas refleja la inclinación social en beneficio de un amplio fraccionamiento de los daños, aunque no implica, necesariamente, la intención de aumentar la coerción para lograrlo. Se trata en definitiva de ejemplos que ilustran cómo la responsabilidad de la empresa, en su primer significado, actúa como un sistema de fraccionamiento semiobligatorio.<sup>22</sup> (De este modo se puede comprender fácilmente el porqué de aquellas decisiones judiciales que no admiten la presencia de cláusulas rescisorias o de exoneración de responsabilidad en algunos supuestos de responsabilidad del fabricante —*products liability*—, y el de aquellas otras que imputan la responsabilidad a las categorías de demandados que consiguen fraccionar las pérdidas de modo apropiado, en los casos de responsabilidad civil donde no es posible realizar acuerdos de aquel género.) Sin embargo, es conveniente advertir una vez más que las consecuencias y quizá también la popularidad de la responsabilidad de la empresa van mucho más allá de la implantación de un sistema de fraccionamiento semiobligatorio.

El segundo significado de la responsabilidad de la empresa, como sistema de asignación de las pérdidas causadas por los siniestros, exige que la elección de quien debe soportar el riesgo se realice en función de la mayor capacidad de transferir una parte de esos costes a los adquirentes de los productos o a los factores de la producción empleados y, por tanto, con miras a un amplio fraccionamiento; no así en función de las posibilidades de asegurarse. La determinación del grado en que las empresas pueden fraccionar las pérdidas entre los consumidores y los factores de la producción es una gestión muy compleja que requiere, entre otras cosas, saber si la empresa actúa en un sector competitivo o en monopolio. Se trata de un problema que he examinado en otro lugar y que no creo que merezca aquí ulteriores comentarios.<sup>23</sup>

Para el propósito de este libro basta señalar que, tras un

período inicial de asentamiento por lo menos, un sistema que impute la responsabilidad a las empresas realiza, probablemente, un fraccionamiento de los daños correcto. Las personas que en última instancia han de soportar la fracción del daño correspondiente no son las mismas que lo deberían soportar en un sistema de seguro social. En este último caso los contribuyentes serían seleccionados, probablemente, con la intención de alcanzar el mayor fraccionamiento posible o, cuando menos, un amplio del género de la «buena bolsa» («*deep pocket*»). En un sistema de responsabilidad de la empresa, quienes pagan son casi los mismos que lo harían bajo un sistema de seguridad social cuyo fondo se integrara con el propósito principal de evitar el coste primario. En realidad, el propio empleo de la responsabilidad de la empresa, que, dicho sea de paso, es un sistema más caro de administrar que el seguro social, pone de manifiesto que el fraccionamiento no es el único fin, sugiriendo, en cambio, un deseo de imputar los costes a aquellas actividades que en nuestra opinión son las que los engendran; estableciendo así una cierta prevención del coste primario de los accidentes. En consecuencia, prefiero dejar a un lado el tema del grado de fraccionamiento alcanzable mediante el sistema de la responsabilidad de la empresa en su segundo sentido hasta que hayamos examinado el problema de la remoción del coste primario.

De todos modos, el segundo sistema de responsabilidad de la empresa, al igual que el primero, muestra una cierta preferencia por el fraccionamiento de los daños e incluso por un cierto grado de fraccionamiento obligatorio. Tanto aquí como en el caso donde la elección de la parte que debe soportar las pérdidas se realiza teniendo en cuenta la posibilidad de contratar un seguro, el ordenamiento jurídico aprovecha las dificultades prácticas que presentan los pactos sobre la indemnización, para garantizar un fraccionamiento amplio de las pérdidas. Y en la medida en que se prohíben las cláusulas de exoneración de responsabilidad de la empresa, se obliga a que los costes se imputen de un modo que favorezca ese amplio fraccionamiento.

El hecho de existir un amplio apoyo a sistemas tales como el de responsabilidad de la empresa y el de seguridad social, que implican algo más que un mero fraccionamiento voluntario de las pérdidas, sugieren que los individuos, tomados de uno en uno no se aseguran voluntariamente en la medida necesaria para producir el fraccionamiento de los daños que sería conveniente en nuestra sociedad. Dicho de otro modo,

parece que existe en nuestra sociedad una sensación de necesitar un mayor fraccionamiento de las pérdidas que el que la gente estaría dispuesta a adquirir, individualmente, en el mercado. *seg. p. 1.*

#### LOS MOTIVOS DEL FRACCIONAMIENTO INSATISFACTORIO QUE PROPORCIONA EL SEGURO PRIVADO

Las consideraciones anteriores nos obligan a averiguar por qué no es posible conseguir el grado de fraccionamiento que colectivamente se desea si se deja que los individuos decidan contratar, libremente, el seguro privado. Si limitamos nuestro interés al método de la «buena bolsa» («deep pocket»). —es decir: a un tipo de fraccionamiento y no a su intensidad— la solución del problema no requiere demasiado esfuerzo: un sistema de seguro privado, sin control ni coerción, no puede establecer la obligación de pagar sobre aquellos que, desde el punto de vista colectivo, se hallan en mejores condiciones de soportar el coste de los accidentes. Por ello, en las páginas siguientes sólo nos ocuparemos de la intensidad del fraccionamiento, posible en un sistema de seguro voluntario. Creo que son cinco las principales razones que los autores utilizan para demostrar que el fraccionamiento producido por el seguro privado es insatisfactorio. La importancia de cada una de ellas es distinta y asimismo la aceptación que suscitan.

#### Paternalismo

La primera y la más controvertida de esas razones es la vieja idea paternalista, según la cual los individuos son incapaces por sí mismos de descubrir aquello que más les conviene. Su formulación más extrema pone en duda la noción misma del libre mercado. Exagerando un poco se puede afirmar que el paternalismo significa estar convencidos de que los individuos son más felices si una autoridad central decide por ellos, que si ellos tienen que decidir por sí mismos. Volveré sobre esto más adelante, cuando examine los postulados éticos y políticos del método de la prevención general, como método de evitar el coste primario de los accidentes. De momento basta con señalar que, a pesar de contar esta idea siempre con adeptos, cuyo número quizá se haya visto incrementado

en los últimos tiempos, su formulación extrema no logra todavía despertar demasiado entusiasmo en nuestra sociedad.

#### Incapacidad para valorar adecuadamente el riesgo

Una forma más moderada y, por tanto, más aceptable, del principio paternalista es la que se halla en el fondo de esta segunda crítica. Aquí no se trata de poner en duda la proposición general acerca de la capacidad de los hombres para conocer lo que más les conviene, sino la veracidad de este principio en el ámbito de los accidentes. Tres aspectos merecen destacarse en este tema.

En primer lugar, cuando los individuos eligen entre asegurarse o asumir el riesgo de no hacerlo, carecen de los datos necesarios para determinar cuál es el riesgo al que se exponen, cuáles son los eventuales daños y cuál es la gravedad de los resultados secundarios que tales daños producirán. Si tuvieran estos datos, contratar o no el seguro sería una decisión de carácter muy distinto. Por supuesto que existen sujetos conocedores de las implicaciones financieras del riesgo y, por tanto, sujetos que se hallan en condiciones de tomar una decisión consciente acerca del seguro. Así sucede que mientras hay muchos consumidores que desconocen los riesgos a los que se exponen al comprar un producto determinado, quienes lo fabrican, con las estadísticas en la mano, pueden evaluar el riesgo correctamente.<sup>24</sup>

En segundo lugar, se afirma que, aun cuando los individuos contarán con los datos necesarios para evaluar el riesgo, serían incapaces, psicológicamente, de hacerlo. Se afirma que la gente no suele apreciar, racionalmente, la probabilidad de morir o la de sufrir un accidente grave. Estas cosas les ocurren a los demás —pensamos—; y no hay forma de que nos persuadan de que también pueden sucedernos a nosotros por muchas estadísticas que nos muestren. Es irrelevante; pues, que la gente pueda conocer por sí misma aquello que más le conviene en otros ámbitos, porque sigue siendo cierto que los individuos ignoran si es mejor asegurarse o exponerse al riesgo de padecer el entero coste del accidente. Para probar este principio psicológico algunos aducen el hecho de que la gente es más propensa a concertar un seguro de responsabilidad civil (por los daños que pueda sufrir el «prójimo») que uno contra los daños que uno mismo pueda padecer.<sup>25</sup> Otros ni siquiera se esfuerzan en demostrar una verdad que conside-

ran evidente por sí misma.<sup>26</sup> De todos modos esta noción implica que si no es el individuo aislado quien puede hacer la exacta evaluación del riesgo al que se expone, por lo menos hay alguien que *puede* hacerlo y, en consecuencia, se encuentra en mejores condiciones de determinar el nivel óptimo de fraccionamiento de los daños. Este alguien puede pensarse que es la «sociedad», la cual refleja nuestro juicio colectivo cuando percibimos los accidentes como un todo y, por tanto, sin sentirnos afectados por nuestra incapacidad individual de percibir la gravedad del accidente que nos podría ocurrir.

El tercer aspecto de esta aproximación semipaternalista es más difícil de precisar. Se trata de una noción que no se refiere, exclusivamente, a la incapacidad psicológica de percibir por uno mismo la gravedad del daño, ni a la falta de información respecto al riesgo del accidente, sino que tiene un carácter paternalista más general. Para aceptar que existen áreas en donde los individuos son incapaces de saber lo que más les conviene no es preciso negar que hay otras donde sí serían capaces de hacerlo. En general, las áreas donde la gente es incapaz de descubrir lo que le conviene son aquellas en las que es preciso decidir entre un coste inmediato y una pérdida futura. En estos casos la gente se inclina por la felicidad presente y prescinde del futuro. Esta actitud, propia de Fausto, no se da, en cambio, o por lo menos no aparece con la misma intensidad, cuando la gente se contempla como grupo o cuando se establecen normas generales o colectivas de comportamiento. Aquí es menos probable que la gente sucumba a la tentación que se presenta a corto plazo. Como consecuencia de todo ello, se sostiene que los individuos no ahorran para pagar la factura del médico, ni para hacer frente a la situación cuando les llegue el retiro, ni se aseguran adecuadamente contra cualquier clase de daño que les pueda sobrevenir; sin embargo sí se les obligara a tomar las medidas de prevención necesarias no estarían, fundamentalmente, descontentos.<sup>27</sup> No es difícil observar cómo esta actitud conlleva un buen grado de «autocorrección colectiva», con el fin de lograr el fraccionamiento óptimo de las pérdidas.

Los tres aspectos de la tesis semipaternalista participan de una idea común: existe alguien que puede determinar el valor presente de los daños que un individuo sufriría en caso de accidente, y que también puede conocer el tipo de seguro más conveniente para él. Pero este alguien no es el individuo aislado expuesto al riesgo. La diferencia que en teoría presentan los tres aspectos mencionados reside en la determinación de

quién es ese alguien que mejor puede conocer esos extremos. Sin embargo, en la práctica, los tres aspectos se funden en uno solo, que combinado con otros motivos, que abundan en la idea de la incapacidad de los individuos para decidir por sí mismos, permite concluir afirmando el insatisfactorio fraccionamiento de daños realizado por el seguro privado. Todo este descontento se canaliza, normalmente, en favor de los sistemas que se caracterizan por colocar aquellas decisiones a cargo de quienes son más propensos a asegurarse o de quienes tienen mejor acceso a la información sobre el riesgo, y por una cierta compulsión colectiva, en perjuicio sobre todo de la decisión individual.

*Los individuos no pueden soportar los costes de los accidentes en caso de no asegurarse*

El tercer motivo por el cual se considera que la elección individual del seguro no proporciona el fraccionamiento de los daños deseado, deriva de que en muchos casos los individuos no tienen que soportar los costes totales de los accidentes a pesar de no haber contratado un seguro. El ejemplo más claro es el caso del automovilista que se halla en la situación de insolvencia (*judgement-proof*).<sup>28</sup> Si este individuo decide contratar un seguro de responsabilidad, deberá pagar, aproximadamente, el precio del accidente que estadísticamente «causaría». Si en cambio no se asegura, no tendrá que pagar ni siquiera el accidente que realmente cause; ¡sería pedir peras al olmo! Al decidir entre asegurarse o no hacerlo no tiene por qué considerar el coste que su decisión significa para los demás y, por tanto, el más convencido oponente de la tesis paternalista admitirá que así no es posible conseguir el grado de fraccionamiento deseado por la sociedad.<sup>29</sup> Con el fin de lograr este objetivo nuestro individuo, o bien debe obligarse a soportar unos costes equivalentes a los que causa (algo nada fácil de conseguir sin violar otras funciones de la responsabilidad civil, como, por ejemplo, la de la justicia), o bien debe obligarse a asegurarse. No es difícil descubrir por qué la sociedad, que es, en definitiva, quien debería pagar los costes en ausencia de seguro, obliga al individuo a contratar uno.<sup>30</sup>

Existen ejemplos más complejos en este mismo sentido. Consideremos el caso de un individuo que no se asegura contra los daños que pueda sufrir, porque está convencido de que la sociedad asumirá una parte de los mismos en caso de que él

no pueda afrontarlos. Dadas estas expectativas, la decisión de asegurarse o no hacerlo no tendría en cuenta todos los costes que entraña cada alternativa. En efecto, nuestro hombre se comportaría como Fausto, que prefería la felicidad presente sabiendo que los esfuerzos de Margarita lo liberarían de su condena al final. La sociedad puede reaccionar frente a tal actitud de dos formas: o rehusando asumir el coste una vez ocurrido el accidente, u obligando de entrada a que el individuo se asegure. Lo primero no es nuestro estilo, porque, en parte, las cosas no son tan simples como sugiere el análisis. A menudo es difícil distinguir la situación en la que —a falta de intervención social— sólo Fausto padece las consecuencias, de aquella otra donde terceros inocentes, como la propia familia del individuo, sufrirán también los perjuicios. Y tampoco no es nuestro estilo, porque nociones tales como la justicia nos mueven a la piedad por el pobre Fausto (la leyenda no tendría el atractivo que posee si esto no fuera así). La consecuencia es que Fausto puede estar bastante seguro de que al final se salvará. Para que la sociedad pueda protegerse de todos los «Faustos», deberá exigir *a-priori* el coste que significa esa salvación. En otros términos, un cierto grado de coerción para determinar el grado de fraccionamiento de los daños nos parece de nuevo necesario.

*Los costes de fraccionar las pérdidas varían en función de quién decide la cuestión del seguro*

Una cuarta razón por la que una libre decisión de mercado no basta para producir el fraccionamiento de daños deseado, aparece en cuanto nos damos cuenta de que los costes de la operación de fraccionar varían en función de quién ha de decidir realizarla. En otros términos, contratar un seguro para un mismo riesgo tiene un coste distinto para cada parte. En igualdad de condiciones, una parte, que calcule la posibilidad de verse envuelta en un accidente, puede considerar que es más económico para ella soportar el riesgo que contratar un seguro, mientras que la otra parte puede considerar lo contrario.

Contra esto podría argumentarse que, en un sistema de libre mercado, quien considera que el seguro es demasiado caro para él siempre tiene la oportunidad de contratar con el otro potencial afectado la asunción del riesgo, aprovechando que para éste el seguro es más barato; lo cual permitiría

sostener que la diferencia en el coste del seguro es irrelevante. Pero, como ya hemos visto, esta clase de acuerdos sobre el rescaramiento no es siempre practicable (¿cómo podrían reunirse todos los sujetos que estarían potencialmente envueltos en un accidente?), y aunque lo fuera es casi seguro que conllevaría ciertos costes. En resumen, sigue siendo cierto que si se imputa la carga inicial a quienes son capaces de asegurarse al menor coste posible, se resolvería favorablemente el contraste entre el coste de fraccionar las pérdidas y el coste de tener que soportar el riesgo de una pérdida no fraccionada.

Este cuarto motivo no justifica por sí mismo la necesidad de un fraccionamiento obligatorio; pero basta para fundar uno semiobligatorio. De este modo, es probable que nos veamos inducidos a establecer normas que asignen la carga del coste inicial a quienes se hallan en mejores condiciones de fraccionar las pérdidas al menor coste, y de producir así una amplia diseminación de los mismos, con lo cual se lograría un grado de fraccionamiento muy superior al que estamos acostumbrados.

*El funcionamiento del seguro privado*

La quinta causa de que el seguro privado no logre el grado de fraccionamiento deseado es un poco distinta de las anteriores. Hasta ahora hemos visto razones que dependían, fundamentalmente, de la actitud de los individuos ante la alternativa de contratar un seguro o soportar el riesgo de la totalidad del daño. La última depende en cambio de la forma empleada por las compañías de seguros para establecer las categorías de riesgo.

He señalado anteriormente que las compañías de seguros no encuadran a los asegurados en una sola categoría, sino que, por el contrario, tienden a agruparlos en tantas como distinta sea la probabilidad de siniestros de cada uno. También he advertido que esta tendencia, aunque sea adecuada desde el punto de vista de la prevención de los costes primarios, impide realizar, con instrumentos privados, un fraccionamiento «total» de los daños. La cuestión, ahora, es saber si el grado de diversificación, y consiguiente concentración de pérdidas resultante, refleja o no el conjunto de decisiones individuales respecto al grado de diversificación y concentración deseado en relación a los costes que comporta la operación misma de diversificar.

No creo que exista una respuesta fácil a este problema.

Una compañía de seguros asumirá el coste de diversificar si con ello obtiene una ventaja sobre sus competidores. Una compañía confía en que al diversificar podrá agrupar a quienes están expuestos a riesgos menores en un conjunto con el fin de ofrecerles un contrato, cuya prima sea suficientemente alta para cubrir los costes de diversificación, pero necesariamente más baja que la que debían pagar, anteriormente, al estar incluidas en un conjunto más indiferenciado, para atraer al mayor número posible de personas que puedan incluirse en dicha categoría. Al mismo tiempo es conveniente que se haga con este tipo de clientela de las otras compañías, con el fin de poder compensar la fuga de aquellos asegurados que deberán incluirse ahora en las categorías de riesgo más elevado y que antes formaban un solo grupo con el nuevo; porque es muy probable que aquellos se dirijan hacia las compañías que por el hecho de no diversificar pueden ofrecer primas más bajas.

Sin embargo, si la diversificación demuestra ser eficaz y la actividad aseguradora se despliega en condiciones de competencia, más pronto o más tarde todas las compañías tendrán que aceptar la misma o similar diversificación. La compañía que no sea capaz de diversificar tendrá que admitir el trasvase de sus asegurados expuestos a los riesgos menores hacia la compañía que sí lo es, y se verá obligada, por tanto, a incrementar las primas de los que permanezcan con ella. A medida que transcurre el tiempo, las primas tenderán a situarse en el nivel de las de aquellas compañías que pueden destacar el grupo de asegurados con mayor índice de riesgo. A la larga, la compañía que no diversifique verá desaparecer las ventajas comparativas en relación a este último grupo y, por tanto, hará bien si decide ocuparse de los individuos que presentan menor siniestralidad, proponiéndoles contratar al nivel de primas que ofrece la compañía que diversifica; en otros términos, hará bien si decide diversificar también.

El análisis anterior sugiere que el grado de fraccionamiento que se logra mediante las compañías aseguradoras no es el que la gente desea *a priori*, sino el que resulta de los distintos grados de siniestralidad existentes en un conjunto de asegurados determinado y del coste de realizar una diversificación ulterior. Estos dos factores son los que determinan si la compañía de seguros, como consecuencia de la diversificación, podrá ofrecer primas suficientemente bajas que atraigan al número de clientes necesario para que el cambio merezca la pena.

Una vez producida la diversificación, no habrá ningún miembro perteneciente a una clase de riesgo determinada que decida pasar, voluntariamente, a otra de riesgo superior. De ahí que la diversificación sirve para identificar aquellas clases de individuos que o bien no pueden asegurarse o bien pueden hacerlo a primas que, sin embargo, no les estimulan en absoluto a emprender la actividad por la cual se ven, precisamente, constraídos a asegurarse. En otros términos, los individuos expuestos a índices de riesgo elevado deben estar dispuestos a elegir entre una de las alternativas siguientes: pagar primas elevadas, asumir el riesgo de desarrollar su actividad sin asegurarse o, lo que suele ser mucho más desagradable, renunciar a la actividad. En estas circunstancias la sociedad suele intervenir mediante subvenciones u obligando a las compañías a asegurar a dichos grupos, actuando por mediación de *compulsory assigned risk pools*, porque considera que es injusto impedir que ciertas personas no puedan desarrollar determinadas actividades por la única razón de ser más propensas a los siniestros. El tratamiento de los trabajadores disminuidos físicos es un ejemplo palpable de ello.

Quede bien claro que no estoy criticando, necesariamente, la diversificación, a pesar de reconocer la mayor carga que recae sobre aquellos grupos más propensos a los siniestros; pues, desde el punto de vista de la prevención general del coste primario de los accidentes, la diversificación puede constituir un aspecto esencial. Lo único que quiero subrayar es que el hecho de no lograr el total fraccionamiento de las pérdidas mediante el seguro privado no es consecuencia de que la sociedad desee un tipo de fraccionamiento distinto. Dicho de otro modo, si preguntamos a la gente si prefiere compartir los daños, formando parte de una sola categoría, o que se divida ésta en dos, de tal modo que en una las primas sean superiores a las de la otra, probablemente la respuesta, antes de saber en cuál de las dos habrán de integrarse, será lo primero; pero es evidente que si uno se encuentra ya en la categoría de prima inferior que le corresponde, nunca preferirá confundirse en una categoría general. Dado que la determinación de la clase a la que un individuo debe pertenecer no se hace teniendo en cuenta lo satisfeco que se halle integrando la clase general, es muy probable que la diversificación en categorías no represente el nivel de fraccionamiento de pérdidas deseado.

Hasta aquí he hablado en términos condicionales, porque el problema que tenemos entre manos es mucho más comple-

jo. Advirtiéndose, en primer lugar, que todo mi análisis presupone la existencia de un cierto grado de competencia en la industria del seguro; lo cual está todavía por demostrar. En segundo lugar, la diversificación a la que me he referido parece como si, en teoría, bastara para reducir los accidentes, de forma satisfactoria, evitando el coste primario de los mismos, con lo cual todos, con independencia del riesgo al que estuvieran expuestos, resultarían beneficiados.<sup>11</sup> Pero en la práctica es dudoso que la diversificación produzca el ahorro necesario para que las categorías expuestas a riesgos menores puedan, no sólo compensar a las que están expuestas a riesgos mayores por tener que renunciar a sus actividades o tener que pagar primas más elevadas, sino también cubrir el coste administrativo que supone realizar tal compensación. Por otro lado, debemos reconocer que la compensación no se produce espontáneamente. Si no existe coacción ¿cuál es el motivo por el que las categorías con menos siniestrabilidad deben compensar a las otras? Con ello llegamos, nuevamente, a una conclusión conocida: el seguro privado es incapaz de producir el fraccionamiento que la sociedad desea. Si en realidad fuera, económicamente, posible indemnizar a las categorías expuestas a riesgos mayores, de la forma que se acaba de señalar, probablemente el seguro privado, acompañado entonces de ciertos desembolsos obligatorios, sería el mejor modo de fraccionar los daños. Pero también es probable que se obtuviera un resultado mucho más favorable si decidiéramos, colectivamente, el grado de fraccionamiento y complementáramos esta decisión con instrumentos adecuados a la remoción del coste primario.

Tal como he señalado, existen varias razones para creer que el grado y el tipo de fraccionamiento de las pérdidas, que se produciría espontánea o «naturalmente» en nuestra sociedad (esto es: sin intervención estatal), no es suficiente y, por tanto, no es casual que el gobierno decida intervenir en beneficio de un fraccionamiento de los daños determinado. En esta sección he intentado señalar cuáles son los motivos principales que apoyan esta creencia o, por lo menos, cuáles son los que se aducen con más frecuencia. Los hay de naturalezas bien distintas. Es difícil que el lector se sienta convencido por todos ellos; y yo albergo, personalmente, muchas dudas también. No obstante, creo que es posible determinar el origen de esta incredulidad: la causa de que espontáneamente no se produzca un fraccionamiento aceptable de las pérdidas radica principalmente en la existencia de otras funciones asig-

nadas a la responsabilidad civil, que son distintas de la reducción del coste secundario y que algunos lectores no tienen que compartir necesariamente. Sin embargo, también es difícil que ninguno de aquellos motivos despierte un mínimo de aceptación. En este punto del análisis me sentiría satisfecho si esto último fuera cierto, porque en realidad lo único que he intentado demostrar es que no es posible partir del presupuesto de la maldad intrínseca del seguro obligatorio o del fraccionamiento de daños y que es posible alcanzar la reducción ideal del coste secundario de los accidentes si se deja libertad a la gente para asegurarse. La conclusión es que debemos tener en cuenta, en el momento de valorar los distintos sistemas de responsabilidad civil, el objetivo de evitar el coste secundario.

#### UN MUNDO EN DONDE EL RIESGO ESTÉ TOTALMENTE FRACCIONADO

En este capítulo he analizado la remoción del coste secundario, como fin de la responsabilidad civil, en sus formas de articularse —fraccionamiento de daño y «buena bolsa» (*«deep pocket»*). He mostrado cómo los diversos sistemas de fraccionamiento no producen un fraccionamiento total y he sugerido que la reducción absoluta del coste secundario de los accidentes no puede ser la única función de la responsabilidad civil. Es difícil aceptar un sistema que indemnice perfectamente a todos los afectados en los accidentes una vez se hayan producido y, en cambio, no haga nada por evitarlos. A continuación, con el fin de poner en evidencia algunos aspectos menos obvios de esta observación trivial, examinaré, brevemente, las consecuencias que se deducen de la idea de un mundo donde los daños producidos por los accidentes estuvieran absolutamente fraccionados.

En este mundo, no existirían estímulos financieros para evitar los accidentes, salvo el temor por la propia seguridad. Pero incluso este incentivo podría reducirse si los daños que cada uno padece estuvieran adecuadamente compensados, en dinero.<sup>12</sup> Fraccionamiento total significa, pues, reparar los daños causados por los accidentes —claro está que sólo en la medida en que el dinero sirve para resarcir— y fraccionar su coste según el método que este mundo hipotético adopte (fraccionamiento total o «buena bolsa» [*«deep pocket»*]): bien del modo más amplio posible, bien imputándolo a quienes están en mejores condiciones de pagar. Sólo un vago sentimiento

moral podría inducirnos, de vez en cuando, a preocuparnos por la seguridad; pero dado que algunos actos o actividades peligrosas seguirían teniendo un cierto atractivo sustancial, y el daño a terceros no sería siempre evidente, aquella preocupación no significaría un estímulo para la mayoría de la gente.

Saber que alguien pagará la cuenta, puede tener efectos indirectos. La gente ha de ser consciente de que la carga fiscal necesaria para mantener el fondo de ese fraccionamiento se incrementará a medida que aumenten los costes de los accidentes. No obstante, esto no constituiría para los individuos un estímulo sustancial hacia actividades más seguras, que fuera mayor que el derivado de saber que en las industrias altamente competitivas todos los empresarios se beneficiarían si el mantener precios elevados impidiera a todos reducir los precios. Cada individuo se encuentra mejor haciendo lo que quiere, a pesar de los riesgos, si con ello es capaz de obtener beneficios directos e indirectos, y sólo preferirá emprender un camino menos arriesgado y atractivo si los demás hacen lo mismo. Pero «los demás» son muchos, de modo que sin compulsión es difícil confiar en que elijan este camino seguro. Todo el mundo sabe que sin coerción la gente se inclina por lo más atractivo, incluso si a la larga esto significa una carga fiscal más gravosa para todos. Pero la carga fiscal es inevitable, así que resultaría ingenuo renunciar a lo atractivo si al fin y al cabo habría que pagar.

La idea clave es la compulsión. Con ella se obliga a la gente a emprender caminos seguros y a mejorar su situación a pesar de ella misma. Es inevitable que cuanto más se preocupe una sociedad por el fraccionamiento de los daños, más debe comprometerse con el control de los accidentes, mediante la coerción. Cada vez es más esencial el uso de la prevención específica o colectiva para evitar el coste primario de los accidentes (la prohibición, a menudo penal, de las actividades que causan los accidentes). Basta para convencerse de ello con fijarse en las propuestas de quienes, consciente o inconscientemente (como el *Defense Research Institute*), nos sugieren la necesidad de un método de seguridad social para los accidentes de tráfico. Pero, al mismo tiempo, no se puede perder de vista que el uso de la prevención específica es directamente inconsistente con la idea del fraccionamiento total: el empleo de sanciones penales y multas, si pretende producir una prevención específica suficiente, tendrá que entrañar cargas no fraccionables muy severas.

En realidad puede suceder que, en términos de costes se-

cundarios, la carga, que deriva del control colectivo de ciertas actividades y de la prohibición de otras, sea mayor que la que sufriríamos si de entrada dejáramos sin fraccionar parte del coste de los accidentes. Y aunque esto no fuese así, sería ilícito todavía preguntarse si es justo aceptar la prohibición absoluta de ciertas actividades, requerida por el fraccionamiento total de los costes económicos de los siniestros,<sup>31</sup> si un determinado control específico podría seguir el paso de los cambios que se producen en las actividades causantes de los accidentes; si tendríamos un criterio racional para determinar qué actividades pueden tolerarse a pesar de su peligrosidad; y, finalmente, preguntarse si el precio de reducir el coste primario de los accidentes mediante estas intervenciones directas no sería prohibitivo, dado que la eficacia de estas disposiciones colectivas exigirían la consideración y valoración de incontables actividades en sus más mínimos detalles.

En resumen, un mundo donde los daños estén totalmente fraccionados no parece deseable, porque engendraría más accidentes de los que estamos dispuestos a tolerar. Al mismo tiempo el fraccionamiento total, combinado con la prohibición de las actividades causantes de los accidentes, tampoco resulta aceptable por las razones expuestas hasta ahora y por las que veremos más adelante al referirnos a la prevención específica como método de evitar el coste primario.<sup>32</sup> La conclusión que se deriva de ello es, pues, que a pesar de nuestro lícito deseo de fraccionar los daños existen buenas razones para dejar, *en cierta medida*, los costes de los accidentes sin fraccionar. Pero la determinación de la medida ideal de la concentración de pérdidas depende, sustancialmente, del análisis que realicemos de la remoción del coste primario de los accidentes.

## CAPÍTULO 5

LA REMOCIÓN DEL COSTE PRIMARIO  
DE LOS ACCIDENTES:  
EL MÉTODO DE LA PREVENCIÓN GENERAL

El medio principal con que cuenta la sociedad para reducir el coste primario de los accidentes es, como hemos visto, el disuadir a la gente de realizar actividades propensas a causar accidentes, estimulando su sustitución por actividades más seguras, o por lo menos la realización de las mismas actividades de forma más segura. Pero afirmando esto nada aclaramos respecto a cuál debe ser el grado de disuasión necesario, ni cuáles los medios para lograrlo. Como es obvio, no estamos dispuestos a evitar los costes de los accidentes a cualquier precio, como sería, por ejemplo, el tener que prohibir todas las actividades que puedan producir siniestros. La mayoría de las actividades pueden desarrollarse de forma bastante segura o, en todo caso, es posible hallar un nivel de desarrollo de las mismas en donde los beneficios que produzcan sean suficientes para cubrir los daños que engendran. La prohibición, o la prevención específica, de la mayoría de las actividades acarrearía una pérdida mucho mayor para la sociedad que los costes de los accidentes que con ello se evitarían. Es importante que, al aceptar ciertas actividades y su forma de desplegarse, tengamos en cuenta que existen algunas que pueden causar accidentes. Pero ¿se justifica una actividad por el mero hecho de producir menos accidentes que los beneficios que reporta? Aquí la cuestión que se plantea es, obviamente, la de cómo proceder en este sentido.

Existen dos métodos básicos para decidir la delicada cuestión de los accidentes. Ambos han sido utilizados por nuestra sociedad, aunque no siempre en la misma medida. El primero, que llamaré «prevención específica» o «método colectivo», lo analizaré más adelante. De momento basta señalar que consiste, fundamentalmente, en decidir de forma colectiva cuánta actividad de un cierto tipo deseamos, quién debe participar

en ella y cómo queremos que se desarrolle. El criterio para decidir puede fundarse exclusivamente en los costes de los accidentes que produce la actividad; pero también puede fundarse en motivos distintos. En cualquier caso, la decisión colectiva debe prever sanciones para los transgresores.

El otro método, que por razones expositivas trataré en primer lugar, consiste en determinar los costes de los accidentes que ciertas actividades pueden causar, dejando, sin embargo, que sea el mercado quien fije el grado y la forma del desarrollo de las mismas que se desea en función de aquellos costes. Con este método la gente es libre de decidir entre emprender una actividad, pagando los costes de hacerlo incluidos los de los accidentes que eventualmente cause o, conocidos los costes de los accidentes, escoger una actividad menos arriesgada, a pesar de ser menos atractiva. A esta forma de afrontar el problema le daré el nombre de «prevención general» o «prevención de mercado».

La característica fundamental de la prevención de mercado es que no requiere una decisión colectiva previa acerca del número de accidentes adecuado. La prevención general implica que los costes de los accidentes se consideran, como otros tantos, costes que debemos afrontar cuando emprendemos cualquier actividad. Y dado que no es posible alcanzar todo aquello que, social o individualmente, deseamos, es obvio que cuando elegimos una cosa, necesariamente debemos renunciar a otras. La prevención general induce a los individuos a que tengan en cuenta, en la elección de la actividad, los costes de los accidentes que llevan asociados. La cuestión es conseguir la mejor combinación de alternativas posible. El método de la prevención general atribuye la resolución del problema al libre mercado.

## BASES TEÓRICAS

Las bases teóricas de la prevención general no son difíciles de descubrir. El problema planteado no es otro que la vieja cuestión de la asignación de recursos que durante años ha estudiado aquella rama de la economía llamada «economía del bienestar». La respuesta tradicional ha sido en este ámbito la solución del libre mercado; la cual presupone ciertos postulados. El más importante, y el único que debemos tener presente por ahora, es el principio de que nadie mejor que uno mismo puede saber aquello que más le conviene. Si la



gente desea televisores, la sociedad debe producirlos; y si desea caramelos de regaliz, la sociedad también debe proporcionarlos. Dado que los individuos, de acuerdo con el postulado, están adecuadamente informados acerca de las alternativas, y dado que también el coste que para la sociedad representa cada una se refleja en el coste que representan para los individuos, éstos, mejor que nadie, habrán de decidir lo que quieren. Así, la proporción entre televisores y caramelos de regaliz, y la forma de producirlos, son cosas que los individuos han de elegir. De este modo, la función de los precios consiste en reflejar los costes sociales de producción de los productos; y si los precios cumplen esta función adecuadamente, los consumidores emitirán un voto consciente al hacer su adquisición, con lo cual se obtendrá la mejor combinación de alternativas posible.

El método de la prevención general considera los costes de los accidentes como si se tratara del coste de cualquier otro bien o actividad; como si fuera el del metal o el del tiempo que requiere fabricar un coche. Si todas las actividades reflejan los costes de los accidentes que «causan», cualquier individuo podrá decidir por sí mismo si la actividad en cuestión merece el esfuerzo de tener que padecerlos. El conjunto de todas estas decisiones es, ex hypothesi, la mejor combinación posible y con ello se podrá determinar el grado de desarrollo de las distintas actividades (si es que acaso pueden tener alguno), cómo deben desarrollarse y quién debe ocuparse de ellas. No incluir los costes de los accidentes en el precio de las actividades provocará, de acuerdo con esta teoría, el que la gente elija muchas más actividades propensas a causar accidentes que las que elegiría en caso contrario y, en consecuencia, se producirán muchos más accidentes que los descados. Pero desde el punto de vista de la asignación de recursos, un resultado igualmente nocivo se produciría, teóricamente, si se prohibieran las actividades sin tener en cuenta si pueden «pagar» o no el coste de los accidentes que causan. En ambos casos sería vulnerado el principio según el cual los individuos son quienes mejor conocen lo que más les conviene.

Un ejemplo puede ayudar a ilustrar este tema. Supongamos que en Atenas los costes de los accidentes se imputaran a las actividades que, en cierto sentido, los producen; mientras que en Esparta, esos costes se imputaran al Estado y se financiaran mediante los impuestos generales. Imaginemos que C. J. Taney, un hombre de negocios ateniense, posee un au-

tomóvil y está considerando la posibilidad de adquirir otro usado. Poseer este segundo coche le significaría un coste aproximado de 20.000 ptas. al año, y a ello tendría que añadir la prima del nuevo seguro que podría ser, por ejemplo, de 20.000 ptas. Imaginemos que la suma total de los billetes de tren, autobús, taxis, etc., que debería utilizar, así como otros gastos en los que incurriría al no tener el segundo automóvil, durante el año, fuera de 25.000 ptas. Al comparar el gasto de 40.000 ptas., que le supone tener el segundo coche, con las 25.000 de viajar en transportes colectivos, rechazaría obviamente la primera alternativa.

Supongamos, ahora, que Taney viviera en Esparta. En este caso tendría que pagar una cierta suma como contribución al programa general de accidentes espartano. Y no tendría más remedio que hacerlo, cualesquiera que fuesen sus intenciones, salvo que emigrara de Esparta. En estas circunstancias el coste de adquirir un automóvil en Esparta sería 20.000 ptas. al año, las cuales, comparadas con las 25.000 del transporte colectivo anual, permitirían a Taney comprar su segundo coche. Al hacerlo, no tendría que pagar la cifra total de 40.000 ptas. que representa para la sociedad este vehículo, porque, en realidad, Taney debería pagar parte de este precio tanto si lo adquiriera como si no. En consecuencia, lo adquiriría. Si, en cambio, tuviera que soportar el entero coste social de este segundo coche, lo más probable es que Taney no lo comprara; lo que aborrecería con ello lo podría destinar a comprar un televisor o quizás un bote de remos.

Para que esta teoría tenga sentido, no es necesario postular un mundo en donde los hombres consideran, conscientemente, los costes relativos de cada bien y los correspondientes placeres que produce cada uno. Si el coste de todos los accidentes de tráfico fuera imputado a un fondo general de seguro social, el gasto que comportaría la posesión de un automóvil sería muy inferior al actual, porque nadie debería preocuparse por contratar un seguro, con el resultado de que se adquirirían muchos más coches. Pensemos en el caso de los chicos de dieciocho años que se comprarían un coche de segunda mano por 10.000 pts., si no fuera porque no pueden —ni sus padres pueden— pagar la prima del seguro.<sup>3</sup> O, también, el de toda aquella gente que pueden permitirse un segundo coche a condición de no ver aumentado su gasto en seguros.<sup>4</sup> En cualquier caso incrementar la demanda de coches y, por consiguiente, también lo haría la producción de los mismos. Un efecto semejante se produciría si el gobier-

no decidiera de repente destinar lo recaudado con un impuesto general a pagar el precio de todo el metal necesario en la industria automovilística. En ambos casos, la objeción sería la misma. Se produciría una mala asignación de los recursos —como dirían los economistas—, porque se fabricarían más bienes que los que desearía el consumidor si tuviera que pagar, en cambio, el entero coste social de los mismos; tanto el coste de los componentes físicos de los productos, como el de los accidentes asociados a su producción, uso o consumo.

Personalmente no creo, como demostraré más adelante, que la teoría de la asignación de los recursos, en su formulación extrema (o pura) pueda despertar demasiada aceptación hoy, y menos aún en el ámbito de los accidentes. Son notorias tanto sus limitaciones intrínsecas, como las que surgen cuando se trata de aplicarla a la cuestión de los costes de los accidentes. Sin embargo, esto no equivale a decir que la teoría sea inútil; porque en cierto modo siempre ha tenido prácticamente un atractivo notable. Y aunque modificáramos sustancialmente su postulado básico (los individuos conocen mejor por sí mismos aquello que más les conviene), dudo que no pudiera jugar también un papel importante, quizá no tan amplio como el que se proponía, en aquellas sociedades fundadas en una sólida economía del bienestar o socialistas. En realidad, es difícil imaginar una sociedad en la que el método de la prevención de mercado no pudiera tener en ningún momento un significado importante en el control del coste primario de los accidentes. Lo único que se precisa para que este método tenga una cierta aceptación es admitir como cierto que la gente, *algunas veces*, conoce mejor por sí misma lo que más le conviene; algo que puede aceptarse con solo pensar que las alternativas se plantean con demasiado frecuencia para que la decisión colectiva pueda ser adecuada. Para aclarar las razones que explican el atractivo que ofrece la prevención general, quizá sea conveniente examinar de qué modo actúa para reducir los costes de los accidentes y cómo lo haría en una sociedad que no admitiera el principio de la libertad de empresa.

#### LA REDUCCIÓN DE LOS COSTES MEDIANTE LA PREVENCIÓN GENERAL

Para reducir los costes de los accidentes la prevención general opera de dos formas. La primera y más evidente es

creando estímulos para que la gente se ocupe de actividades seguras. Hay gente que emprendería actividades relativamente peligrosas si los precios no reflejaran el coste de los accidentes, pero que las abandonarían, en favor de actividades más seguras, en caso contrario. La intensidad con que se abandonan tales actividades depende de los respectivos costes de los accidentes y de la medida en que la actividad más segura sea una buena sustitutiva de la otra. Pero sea cual sea el grado de renuncia que se produzca se reducirá el número de accidentes, dado que siempre habrá sido reemplazada una actividad peligrosa por otra más segura.

La segunda técnica es, quizá, la forma más importante de reducir el coste primario de los accidentes; y consiste en incitar a que las actividades sean más seguras. Si consideramos que cualquier variación introducida en una actividad la convierte en otra distinta, este método no se distinguiría del anterior. Pero dado que ésta no es la forma en que el término «actividad» se emplea en el lenguaje común, quizá sea conveniente explicar de qué modo la prevención general contribuye a hacer más segura una actividad. Taney conduce un coche que, debido a los costes de los accidentes que ocasiona, acarrea unos gastos cuya media es de 20.000 ptas. anuales.<sup>2</sup> Si usara unos frenos de distinta clase, a lo mejor esa cifra se reduciría a 10.000 ptas. Supongamos que estos nuevos frenos costaran 5.000 ptas. al año.<sup>3</sup> Si los costes de estos accidentes correran a cargo del Estado, financiándose mediante un impuesto general, o a cargo de la víctima, Taney no tendría ningún interés por instalar los nuevos frenos. Pero si nuestro hombre tuviera que pagar por los daños, probablemente instalaría los nuevos frenos, ya que las 5.000 ptas. que tendría que gastar en ello siempre sería una cantidad menor que las 10.000 ptas. que se ahorraría al año en los costes de los accidentes. En consecuencia, el coste de los accidentes para la sociedad se reduciría en 5.000 ptas.<sup>4</sup>

El ejemplo que acabamos de ver es, obviamente, una ilustración muy simple del funcionamiento de la prevención de mercado. En efecto: hemos supuesto, por ejemplo, que sabemos que los costes de los accidentes «causados» por Taney son 20.000 ptas., y también que si estos costes corren a cargo del Estado o de las víctimas, no será fácil persuadir a Taney para que instale los nuevos frenos. En realidad, se trata de suposiciones tan simples que no está de más preguntarnos, por qué no obligar, sencillamente, a que Taney instale esos frenos: ¿por qué no impedir directamente las «conductas pe-

ligrosas» en vez de entretenernos con un método tan complicado como el de la prevención general?

Basta reconocer la existencia de algunos aspectos más de la complicada situación a la que nos estamos refiriendo para admitir que, a pesar de todo, vale la pena pararnos a examinar el método de la prevención de mercado. Imaginemos que Marshall, utilizando un viejo modelo de frenos, sólo provoca accidentes por valor de 2.500 ptas. al año. En este caso es obvio que no merece la pena obligarle a instalar los nuevos frenos; porque con ello, suponiendo que nuestro cálculo acerca de los costes sea exacto (aspecto que exigiría una larga consideración más adelante), estaríamos agregando un coste social inútil de 2.500 ptas. Sin embargo, todavía sería necesario que Taney instalara los nuevos frenos con el fin de conseguir ese ahorro de 5.000 ptas. en los costes de los siniestros causados por su vehículo. Hacer que la decisión colectiva distinga entre Taney y Marshall puede ser no sólo caro, sino imposible; cuando es mucho más fácil permitir que sean Taney y Marshall quienes decidan si pagar los accidentes o adquirir los nuevos frenos.

Una complicación todavía más significativa es la siguiente. Supongamos que en el mercado aún no existen esos nuevos frenos de los que hablamos y, en consecuencia, su adquisición es imposible. Si imputamos el coste de los accidentes a los automóviles, se produce una prevención general materializada en forma de estímulo a desarrollar algo —los nuevos frenos, por ejemplo— que evite los costes de los accidentes, introduciendo así una técnica que contribuya a lograr que el coste de fabricación y el precio de venta sean más bajos que los costes de los siniestros. En este sentido la prevención general crea un mercado para aquellos instrumentos sustitutivos que permiten ahorrar en el coste de los accidentes y, por tanto, incentiva a que alguien los desarrolle y se realice la reducción del coste deseada.<sup>1</sup>

#### LA PREVENCIÓN GENERAL EN UNA SOCIEDAD SOCIALISTA

La prevención de mercado continúa siendo una manera conveniente de reducir el coste de los accidentes, incluso en una sociedad cuyo postulado fundamental niegue que los individuos puedan saber por sí mismos aquello que más les conviene, atribuyendo este saber al Estado: bien en la forma de un dictador o bien en la de representantes del pueblo. No

puedo detenerme ahora en las modificaciones teóricas que sería necesario introducir para que la tesis del método de mercado se adaptara a tales sociedades en los límites en los que quedaría inscrita, porque todo ello depende de cómo vaya a sustituirse la decisión individual; pero un breve examen de la utilidad de la prevención general en estos casos servirá para destacar su aplicabilidad general.

Pensemos en una situación en la que todo el mundo esté de acuerdo en la necesidad de restringir la libertad de elección individual; supongamos una gran guerra. En este caso se admite que las cuestiones relativas a lo que debe producirse, quién debe hacerlo y cuándo, han de ser resueltas por un cuerpo central, dejando el mercado en suspenso. Imaginemos que se acuerda reservar una determinada cantidad de gasolina y grasa para el consumo de la población civil, y del mismo modo se decide que sólo un cierto número de ciudadanos deben estar ocupados en la industria alimenticia. Una vez tomadas estas medidas generales, es difícil creer que sea conveniente obligar a comportarse del mismo modo a todas las personas, que tienen hábitos y preferencias distintos. Nada o bien poco se gana forzando a cada uno a consumir la misma cantidad de espinacas y de zanahorias. Los gustos son distintos y el postulado de que la gente sabe lo que más le conviene permanece inalterado. La cuestión ahora importante es la de cómo coordinar esas distintas preferencias con el total de productos agrícolas que se ha determinado, colectivamente, producir.

Durante la Segunda Guerra Mundial, la coordinación de un número de productos bastante amplio se produjo mediante un sistema artificial de precios: el racionamiento. Allí donde la decisión colectiva no admitía variación alguna, o muy poca (especialmente en aquellos casos en los que los productos no eran reemplazables con facilidad), las diferencias de gustos individuales se suprimieron de plano. Se permitía consumir a la gente una determinada cantidad de gasolina, sin que pudiera obtener más ni siquiera renunciando a otros bienes. En cambio, para otros productos —tales como los agrícolas— se entregaba «dinero» en forma de cupones (*blue coupons*) en cantidad suficiente para que la demanda de aquellos bienes se ajustara a una oferta que empleara la escasa cifra de recursos que había sido determinada colectivamente para la producción agrícola. Los individuos tenían el derecho a usar sus cupones en la elección de aquellos bienes cuyos precios (en cupones también) reflejaban la medida en que cada

uno empleaba los recursos que habían sido asignados, por medio de la decisión colectiva, para la producción agrícola. De esta forma la cifra de recursos empleados en la producción de espinacas en relación a los empleados en la de zanahorias seguía dependiendo de las preferencias individuales.

Así pues, a no ser que la sociedad esté dispuesta a afirmar que conoce, a nivel colectivo, hasta el último detalle del problema de los accidentes y que está en condiciones de hacer observar todos los acuerdos que tome al respecto, existirá espacio para la prevención general como método de coordinación de las decisiones colectivas acerca de la producción de bienes; dados los costes de sus accidentes, con los diferentes hábitos y preferencias individuales. Podríamos pensar, por ejemplo, en una sociedad donde se ha decidido colectivamente permitir sólo un cierto número de vehículos porque los costes de los accidentes que originan, junto a otros costes, determinan que una cifra superior no sea conveniente. Sin embargo, esa misma sociedad podría dejar que fuese el mercado quien decidiera si los frenos han de ser de uno u otro tipo, si los menores de dieciocho años pueden conducir o sólo pueden hacerlo los mayores de veintiuno, si puede conducirse de noche o sólo de día... Incluso si la sociedad regulara hasta el último detalle, todo lo que concierne a los automóviles aún sería posible que los particulares decidieran si es mejor montar en bicicleta o pasear.

Es evidente que cuantas más cuestiones generales, respecto a los bienes y servicios deseados, una sociedad decide colectivamente, mayor es la probabilidad de que pretenda tratar de influenciar, bien sea a través de los impuestos, bien mediante subvenciones, los resultados del mercado en los aspectos productivos más nimios. No obstante, es posible que esto se produzca sólo después de haber visto los resultados obtenidos con la prevención general. Lo cual significa que el óptimo resultado de este método sirve para indicar a menudo el primer paso a dar en una sociedad colectivizada; el uso del mercado como medio de recoger la información que, respecto al nivel de costes aceptable, se precisa para tomar la decisión colectiva. La información que así se obtiene puede tener una importancia crucial.

Supongamos, por ejemplo, que en una economía de libre mercado los costes de los accidentes imputables a los menores de veintidós años y los imputables a quienes tuvieran más de setenta fuesen tan elevados que sólo muy pocos de cada grupo pudieran permitirse conducir. El Estado del bienestar po-

dría decidir dejar inalterada esta situación respecto a los menores, pero modificarla, por razones de tipo colectivo, en lo que se refiere a los ancianos, bien sea mediante una subvención bien a través de su inclusión obligatoria en una categoría de riesgo más amplia. La información que proporcionaría el mercado podría servir para determinar si conviene subvencionar a todos los mayores de setenta años, sólo a los comprendidos entre setenta y setenta y cinco o sólo a quienes utilizan ciertos equipos de seguridad que permiten reducir los costes de los accidentes a un precio que, dada la subvención, les fuera más asequible.

En otros términos, la prevención de mercado es una técnica conveniente incluso en aquellas sociedades que rechazan en cierta medida la idea según la cual el libre mercado conduce a un máximo de opciones individuales que, en conjunto, sólo puede producir el mejor resultado social posible. Al mismo tiempo, esta técnica sirve como mínimo para dos propósitos: el de hacer relevante, en el marco de una decisión general de carácter colectivo, las diferencias existentes entre las preferencias, deseos y necesidades de los individuos y el de informar a los agentes de la decisión colectiva acerca de los límites entre los cuales se veían constreñidas las aspiraciones individuales, debido al efecto de cada una de las decisiones que se adoptaran.

#### LÍMITES DE LA PREVENCIÓN DE MERCADO IMPUESTOS POR SU DEPENDENCIA DE LA TEORÍA DE LA ASIGNACIÓN DE RECURSOS

El método de la prevención general, como he señalado, presenta unos límites muy severos. Algunos de ellos derivan de problemas que son inherentes a la teoría de la asignación de recursos. Otros aparecen cuando tratamos de aplicar esta teoría a la cuestión de los accidentes; en otros términos, cuando la asignación de los recursos se convierte en método de prevención general. Dada la importancia de estas últimas limitaciones (ya que se trata, en definitiva, de las dificultades de determinar qué es el coste de los accidentes, para atribuirlo luego a la actividad adecuada) y su común relevancia respecto a los dos métodos de evitar el coste primario de los siniestros —la prevención específica y la general—, he creído conveniente separar su examen del análisis de las dificultades inherentes a la teoría de la asignación de recursos estrictamente, dándole un lugar aparte en este libro. De momento,

me limitaré a examinar por qué la teoría de la asignación de recursos no proporciona razones suficientes para llevar la prevención general hasta sus últimos extremos. Esto comporta la discusión de problemas tales como el del monopolio, el desempleo, la distribución de la renta y el de la teoría del óptimo subsidiario (*second best*).

### La distribución de la renta

Los problemas de la distribución de la renta y del desempleo parecen constituir la principal preocupación de los economistas. A no ser que la distribución de la renta —y, por tanto, la de los bienes y servicios— sea satisfactoria, no resulta adecuado sostener que la sociedad experimenta un bienestar mejor cuando se permite que cada consumidor elija lo que más le conviene una vez ha visto el coste verdadero de sus alternativas posibles. Al contrario, dado ese hecho, parece más razonable preferir la existencia de precios que falseen el coste de los distintos productos, si con ello se logra una distribución más satisfactoria de la renta. De este modo, cuando la sociedad reconoce que los pobres son demasiado pobres y que están empleando gran cantidad de un producto determinado, es posible lograr un mayor bienestar si el producto se hace más accesible (esto es, subvencionándolo), estableciendo, por ejemplo, que no tengan que soportar los costes de los accidentes correspondientes.

Por supuesto que ahora podría argumentarse que esta sociedad se encontraría mejor aún si las decisiones se basaran en los costes totales y al mismo tiempo los pobres, que tendrían que pagar más por aquel producto, fueran compensados adecuadamente (quizás mediante impuestos o subvenciones) por los ricos que, al utilizar un menor número de aquellos objetos, estarían a salvo de los relativos accidentes. Los economistas tradicionales podrán demostrar *ad nauseam* que quienes resultan beneficiados en un sistema de decisiones de libre mercado, basadas en el coste total de los productos, pueden compensar de sobra a quienes resultan perjudicados por dicho sistema. El problema es que esta hipotética compensación no se produce casi nunca: bien porque resulta demasiado cara, bien porque sólo es posible estableciendo nuevos impuestos que pueden producir efectos nocivos para la asignación de recursos; o bien, simplemente, porque es políticamente imposible de realizar. En estos casos, pues, la conve-

nencia teórica de un método de libre mercado puro tiene poca trascendencia práctica.

La misma diferencia entre la teoría de la asignación de recursos y sus efectos prácticos puede verse desde un ángulo ligeramente distinto. El arma principal con que cuenta nuestra sociedad para realizar una redistribución de la renta es el sistema fiscal: redistribuir a través de impuestos y subvenciones a quienes pretendemos ayudar. Los beneficiarios de la subvención podrían decidir gastarla en la compra de salmón ahumado o de cualquier otra cosa. De ahí que la conclusión del economista clásico sea la de que la teoría de la asignación de recursos no queda afectada por una distribución de la renta insatisfactoria. Pero contra ello cabe señalar lo siguiente: muy pocos impuestos y subvenciones permiten realizar esta redistribución sin que se produzcan efectos nocivos para la asignación de recursos; algunos impuestos son políticamente imposibles de establecer; y además toda redistribución acarrea un coste. Es cierto que podría idearse, por lo menos teóricamente, un sistema de imputación de pérdidas causadas por los accidentes que fuera políticamente practicable y que produjera la redistribución de la renta deseada de una forma menos gravosa que los impuestos o con menor peligro para la asignación de recursos.<sup>10</sup>

Sin embargo, no debemos confiar en que sea el sistema de responsabilidad civil el que consiga remediar una mala distribución de la renta. En la mayoría de los casos, la mejor distribución es la que se logra a través del sistema fiscal. Por esta razón, el hecho de no contemplarse el objetivo de la distribución de la renta en la teoría de la asignación de recursos actúa como criterio negativo; porque gracias a ello es posible rechazar sistemas de manipulación de los costes de los accidentes que agravan la mala distribución de la renta, no obstante ser efectivos desde el punto de vista de la asignación.<sup>11</sup>

### El desempleo

La existencia del grave problema del desempleo, al igual que la insatisfactoria distribución de la renta, convertiría el propósito de lograr la óptima asignación de los recursos, en sentido tradicional, en un intento vano, permitiendo justificar los sistemas de responsabilidad civil que, tratando de olvidar el problema, perjudican la asignación de recursos adecuada,<sup>12</sup> si no fuera porque indudablemente existen otros medios que

de modo efectivo pueden enfrentarse al paro. Sin embargo, estos medios, al igual que ocurre con aquellos necesarios para remediar la mala distribución de la renta, cuestan dinero, pueden causar efectos nocivos para la asignación de recursos y quizá sean impracticables políticamente. Pero incluso siendo así las cosas, no es probable que estos hechos puedan llegar a justificar el uso de la responsabilidad civil como medio de combatir el desempleo. En todo caso, su significado debe limitarse a impedir la existencia de sistemas de responsabilidad civil que intenten lograr una asignación de recursos perfecta a costa de incrementar el paro.

En otros términos, en nuestra sociedad existen valores que pueden ser superiores a la asignación de recursos; y no es malo, por tanto, que, a menudo, debamos sacrificar aquella teórica asignación mejor en aras de causas más importantes.

### *El monopolio*

A simple vista, las limitaciones que la existencia del poder monopolístico puede imponer a la teoría de la asignación de recursos, parecen más serias que las causadas por el desempleo y la mala distribución de la renta. En teoría, la elección de bienes depende del precio respectivo de cada uno. El precio es un reflejo preciso de los costes relativos de dos bienes competitivos sólo si la proporción entre el coste y el precio es la misma en ambos. Pero esta proporción difiere si un producto se distribuye en régimen de competencia perfecta y el otro en condiciones de monopolio. Las industrias monopolísticas venden generalmente sus productos a precios cuya proporción con sus costes es mayor que la representada por los precios de la industria competitiva en relación a los suyos.<sup>11</sup> La consecuencia de esto es que la industria monopolística tiene una demanda menor que la que le correspondería en función de sus costes verdaderos.<sup>12</sup> A esto se refieren los economistas, y los juristas empeñados en la legislación antimonopolio cuando hablan de una mala asignación de recursos producida por aquel fenómeno. En consecuencia, estaríamos equivocados si creyéramos que cuando existen diversos grados de poder monopolístico la gente continúa decidiendo sobre la base del coste total de los productos.

Los economistas sugieren, además, que es mejor tener una economía totalmente competitiva a una en donde exista un grado uniforme de poder monopolístico. Los motivos que sos-

tienen esta idea son demasiado complejos para tratarlos aquí: sólo se puede decir, brevemente, que se refieren a la disminución de la cantidad producida en una economía de monopolio; o, como suelen plantearlo los economistas, a la violación de las condiciones de la relación «trabajo-ocio» que son necesarias para una organización óptima de la economía. Pero los efectos nocivos, que este hecho produce sobre la asignación de recursos, no difieren demasiado de los causados por cualquier tipo de carga fiscal.<sup>13</sup> Es por eso que mi interés no se dirige tanto a ellos como hacia la deficiente asignación entre diversos bienes. Esto es, me preocupa mucho más averiguar si se producen demasiados coches en relación a televisores y si en su fabricación se utiliza demasiado aluminio en relación a acero, que conocer la producción total de acero, coches, televisores y cucharillas de café. De hecho, y por razones que expondré inmediatamente,<sup>14</sup> mi interés principal se centra en una cuestión todavía más concreta: la de saber qué proporción de un determinado tipo de automóvil se produce en relación a otro. En consecuencia, me interesa menos conocer la adecuada asignación de recursos entre actividades diversas, que la producida en el seno de una actividad concreta; y mucho menos aún la distribución de los recursos entre el conjunto de las actividades y el ocio.

Es obvio que podría tomarse frente al monopolio la misma actitud que hemos adoptado respecto al desempleo y a la distribución de la renta, y argumentar, por tanto, que existen formas de abordar este problema mejores que el simple intento de compensar sus nocivos efectos respecto a la asignación utilizando el sistema de imputación de las pérdidas extracontractuales. Pero también es posible adoptar el punto de vista que suele tomarse en relación a las innovaciones tecnológicas,<sup>15</sup> y aducir que el problema del monopolio es un problema de tiempo, y que a largo plazo la incidencia, que sobre la asignación de recursos producen las medidas procedentes del Derecho de daños, probablemente sean más perjudiciales que los efectos producidos por el monopolio. Personalmente, tengo una cierta simpatía por este argumento que se reduce a una idea muy simple: «puede ser peor el remedio que la enfermedad». En realidad, la asignación de recursos se basa en esta única razón. Pero como no todos están de acuerdo con esta opinión, creo que será conveniente insistir algo más sobre ella.

Se podría pensar en imputar a la industria competitiva los costes de los accidentes con el fin de inducir a aumentar

los precios y producir menos; y liberar en cambio de este coste a la industria monopolística para equilibrar su producción relativamente baja. Sin embargo, un análisis más detenido destruye buena parte de la validez teórica de esta pretensión de imputar a la industria competitiva el coste de los accidentes que produce, eximiendo a la monopolística del suyo.

La teoría de la asignación de recursos tiene una importancia fundamental en aquellas situaciones en las que dos o más productos pueden sustituirse entre sí con bastante facilidad. Supongamos que C. J. Taney se encontrara ante la alternativa de elegir entre aluminio y acero para la fabricación de un determinado producto. Imaginemos que una de estas alternativas comportara un elevado coste en accidentes, mientras que la otra tuviera un coste menor. La elección de Taney estaría condicionada por los precios relativos de ambos productos, y estos precios, a su vez, dependerían de si los costes de los accidentes se imputaran o no a las industrias productoras de los respectivos metales.<sup>18</sup> Desde el punto de vista de la teoría de la asignación de recursos, el hecho de que la industria del aluminio y la del acero tengan un grado de poder de monopolio mayor que el herrero de la esquina, carece de relevancia. La elección es entre acero y aluminio, no entre uno cualquiera de estos productos y los churros. Imputando los costes de los accidentes al herrero, en vez de hacerlo a la siderurgia, contribuiríamos probablemente a corregir un poco la mala dirección de las preferencias entre los metales y los churros. Pero con toda seguridad esta exoneración de los costes de los accidentes producirá un perjuicio para la asignación de recursos entre el acero y el aluminio.

En los Estados Unidos las industrias productoras de bienes, que son en cierta medida sustitutivos entre sí, poseen niveles de poder monopolístico similares.<sup>19</sup> Por ello, hacer que los costes de los accidentes corran a cargo de las respectivas industrias que los causan será beneficioso para la asignación de recursos, a pesar de que el grado de poder monopolístico difiera enormemente de un sector de la economía a otro.

Es muy probable que así ocurra, ya que el efecto que sugiere causar la imputación de costes es el de alterar la producción en el seno de la industria. Basta recordar, como ya he señalado, que la elección entre un seguro personal contra accidentes y un seguro de responsabilidad civil, afectaría a los precios relativos de un «Volvo» y un «Dos caballos», productos ambos de la industria automovilística. Para inducir una elec-

ción correcta entre ambos tipos de coches, es necesario que exista una apropiada asignación de los costes de los accidentes, con independencia de cuál sea el poder monopolístico que posea la industria del automóvil en relación al conjunto de la economía o a ciertas industrias competitivas en particular.

Pero incluso en aquellos casos en los que las industrias de este último tipo no gozan del mismo grado de poder monopolístico, y donde los cambios internos en el tipo de producción carecen de importancia, existen tácticas en el proceso de determinación de los precios que permiten, algunas veces, favorecer a la asignación de recursos. Desgraciadamente una exposición de cómo se produce esto exigiría un examen árido de la forma en que los costes añadidos se reflejan en los precios. Los casos en que como consecuencia de estas tácticas se favorece a la asignación de recursos no son demasiado importantes. Me he ocupado con cierto detenimiento de ellos en otro lugar y por eso omitiré su examen.<sup>20</sup> Sólo quiero señalar aquí, sumariamente, las conclusiones a las que he llegado.

La primera es que hay situaciones —probablemente las más significativas— en donde la asignación de recursos continúa siendo una buena base para el método de la prevención de mercado, a pesar de las variaciones existentes en el nivel de poder de monopolio. En particular, esto es cierto cuando las industrias, que producen sustitutivos muy próximos, presentan grados de poder monopolístico semejante. Pero también lo sería en aquellos casos en que ciertas industrias competitivas produjeran sustitutivos adecuados de los bienes de una industria relativamente monopolística.

En segundo lugar, existen casos donde la imputación de los costes de los accidentes a las actividades que los causan no tiene ningún efecto sobre la asignación de recursos. Tal sería la situación en la que ninguna de las industrias que producen los sustitutivos relativamente próximos cambiara el precio ni la producción, cuando aumentan los costes; y todas las empresas involucradas en dicha industria obtuvieran los beneficios suficientes para compensar las pérdidas originadas por ese incremento.

En tercer lugar, hay casos en los que el método de la prevención de mercado actúa en contra de la asignación de recursos correcta. Esto ocurre cuando los perjuicios causados a la asignación de recursos por liberar de los costes de los accidentes a las industrias que los originan, tienden a contrarrestar otros defectos de la asignación preexistentes. En otros términos, se trata de casos en donde dos males producen un

blen. Estas situaciones pueden darse: (1) si los productos de la industria monopolística disponen de sustitutivos relativamente próximos, procedentes de la industria competitiva; (2) si la industria monopolística tiene unos costes en accidentes mayores que los correspondientes a la industria competitiva; (3) si la industria monopolística reaccionara al aumento de costes incrementando los precios y disminuyendo la producción, y (4) si las variaciones del producto total de dos industrias son más importantes, desde el punto de vista de la asignación de recursos, que las alternativas para evitar los accidentes en el seno de cada una de aquéllas.

Y, por último, se puede afirmar que, no obstante existir casos en donde la prevención de mercado impide obtener una asignación de recursos adecuada, la mayoría de las veces este método logra favorecer la asignación.

#### *La teoría del óptimo subsidiario («second best»)*

Desde que escribí el artículo que acabo de referir, una aproximación a la economía del bienestar, llamada «teoría del óptimo subsidiario» (*second best*), ha ganado un grupo de adeptos entre los economistas.<sup>21</sup> Esta teoría inserta en un marco más amplio el problema causado por la existencia del monopolio a la teoría de la asignación de recursos. En términos generales se afirma que si falta alguna de las condiciones necesarias para obtener una asignación óptima de recursos, entonces no es posible demostrar que el hecho de darse las condiciones restantes redunde en beneficio de dicha asignación.<sup>22</sup> En realidad es posible señalar situaciones en las que mejoras aparentes de la asignación de recursos producen efectos en sentido contrario. Y puesto que es improbable que en todas partes se den las condiciones necesarias para una asignación de recursos perfecta, la teoría del óptimo subsidiario (*second best*), formulada con esa amplitud, nos obliga a concluir que nunca podremos asegurar que una acción determinada promueva, de hecho, la eficiencia económica perseguida. Sin embargo, si abandonamos esta posición puramente teórica, el efecto de la teoría del óptimo subsidiario (*second best*) resulta menos destructivo. En la práctica, esta teoría tan sólo sugiere que cuanto más amplias sean las reformas perseguidas en nombre de la eficiencia económica, menores son las posibilidades de estar seguros de que los beneficios se produzcan. En definitiva, la teoría no afecta a la validez de la noción según la

cual si un coche desprovisto de una clase de frenos determina causa accidentes cuyo coste se puede cifrar en 10.000 ptas. y otro con esos frenos no los produce, entonces vale la pena instalarlos siempre y cuando cuesten menos de 10.000 ptas. El hecho de que la teoría sostenga que no es posible demostrar esto matemáticamente, porque depende de los efectos generales producidos al incrementar la producción de unos bienes en relación a otros, lo cual a su vez será bueno o malo según existan en la sociedad otras asignaciones de recursos imperfectas, no es el motivo que justifica los limitados efectos prácticos de la teoría del óptimo subsidiario (*second best*). Como juristas, o como estudiosos de la economía política, podemos sostener, con cierta seguridad, que la asignación será beneficiosa porque, en general, no es probable que la imputación del coste de los accidentes a los fabricantes de coches o a los automovilistas produzca alteraciones relevantes en la economía, salvo las que se deriven de la instalación de los trenos.

En efecto, la cuestión es la misma que la planteada con respecto al aluminio, al acero y al churrero de la esquina, en el ejemplo usado para ilustrar el problema del monopolio: ¿qué es mejor: corregir (o intentar corregir) una mala asignación de recursos inmediata y significativa, u ocuparse en remediar casos preexistentes de mala asignación de carácter general? A pesar de la teoría del óptimo subsidiario (*second best*) existirá una probabilidad mayor de adoptar decisiones correctas cuanto mayor sea nuestra insistencia en considerar al método de la prevención general como una forma de estimular la implantación de equipamiento seguro, a base de contrastar el coste de los accidentes que se originan, habiendo establecido ese equipamiento, y el coste de los accidentes producidos sin él; o también cuando se le considere como una forma de reducir actividades que son, particularmente propensas a causar accidentes, indicando las rectificaciones que serían necesarias para hacer de dichas actividades algo más seguro y en consecuencia menos costoso. A la inversa, si pensamos que los beneficios de la prevención general aumentan cuanto mayor es la reducción producida de una actividad general (como la circulación de vehículos), en relación a otras, menores garantías tendremos de que efectivamente se hayan mejorado las cosas. Conviene tener presente esta limitación de la teoría de la asignación de recursos cuando examinemos la forma de establecer cuál es la actividad que debe soportar el coste de los accidentes y cuáles son los accidentes cuyo coste debe imputarse a la misma, porque ese obstáculo nos permi-



tirá prestar más atención a los llamados normalmente cambios «a corto plazo» que a los producidos «a largo plazo».<sup>21</sup>

Acabamos de ver que las limitaciones impuestas a la teoría de la asignación de recursos por los problemas de la distribución de la renta, el desempleo y el monopolio, resumidas en la noción del óptimo subsidiario (*second best*), no bastan para invalidar el método de la prevención general. En cambio esas limitaciones son suficientes para reconocer que un mundo en donde exista una prevención general perfecta sería indeseable. Al igual que los problemas surgidos en torno a la aplicación de la teoría de la asignación de recursos a los accidentes (determinación de su coste y de quién los causa) y de las dudas aparecidas sobre la validez de su postulado básico (la gente conoce por sí misma lo que más le conviene), estas limitaciones sugieren que la prevención general no puede ser la única perspectiva desde la que afrontar la cuestión de la responsabilidad civil. Para ilustrar este punto conviene examinar lo que significaría un mundo gobernado mediante una prevención general perfecta.

### *La prevención general perfecta*

El propósito de describir un mundo en donde exista una prevención general perfecta no es otro que el de poner de manifiesto su imposibilidad. La prevención general, en su expresión más extrema, considera el problema del coste de los accidentes como si fuera similar a la compraventa de bienes en el mercado, en donde ninguna decisión colectiva debería impedir la determinación de qué actividad vale la pena desplegar. Si una actividad es capaz de cubrir el coste de los accidentes que produce y de obtener además beneficios, entonces debe ser admitida; si por el contrario no puede cubrirlo, entonces ya será el propio mercado quien se encargará de eliminarla. Para que esto funcione adecuadamente es necesario que las actividades en cuestión puedan «sobornar» a sus víctimas. Del mismo modo que el autor potencial del daño debe decidir si el accidente vale los costes que origina, la posible víctima ha de decidir si el pago que recibirá en concepto de indemnización basta para convertir el accidente en algo que merece la pena. Así es como los costes de los accidentes serían determinados libremente en el mercado, haciendo innecesaria toda intervención colectiva.

Obviamente se trata de una situación que no tiene dema-

siados visos de realidad, porque supone, exagerando un poco, un conocimiento de los hechos tan minucioso que en todos los accidentes los autores se convertirían en reos de homicidio, lesiones o hurto y las víctimas en suicidas, en sujetos que consienten en ser lesionados o en simples individuos que enajenan parte de su patrimonio. Pero sin necesidad de llegar a este extremo hemos de reconocer que aquella similitud requiere, por lo menos, la existencia de una voluntad estadística de ser dañado (por un cierto precio) y de una intención igual de dañar; lo cual no es, ni puede ser, representativo de la actitud real de los causantes y de las víctimas en nuestra sociedad. El examen de cada una de las situaciones hipotéticas en donde podría imperar la prevención general servirá de contrapunto para mostrar el aspecto concreto que puede ofrecer un mundo en donde exista una prevención general óptima.

La primera de estas situaciones teóricas requeriría, por parte de los causantes y de las víctimas, una absoluta capacidad de prever que un cierto acto, cumplido en un momento preciso y realizado de una determinada forma, causará un daño determinado. Los autores y las víctimas podrían negociar entonces, sin necesidad de una intervención colectiva, el precio a pagar por ese daño. Pero si existe tal conocimiento, es mucho más lógico suponer que las partes descubrirían también que hay un modo más fácil de tratar el asunto, modificando ligeramente su comportamiento y evitando el daño. En otros términos, pudiendo prever las cosas de este modo, no habría más accidentes y apenas se producirían daños (la prevención general funcionaría perfectamente). Los pocos que llegarían a producirse, serían obra de locos o de mártires.

Quizá se piense que, aun faltando esa información detallada, podría funcionar la prevención general para sin contar con una determinación colectiva del coste de los accidentes, bastando para ello la certidumbre estadística acerca de quiénes son los causantes y las víctimas. La gente dispuesta a arriesgarse por un precio cierto constituiría la «oferta» de las víctimas, mientras que quienes estuvieran dispuestos a pagar ese precio para emprender la actividad causante de los daños formarían la «demanda» de víctimas. De este modo se establecería un precio que representaría al valor de mercado del coste de los daños; y las actividades peligrosas se desarrollarían sólo en el caso de que pudieran satisfacer ese precio.

Naturalmente que existen actividades acerca de las cuales podemos predecir el número de daños aproximado que causarán cada año y que están en condiciones de pagar por esos

daños. Pero ¿es posible hablar con propiedad, aunque sólo sea en sentido estadístico, de una «oferta» de víctimas con intención de inmolarse?

Puede parecer evidente que una víctima eventual es quien emprende ciertas actividades a cambio de verse compensado por el riesgo que asume. Por ello puede causar la impresión de que existe tanto una oferta como una demanda, de que existe un mercado de daños, y de que, por consiguiente, no hay necesidad de recurrir a una decisión colectiva acerca del coste de los accidentes. Sin embargo, un examen más detenido de la cuestión permite albergar serias dudas sobre la practicabilidad de ese estadístico mundo de prevención general perfecta.

La viabilidad de este mundo depende de los acuerdos obtenidos en el mercado entre los potenciales causantes y las potenciales víctimas—fijando el valor de los daños—antes de que ocurra el accidente. En la práctica esto significa que las víctimas potenciales deben estar en relación contractual con los autores potenciales antes del accidente, y que, por tanto, ya podrían reclamar entonces el precio de su eventual sacrificio. Una determinación de mercado del coste de los accidentes es un sentido práctico cuando no existe ninguna relación contractual entre los causantes y las víctimas, previa al accidente. Puede ser lógico que los mineros reciban, y los patronos paguen, salarios que reflejen el coste de los accidentes que se producen en la mina, según la estimación realizada por ambas partes, pero es difícil imaginar la existencia de una negociación similar entre automovilistas y peatones. En teoría, los automovilistas podrían ir a la búsqueda de todos aquellos peatones a quienes podrían dañar, ofrecerles una cantidad de dinero por el riesgo que corren, esperar su contraoferta y concluir finalmente un acuerdo, estableciendo el valor de mercado del coste de los atropellos. En cambio, en la práctica esto es inconcebible.

Pero incluso cuando las víctimas eventuales se hallan en relación contractual con sus potenciales ofensores antes del accidente, es a menudo desatinado considerar adecuada la fijación en el mercado del valor del coste de los accidentes.

En primer lugar para que dicha determinación fuese adecuada sería preciso que las víctimas gozasen de libertad para rehusar la negociación, evitando el riesgo del daño. Si nuestra sociedad está organizada de tal modo que la única oferta de trabajo alternativo de la que disponen los mineros del carbón es hacer de leñadores, una actividad casi tan peligrosa

como la primera, es difícil admitir que la valoración del coste de los accidentes sea el resultado del libre acuerdo entre mineros y propietarios de la mina, acerca de la justa estimación del coste de los accidentes involucrados en la minería.

En segundo lugar, la fijación en el mercado del coste de los accidentes sólo producirá un resultado aceptable si autores y víctimas eventuales poseen una información razonable de los riesgos, y la tienen en cuenta; es decir, sólo si disponen de los datos estadísticos adecuados y actúan de conformidad con ese conocimiento. Los causantes pueden obtener a menudo esos datos con cierta facilidad y actuar en base a ellos; pero, como hemos visto anteriormente al examinar las razones por las cuales el seguro privado no produce un fraccionamiento de los daños adecuado, las víctimas no pueden hacer ninguna de las dos cosas. Prácticamente, todos los argumentos allí expuestos pueden reproducirse aquí: para las víctimas potenciales quizá resulta prohibitivo obtener un conocimiento adecuado de la entidad precisa del riesgo; pueden estar incapacitados psicológicamente para reconocerse como víctimas reales; pueden padecer el complejo de Fausto y elegir la buena vida presente, arrepiñándose en el futuro; o puede que no sean los únicos en soportar el coste de los accidentes cuando se produzcan.

En tercer lugar, la intencionalidad estadística de arriesgarse no proporciona el valor apropiado del coste del accidente cuando éste ocurre realmente. La razón estriba en que el valor depende de la probabilidad de su realización. Un individuo puede aceptar 100.000 ptas. por una posibilidad sobre mil de morir, dando de este modo a su vida un valor de 100.000.000 de ptas. Pero es probable que exija más de 1.000.000 de ptas. por una posibilidad entre cien de que le suceda lo mismo. Y si acepta 5.000.000 de ptas. por ese riesgo, lo que supone valorar su vida en 500.000.000 de ptas., no hay nada que nos asegure que aceptará igualmente 250.000.000 de pesetas por una posibilidad sobre dos de morir, o 500.000.000 de ptas. por la muerte cierta. Esto no significa, como veremos más adelante, que carezca de sentido el intentar dar a la vida y a las diversas partes de nuestro cuerpo un valor; lo único que quiero mostrar es que cuando esto se acompaña con los factores que acabo de señalar, la determinación del coste de los accidentes por mediación del mercado resulta completamente inapropiada.

Es por ello que incluso una sociedad profundamente liberal que acepte, por tanto, el método de la prevención gene-

ral, no dejará que sea el libre mercado quien determine el coste de los accidentes. Algunos de los problemas relativos a la libre determinación del mercado del valor del coste de los accidentes se mitigarán si las negociaciones se llevan a cabo mediante representantes (p. ej., asociaciones) de las víctimas potenciales, quienes presumiblemente conocerán la entidad del riesgo y no estarán expuestos a los prejuicios psicológicos de aquéllas. No obstante, se trata de remediar, a lo más, algunas situaciones contractuales, comprendiendo, por tanto, sólo una parte del coste de los accidentes.<sup>14</sup>

Nos guste o no, hemos de concluir que el coste de los accidentes no puede determinarse adecuadamente en el mercado libre. Así pues, es imposible prescindir totalmente de las decisiones colectivas en el ámbito de la responsabilidad civil. O decidimos colectivamente qué actividades merecen desarrollarse (esto es, una decisión colectiva acerca tanto del valor del accidente para la víctima, como del valor de la actividad causante para quien la realiza; lo cual es precisamente lo pretendido mediante la prevención específica o colectiva); o decidimos colectivamente cuál es, de modo objetivo, el coste de los accidentes para las víctimas, y dejamos que sea el mercado quien determine el valor que tiene la actividad causante de los accidentes para quien la realiza (lo cual es la máxima aproximación que podemos pretender a la prevención general perfecta y que se describe con la expresión «prevención general óptima»). Obviamente siempre podrá otorgarse una cierta libertad a las víctimas potenciales para establecer su propio precio mediante los acuerdos individuales.

En un mundo gobernado por la prevención general óptima la cuestión principal es la de cómo decidir colectivamente el coste de los accidentes para las víctimas. Sólo si esta cuestión se resuelve correctamente podremos asegurar que las actividades causantes de los accidentes se desarrollan de la forma y en la extensión que consideramos adecuada. Como veremos más tarde, esta cuestión —que llamaré «problema de la valoración del coste»— es enormemente complicada y bastaría para impedir que aceptáramos a la prevención general como algo más que uno de los varios objetivos de la responsabilidad civil. De momento, es suficiente señalar dos cosas: (1) Para el propósito de la prevención general, la valoración colectiva del coste de los accidentes debe hacerse de la forma más individualizada posible, ya que el postulado básico sigue siendo que los particulares saben lo que les conviene; por tanto, el objetivo de la valoración del coste será mantenerse

lo más cercano posible al coste que encontrarían los individuos si pudieran realizar esta valoración en el mercado. (2) Puesto que una decisión colectiva del coste de los accidentes de carácter objetivo sólo puede realizarse por aproximación, no existe razón alguna para creer que un mundo basado en la prevención general óptima se corresponda, desde sus propias premisas, con aquello que estamos deseando.

Es por esto que una de las razones por las cuales consideramos que no debe permitirse que conduzcan los automovilistas ebrios, incluso si a ellos les gusta tanto conducir en esas condiciones que estarían dispuestos a pagar a las víctimas la compensación que se hubiera determinado objetivamente, es porque tenemos el presentimiento de que nuestra determinación objetiva no es tan precisa como se pretende. Nuestra sociedad no permite a los particulares la titularidad del derecho de expropiación (*eminent domain*), no obstante poder determinarse con bastante precisión el justiprecio del bien a expropiar. ¿Cómo vamos a tolerar entonces que esos mismos particulares gocen del derecho de expropiación sobre las vidas humanas como fundamento de la responsabilidad civil?<sup>15</sup> No es otra cosa que esto último a donde llegaría la prevención general óptima, si se desplegara según sus propias premisas.

## CAPÍTULO 6

LA REMOCIÓN DEL COSTE PRIMARIO  
DE LOS ACCIDENTES: LA PREVENCIÓN ESPECÍFICA

## DEFINICIÓN

El segundo método para reducir el coste primario de los accidentes puede denominarse «prevención específica o colectiva». La aplicación extrema de este método significaría que todas las cuestiones relativas al coste de los accidentes deberían resolverse colectivamente, mediante un proceso político. El beneficio y el coste (incluido el de los accidentes) de cada actividad serían evaluados conjuntamente y, según esta estimación, se fijaría colectivamente hasta dónde debe permitirse cada una y de qué forma debe desarrollarse. (Nadie considera realmente que esta visión colectiva de la sociedad sea oportuna, o siquiera practicable; del mismo modo que nadie acepta un mundo inspirado en la prevención general absoluta.)

Aunque la prevención general no pueda prescindir totalmente de la valoración colectiva del coste de los accidentes, siempre tratará de realizarla en la máxima medida posible a una base individual. Análogamente, la prevención específica puede verse obligada a recurrir, en ocasiones, al mercado, pero en estos casos, teóricamente, se servirá de él como base para una valoración colectiva de carácter más amplio. Este método puede requerir la ayuda del mercado para garantizar la eficacia de las medidas que se adopten, pero también en este caso lo hará del modo más limitado posible.

La prevención específica adopta en la práctica formas diversas. Se presenta de un modo relativamente puro cuando decide prohibir directamente ciertos actos o ciertas actividades. Pero el método puede actuar también en muchas situaciones sin necesidad de prohibir determinadas actividades. En efecto, cada vez que el coste de los accidentes se estima en relación a la actividad que los produce, hay implícita una decisión de carácter colectivo referida no sólo al coste que sig-

nifica para la víctima el accidente, sino también al valor que éste representa para la actividad «causante-del-coste» y a la forma en que ésta debe desarrollarse. En otros términos, se estimulan o se sancionan las actividades en función de un juicio de oportunidad. Como veremos más adelante, en un sistema de prevención específica perfecta no serían necesarios tales estímulos y sanciones; su presencia indica que en cierto modo se está recurriendo al mercado y, por consiguiente, al uso de nociones que son propias de la prevención general. Sin embargo, no se debe confundir este tipo de recurso con aquel grado mínimo de juicio colectivo permitido en un sistema de prevención general, considerado como aproximación exclusiva.

## FUNDAMENTOS DE LA PREVENCIÓN ESPECÍFICA

Existen cinco razones fundamentales para considerar válido el empleo de la prevención específica en un sistema de responsabilidad civil.<sup>1</sup> Es difícil que todas ellas se admitan a la vez, pero es probable que todo el mundo acepte, por lo menos, una. La primera es la antítesis del postulado básico de la prevención general: los particulares desconocen aquello que más les conviene. La segunda es similar, pero tiene un ámbito menor: no se puede recurrir al mercado para establecer el número de actividades deseadas, a pesar de que eventualmente causen accidentes, porque en muchos casos están en juego «costes» y «beneficios» que no son en absoluto reducibles a dinero. La tercera es la necesidad de reconocer que al tomar una decisión a favor o en contra de los accidentes están involucrados no sólo «costes», aunque utilicemos esta expresión en su sentido más amplio, sino también nociones de orden moral. La cuarta se refiere a la necesidad de tomar decisiones colectivas como consecuencia de los límites intrínsecos de la teoría de la asignación de recursos, ya procedan esas limitaciones de la distribución de la renta, del desempleo o del monopolio, ya sean puestas en evidencia por la teoría del óptimo subsidiario (*second best*). Por último, la quinta razón estriba en el hecho de no poder influir de modo efectivo, y de forma económicamente eficiente, sobre categorías de actividades, y menos aún sobre aquellas subcategorías que denominamos actos, mediante la prevención general.

*La ignorancia de los particulares acerca de lo que más les conviene*

Este aspecto no precisa demasiado atención. Me he referido a él cuando contemplé las razones por las cuales el seguro privado voluntario era inadecuado; señalando que en el ámbito de los accidentes eso era mucho más perjudicial a causa de la incapacidad psicológica de los individuos para imaginarse a ellos mismos como víctimas. Sin embargo, para que se pueda justificar la prevención específica es necesario referir aquella noción a la incapacidad de juzgar por uno mismo la conveniencia de una actividad, incluso contando con una estimación colectiva del coste de los accidentes. (Esta valoración colectiva es inevitable, como se ha visto, en la prevención general.)<sup>2</sup> Esto significa, por ejemplo, que es preferible un juicio colectivo acerca de la conveniencia de un tipo particular de automóvil, a una serie de juicios individuales sobre la conveniencia o no de esa clase de vehículos, a pesar incluso de que se contenga en el precio de éstos una parte adecuada del coste de los accidentes que pudieran causar, estimada colectivamente.

Obviamente, el peso de este argumento depende de la amplitud que se reconozca al postulado básico. Se puede presumir que los individuos están en mejores condiciones de comprender el aspecto productivo —el cómo se producen los bienes— que el relativo al consumo —el cuántos bienes se desean—. Se puede admitir que es acerca de los bienes de lujo y no sobre los de primera necesidad donde el conocimiento es más fiable, o viceversa. Sea como sea, el hecho de aceptar que existen áreas en donde hay formas mejores de apreciar los actos y las actividades que el simple contraste de una serie de preferencias individuales en el mercado, conlleva la necesidad de reconocer también la conveniencia de la prevención específica.

*Los costes no reducibles a dinero involucrados en los accidentes*

La segunda razón que justifica el recurrir a la prevención específica reside en los efectos contraproducentes de una selección de las actividades causantes realizada mediante juicios, que, como los del mercado libre, son insensibles a los costes de los accidentes no reducibles a expresión monetaria.

Esta razón puede considerarse como un caso particular de la precedente. El argumento es el siguiente: aunque el mercado pudiera ser quien mejor estableciera los actos y las actividades convenientes, dada una valoración monetaria precisa del coste de los accidentes, esta evaluación resulta imposible cuando existen «costes» tales como la vida humana y ciertos daños y perjuicios, que no pueden medirse en términos de dinero. Teniendo en cuenta este obstáculo, resulta más apropiado adoptar una decisión de carácter colectivo y político relativa a los actos y a las actividades permitidas que una exclusivamente de mercado.

Sin embargo, una vez hecho el máximo esfuerzo por determinar el valor monetario del coste de los accidentes y suponiendo que aceptemos el principio de que cada uno sabe lo que más le conviene, ¿no tendremos que admitir acaso que, no obstante existir costes no reducibles a términos económicos, la combinación de actividades más viable deriva del libre mercado? ¿Cuál es la ventaja que resulta de combinar una decisión colectiva discutible relativa al coste del accidente, con otra del mismo tipo, y también incierta, referente al valor que posee la actividad causante de aquél? La respuesta a estas cuestiones se reduce al principio según el cual cuando hay que establecer un juicio significativo que concierne a costes, que no se pueden expresar en términos monetarios, es preferible una decisión de carácter colectivo que tenga en cuenta estos costes y las ventajas posibles, a una decisión de mercado que intente convertir en dinero sólo a alguno de ellos o a todos en conjunto. De ahí se deduce que si los automóviles, al margen de los costes no reducibles a dinero que se derivan de los accidentes que pueden ocasionar, producen ciertos beneficios que no se pueden expresar en términos monetarios, tales como su contribución a la movilidad de la sociedad, y ciertos costes del mismo tipo, como el incremento de la contaminación ambiental, la mejor decisión que se puede tomar al respecto es aquella que pueda tener en cuenta todos los valores involucrados: una decisión colectiva que se deberá traducir en un juicio de carácter político. El tratamiento político que se dedica, de este modo, al problema de los automóviles es el mismo, y atiende a idénticas razones, que el dedicado a la guerra y a la paz, a las zonas verdes y a las viviendas de protección oficial, etc.

Los motivos que explican este proceder pueden hallarse en el hecho de que los costes que comporta la evaluación de lo no reducible a expresión monetaria y su integración en el

mercado sea inferior a las ventajas que podrían obtenerse de un juicio en aquella sede.<sup>2</sup> Pero quizá sólo consistan en la convicción de que las decisiones políticas pueden reflejar mejor nuestras preferencias que los juicios del mercado, cuando éstas comprenden costes del tipo que nos ocupa. Contra ello sería inútil aducir la improcedencia de un juicio político que pretende medir lo incommensurable, por la sencilla razón de que todos los juicios políticos son de esta naturaleza. ¿Qué nos sino incommensurables los objetos de las decisiones relativas a principios, ideas y fines?

Con esto no quiero indicar que la existencia de costes, que no son susceptibles de encontrar una expresión monetaria, sea un argumento bastante para justificar la prevención específica en cualquier caso. Aunque aceptáramos el principio según el cual siempre conviene tomar una decisión política consciente cuando están involucrados costes del tipo mencionado, nos sería imposible adoptar esta decisión en cada uno de los infinitos casos que exigen elegir entre actividades que pueden causar accidentes. Hay demasiados y son excesivamente detallados. Lo único que sugiere esta segunda razón explicativa del método de la prevención específica es la existencia de una base sólida para una decisión de tipo colectivo, cuando hay actividades distintas que producen importantes beneficios y costes, que no se pueden reducir a expresión monetaria, y que son de medida muy variada. Pero, dado que el número de situaciones de esta clase es muy elevado, existen amplias zonas en donde es imposible establecer juicios colectivos respecto a esas ventajas e inconvenientes, siendo preferible recurrir a métodos del tipo correspondiente a la prevención general.

La sociedad puede decidir perfectamente la conveniencia de un instrumento capaz de evitar los accidentes cuya adopción no tiene apenas influencia sobre los beneficios de aquella industria que habría de utilizarlo y al mismo tiempo comporta una reducción sustancial de los perjuicios no expresables en dinero. La sociedad puede requerir, por consiguiente, el empleo del mencionado instrumento, adoptando así un típico juicio colectivo o de los comprendidos en el método de la prevención específica. Sin embargo, también puede establecerse que sea el mercado quien juzgue la conveniencia de fabricar un cierto tipo de objetos y determine su número adecuado, en base al coste monetario (incluido el de los accidentes) y a las preferencias que expresen sus consumidores. El motivo de estas diversas actitudes quizá no sea otro que el hecho de po-

der realizar, respecto al instrumento que permite evitar los accidentes, un juicio acerca de la conveniencia de los aspectos no monetarios, mientras que para la actividad en su conjunto no sea posible descubrir un fundamento para tal juicio o, simplemente, no existan motivos suficientes para pronunciar una decisión de carácter político. Lo contrario también puede ser cierto: se prohíbe una entera actividad, porque sus costes no monetarios se considera, colectivamente, que exceden las ventajas de la misma clase. Pero incluso admitiendo la actividad, aún es posible reservar al mercado el juicio relativo a determinados equipos de seguridad, pues sus efectos no monetarios pueden ser demasiado inciertos o detallados para que quepa una evaluación política.

### *Los juicios morales involucrados*

El tercer motivo, que explica la necesidad de la prevención específica, radica, al igual que los dos primeros, en la discutible capacidad de los individuos para juzgar acerca de lo que más les conviene. Pero mientras el primer motivo era el reflejo de la dudosa capacidad de los particulares para emitir un juicio relativo a los costes monetarios, y el segundo surgía de la misma incapacidad, pero referida entonces a los costes y beneficios no monetarios, el tercero recoge la desconfianza respecto a la capacidad individual para expresar juicios adecuados acerca de algo que apenas puede denominarse coste o beneficio: los imperativos morales. La prevención específica surge precisamente aquí, porque, con independencia del coste, existen cosas que repugnan a la sociedad. Es obvio que la razón por la cual se prohíbe la prostitución y el crimen es la inmoralidad de los mismos y no los beneficios económicos que eventualmente pudieran arrojar.

Es indiferente que el origen de las prohibiciones actuales se halle en lo que se creía que era una evaluación de costes y beneficios, monetarios o no, pues lo cierto es que hoy tienen un peso y una fuerza por sí mismas que es independiente de los costes y que por ello deben ser respetadas. En la naturaleza misma de los imperativos morales admitidos por la sociedad está implícita, obviamente, la necesidad de situarse fuera del alcance de los gustos y juicios individuales. De ahí resulta que, cada vez que está involucrado un elemento de tipo moral, debe realizarse un juicio colectivo de prevención específica.

No es necesario hallarse en presencia de prohibiciones morales absolutas, para que nuestra estructura moral pueda constituir la base de la prevención específica. Hemos visto cómo ésta se distingue de la general por el hecho de que en toda estimación del coste de los accidentes se considera el valor de la actividad causante y por la tendencia a tratar globalmente el coste de los accidentes junto a la actividad misma al realizar dicha evaluación. Ésta puede verse influida por los costes y beneficios no monetarios que concurren en cada una de las partes; pero también puede estarlo, y a menudo sucede así, por los juicios morales relativos a la actividad. Por ejemplo, no se puede obligar a la gente a ir a la iglesia; pero puede establecerse colectivamente que, a pesar de los muchos accidentes que se ocasionan yendo allí, no sólo debe permitirse, sino también estimularse esa actividad. Una forma de hacerlo es liberando a los feligreses de una parte del coste de los accidentes que se producen al dirigirse hacia el templo. De modo análogo, se puede tolerar la embriaguez y, sin embargo, creer que ello es tan inmoral que no puede admitirse de ningún modo que los automovilistas conduzcan en ese estado, ni siquiera cuando están dispuestos a soportar los daños que originen. O bien, establecer que los conductores ebrios paguen más por los accidentes, que cuando éstos se deban a la presencia de una anciana al volante.<sup>4</sup>

Una vez más podríamos hablar en términos no monetarios para referirnos a las ventajas del ir a la iglesia y a los perjuicios del embriagarse. Con ello se pondrían de manifiesto las similitudes que existen entre estas situaciones y las que constituirían el fundamento de la segunda justificación de la prevención específica. En realidad, las diferencias que presentan los motivos enunciados, sólo se distinguen por su grado. Sin embargo, si nos contentáramos con esta descripción estaríamos ocultando el hecho de que mientras las bases anteriores de la prevención específica aludían al intento de contraponer aspectos que normalmente imaginamos como costes, aunque sea difícil expresarlos en términos monetarios, aquí, como en el caso de las prohibiciones absolutas, por el contrario, nos enfrentamos a situaciones que no podemos designar en forma de costes y beneficios sin emplear estas expresiones de modo sumamente vago, por no decir sacrilego. En suma, estamos hablando de cosas que, con independencia de su relación originaria con los costes, comportan actualmente un valor moral o un descrédito que se destaca netamente del coste. El hecho de que no se conviertan en prohibiciones morales absolutas

quizá se deba a su relación con otros principios morales («no se puede obligar a nadie a ir a la iglesia», o «el daño que uno se causa a sí mismo es cosa suya»); pero su importancia es tal, que de ningún modo se desea que la decisión individual al respecto se tome en función exclusiva del coste monetario de los accidentes, por muy neutral y objetivo que éste sea. Cuando la actividad causante afecta a valores morales fundamentales, nos sentimos más seguros si la decisión correspondiente se adopta mediante un proceso colectivo consciente, que pueda apreciar el coste de los accidentes y la actividad que los ocasiona. Es por ello que preferimos, entonces, poner en funcionamiento la prevención específica.

El fundamento de la prevención específica podría ampliarse hasta el punto de abarcar en él a la justicia. En realidad, si la decisión colectiva respecto al nivel de actividades peligrosas deseado ha de tener presente tanto la importancia moral de las mismas, como el coste —monetario o no— afectado, es obvio que la decisión no puede prescindir de la justicia del resultado. Todo sistema de responsabilidad civil, que recurre al método de la prevención específica, tiene eso en cuenta, del mismo modo que considera la remoción del coste secundario y la eficacia administrativa de la determinación colectiva respecto a las actividades que pueden tolerarse. Sin embargo, prefiero no definir de un modo tan amplio el método que estamos examinando para no incumplir el propósito analítico. Pero en el fondo, la distinción entre consideraciones morales incluidas en la prevención específica y las que veremos al tratar la función general de la justicia, es arbitraria. No obstante, parece adecuado mantenerla, porque nos ayudará a diferenciar, por un lado, el problema de separar lo que corresponde al juicio colectivo y lo que corresponde al mercado, en relación a las actividades que pueden satisfacer el coste de sus accidentes, y por otro, la cuestión de averiguar en dónde reside aquello que hace que uno de los sistemas de responsabilidad civil, de entre los varios posibles, parezca más justo que los demás.

#### *Limitaciones intrínsecas de la teoría de la asignación de recursos*

El cuarto motivo para recurrir a la prevención específica es la creencia colectiva en la existencia de límites intrínsecos y prácticos en la teoría de la asignación de recursos que sustenta a la prevención de mercado. Por ejemplo, si la sociedad

considera que la distribución de la renta es, en cierta medida, insatisfactoria y si una de las formas de mejorar la situación consiste en incrementar una determinada actividad peligrosa (p. ej., la conducción de automóviles por los pobres), se puede establecer el aumento de dicha actividad por encima del nivel tolerado por el mercado. Contra ello es inútil objetar que sería mejor redistribuir la renta de otro modo y luego emplear la prevención de mercado, porque, de un lado, puede ser políticamente imposible realizar esa redistribución y, de otro, hacerlo puede engendrar costes administrativos o efectos colaterales más perjudiciales para la asignación de recursos ideal que los ocasionados por la prevención específica.

El mismo análisis se puede aplicar a las limitaciones restantes de la prevención de mercado. Así, en términos de la teoría del óptimo subsidiario (*second best*), si en la sociedad existen asignaciones de recursos significativamente malas, el medio más eficaz de remediarlas, desde el punto de vista económico, y el más practicable políticamente, quizá consista en modificar en más o en menos el nivel de la actividad, que causa accidentes, resultante del mercado. Cada vez que ésta sea la situación, habrá motivos fundados para recurrir a la prevención específica: a la decisión colectiva relativa al nivel de desarrollo deseado de una actividad.

*La prevención general no puede influir, eficazmente, sobre ciertas clases de actividades y menos aún sobre los actos*

La quinta razón que justifica la prevención específica es de carácter práctico, pues se apoya en la idea según la cual, aunque la gente pueda llegar a descubrir la actividad que más le conviene y el coste de las decisiones tomadas al respecto, sus juicios sólo influirán sobre los aspectos más generales de las conductas y no sobre los actos concretos. Se puede decir, además, que la prevención general funciona bien sólo si los individuos son capaces de comparar el coste de los siniestros con el de alterar o renunciar a la actividad que los causa. Por otro lado, esto ocurrirá tan sólo si cada individuo ha de pagar el coste de los accidentes que «causa» y puede apreciar el riesgo con anterioridad al accidente. Pero ello no suele ser así. Si los individuos no se aseguran, es probable que no puedan traducir en términos monetarios apropiados el riesgo que corren, con lo cual la elección entre la actividad y sus sustitutos no se basará en una información exacta.

En efecto, muchos temen los costes secundarios que pueden derivarse del tener que pagar sumas enormes en caso de accidente, y por ello prefieren contratar un seguro. Si no lo hacen, la sociedad suele ser quien les obliga a hacerlo, porque teme a estos costes mucho más que los particulares los temen. Si los individuos se aseguran, el riesgo se transforma en una expresión monetaria; pero en la naturaleza misma del seguro está implícito el hecho de no transformar en dinero los riesgos que concurren en las actividades puntuales que denominamos actos; hacerlo sería demasiado costoso. Así, estos riesgos se combinan con otros, y es precisamente gracias a ello, que el seguro fracciona las pérdidas. Este fraccionamiento concreto significa que los individuos no han de enfrentarse a la necesidad de elegir entre un acto y el coste de los accidentes que produzca eventualmente, sino entre lo que podríamos llamar un grupo de actos o una actividad y el coste de los accidentes que le acompañan.

Un automovilista, si supiera que al pasar un semáforo en ámbar incrementa el riesgo de accidente en 10.000 ptas., probablemente se detendría; pero este dato no está a su alcance. Nuestro hombre paga la prima de un seguro, que sólo refleja el hecho de que un sujeto de su edad, conduciendo el tipo de vehículo que él posee, causa un determinado coste de accidentes medio, incluyendo los que resultan de saltarse los semáforos en ámbar. Sobre la base de estos hechos, el personaje puede renunciar a conducir o cambiar de coche, pero aquellos no alterarán en absoluto su conducta una vez se ha decidido a circular y llega a un cruce con semáforo. Si el seguro se basa en el número de accidentes ocasionados, esto le afectará de algún modo, pues sabe que si sufre un accidente será incrementada su prima. Pero el valor monetario del riesgo de tener que ascender a la categoría superior de primas, como consecuencia de saltarse el semáforo, no es el mismo que el valor monetario del riesgo del siniestro que corre la sociedad. Y salvo que el riesgo monetario que corre el conductor sea igual al que corre la sociedad, nuestro personaje tomará una decisión de mercado inadecuada.<sup>3</sup>

De lo anterior se deduce que, si bien la prevención general puede ofrecer a los individuos la posibilidad de optar en el mercado entre actividades competitivas, ello sólo es posible cuando éstas sean suficientemente amplias para constituir adecuadas categorías de riesgos homogéneos. De esta forma se deja el paso libre a la prevención específica. Si tuviéramos el convencimiento de que, en general, los individuos respetan las



116 EL COMERCIO

indicaciones de los semáforos ya que de no hacerlo han de asumir el coste social consiguiente, estaríamos plenamente justificados (incluso si la gente sabe por sí misma lo que más le conviene) al prohibir de forma específica saltarse las luces de ámbar. Pero tampoco estaría justificada la prohibición, por dividida, de averiguar en el mercado cuáles son los deseos individuales al respecto, debiendo adoptar, por tanto, una decisión colectiva en uno u otro sentido.

La decisión colectiva tiende a suprimir

una decisión colectiva en uno u otro sentido.

**Es evidente que esta decisión colectiva tiende a suprimir las distintas preferencias individuales existentes;** ya que la misma regla se aplica a quienes tienen bastante que ganar saltándose el semáforo en ámbar (los transportes que circulan según un horario preestablecido), y a quienes este hecho les da lo mismo. Pero la prevención general no mejora las cosas, pues *ex hypothesi* «no respetar el semáforo» no puede constituir un criterio de clasificación de riesgos adecuado para el seguro. Puede argüirse, además, que la prevención específica ofrece una libertad de elección individual mayor en relación a tales actos: variando las reglas aplicables a los distintos grupos (en función del juicio colectivo que establezca que un acto determinado es bueno para un grupo y malo para otro) o imponiendo multas no asegurables sobre quienes están realmente dispuestos a correr el riesgo de cometer la infracción de tráfico. Sin embargo, lo primero puede ser injusto o ineficaz, en cierto modo, mientras que lo segundo puede acarrear problemas de fraccionamiento o de coste secundario.

Queda, por tanto, por señalar las limitaciones prácticas de la prevención específica.

El argumento empleado para señalar las limitaciones prácticas de la prevención general en relación a los actos, se puede aplicar también a ciertas subclases de actividades que tengan un carácter muy general. Supongamos que se conviene en que «atropellar a los peatones» constituye un coste imputable a la conducción de automóviles.<sup>3</sup> Incluso así, hay un problema que resolver: ¿este coste corresponde asignarlo a la forma de fabricar los automóviles o a la forma de conducir? Imaginemos que en un cierto sentido corresponda a ambos. En teoría, si el coste de los accidentes se imputa a los automovilistas, la prima del seguro reflejará no sólo la propensión a ocasionar siniestros que tenga cada clase determinada de conductores (p. ej., los jóvenes, los que circulan grandes distancias por carretera, etc.), sino también las características de seguridad del vehículo que conduzcan (p. ej., la antigüedad, el llevar instalado un tipo especial de frenos, el llevar cinturones de segu-

ridad, etc.). A la inversa, si el coste de los siniestros se imputa a los fabricantes de automóviles o a quienes los comercializan, los precios de los vehículos reflejarán no sólo aquellos aspectos relativos a la seguridad de los mismos (p. ej., la antigüedad, el llevar instalado un tipo especial de frenos, el llevar cinturones de seguridad, etc.), sino también la probabilidad de incurrir en siniestros que tengan los compradores que vayan a conducirlos (p. ej., los jóvenes, los que circulan fundamentalmente por las ciudades, los que recorren grandes distancias por carretera, etc.).<sup>7</sup> Ahora bien, en la práctica, imputar el coste de los accidentes a los automovilistas encarece cualquier significativa clasificación de riesgos que contemple las cualidades del vehículo, y lo mismo ocurre con respecto a la clasificación de los compradores, si el coste se imputa a los fabricantes o a quienes comercializan los automóviles.

Esto significa que en la mayoría de los casos la prevención general posibilitará una elección de costes adecuada sólo en el ámbito de las clases de automovilistas o sólo en el de las clases de automóviles, según sea una u otra la categoría imputable.

Para el respectivo ámbito restante una clasificación más adecuada a las exigencias de la prevención de mercado será, en la práctica, prohibitiva. Se planteará entonces el mismo problema examinado en relación a los actos y, en consecuencia, la solución tendrá que ser la misma. Si el coste se asigna a los automovilistas, probablemente será necesario establecer ciertas reglas específicas que gobiernen el modo de fabricar los automóviles. Si se imputa a los fabricantes o a quienes comercializan los automóviles, será casi inevitable establecer normas que controlen a los conductores. Análogamente, si se adoptan planes de seguro personal del tipo ideado por KEETON- O'CONNELL, será preciso regular colectivamente aquellos vehículos dotados de medios de protección de sus ocupantes, pero capaces de causar daños graves a terceros, para la protección de estos últimos. Y si el principio es el del seguro de responsabilidad civil, será conveniente quizás una normativa detallada sobre las características que deben reunir los vehículos para la protección de los pasajeros, tal como la relativa a los cinturones de seguridad y otros equipos. Una vez más la razón es la misma que la que exige recurrir a la prevención específica para el tratamiento de los actos: las disposiciones colectivas son el medio más eficiente, desde el punto de vista económico, para influir sobre aquellas categorías particulares una vez que los costes han sido asignados con la intención de

ejercer, mediante la prevención general, el mejor control posible de las otras categorías.

El uso de la prevención específica tiende a eliminar nuevamente las diferencias que existen entre las preferencias personales, pero esto es en cierto modo inevitable. El tratamiento completo de este tema debe remitirse a un capítulo posterior, cuando examinemos cómo se determina quién debe soportar el coste de los siniestros. Pero aun allí algunos aspectos ulteriores convendrá reservarlos hasta no haber realizado el examen de la forma en que los sistemas mixtos tratan de alcanzar la compleja combinación de fines establecida. De momento, basta señalar que la prevención específica puede lograr un nivel de reducción del coste primario de los accidentes, inalcanzable por la prevención general debido a la necesidad de fraccionar las pérdidas. La prevención específica actuará controlando actos que no podemos (por razones económicas), o no queremos (por razones de fraccionamiento), aislar en categorías de seguro. Ni que decir tiene que cuanto mayor sea el riesgo que estos actos entrañan y más diversos los deseos de realizarlos, mayores posibilidades habrá de que se constituyan criterios de clasificación para el seguro, mayor será la influencia que la prevención general pueda ejercer sobre ellos y menor la justificación práctica para recurrir a la prevención específica. Estoy convencido de que por muy importantes que sean las cuatro primeras razones justificativas de la prevención específica, esta última, en cuanto que es aceptada incluso por los más fieles devotos del mercado, no las desmerece en absoluto.

En efecto, mientras las cuatro primeras razones se limitan a arrojar dudas sobre la bondad de los juicios de mercado, aquellas situaciones que desde el punto de vista de la quinta son de naturaleza incierta, serán resueltas con toda probabilidad mediante un juicio colectivo de prevención específica.

#### LOS LÍMITES DE LA PREVENCIÓN ESPECÍFICA:

##### UN MUNDO BASADO EN LA PREVENCIÓN ESPECÍFICA ABSOLUTA

Al margen de las dificultades que comporta el determinar la actividad causante del coste (lo cual se examinará en un capítulo aparte, pues también afecta a la prevención general), los límites principales de la prevención colectiva son: (1) la imposibilidad de formular juicios políticos acerca de todas y cada una de las cuestiones que entrañan pronunciamientos a

favor o en contra de los accidentes; (2) el hecho de que los individuos no puedan controlar todos los actos particulares, y (3) las limitaciones impuestas por pretender objetivos distintos.

#### *La imposibilidad de formular juicios políticos en todas las circunstancias*

La imposibilidad de formular juicios políticos en todos los casos es, en cierto modo, el lado oscuro del quinto argumento que sirve para fundar el recurso de la prevención específica; un argumento que consiste precisamente en objetar a la prevención general la incapacidad de influir sobre ciertas clases de actividades y más aun sobre actos. Es cierto que la prevención específica, tal como hemos visto, puede influir, en cambio, en los actos. El problema es saber a cuántos puede afectar realmente. Cualquier decisión que se deba adoptar respecto a lo que tenemos que hacer, cómo debemos hacerlo, qué bienes hay que usar, y cómo y por quién deben producirse, comporta una elección entre una forma segura de hacer las cosas y otra que lo es menos. Es obvio que todas y cada una de estas decisiones no pueden tomarse colectiva o políticamente. En primer lugar, porque sería enormemente costoso averiguar en dónde reside el mérito principal de las diversas alternativas y su potencial capacidad de ocasionar siniestros —a menudo el mercado es el medio más fácil de obtener esta información—. En segundo lugar, porque, aun cuando estos costes terciarios no fueran desproporcionados en relación a los beneficios obtenidos, nos sería imposible ajustar nuestra decisión política o colectiva de modo preciso para resolver cuestiones muy particularizadas.

El proceso político es capaz de enfrentarse a decisiones dramáticas (guerra o paz, prostitución legal o no) o incluso a cuestiones referentes a conductas muy concretas (conducir en estado de embriaguez o no, llevar cinturones de seguridad o no); pero no sirve, en cambio, para dilucidar alternativas secundarias más prosaicas, como elegir entre un tipo de zapatos u otro, o entre conducir 30 kilómetros al día o 60. Sólo en casos excepcionales, cuando la alternativa adquiere carácter dramático, la gente se siente dispuesta y capaz de reflexionar lo necesario para lograr un juicio colectivo consiente; un juicio con más probabilidades de alcanzar un resultado mejor que el que se obtiene dejando que los particulares decidan

por sí mismos en base a los precios que reflejan el relativo coste de los accidentes.

A veces esta decisión individual —que no es otra que el método de la prevención general— produce resultados absolutamente indeseables. La opinión pública se escandaliza cuando descubre que muere demasiada gente por no usar cinturones de seguridad o por hacer caso omiso a los semáforos o porque hay demasiados menores de edad conduciendo. Cada una de estas afirmaciones pone de manifiesto una cierta insatisfacción con el resultado obtenido con la prevención general: insatisfacción que puede apoyarse en una o más de las bases justificativas de la prevención específica. Cuando tal descontento surge, incluso las subcategorías más concretas de las actividades pueden quedar sometidas al juicio colectivo. Pero sería erróneo suponer que, dado que la prevención específica puede afectar a algunas de ellas, también puede ser un método eficaz para influir sobre todas las demás o, en todo caso, sobre la mayoría.

Es importante advertir que mientras la prevención específica puede lograr una reducción del coste primario mayor que la prevención general, debido a su superior capacidad para influir sobre las actividades más detalladas, en la práctica esto sólo puede ser efectivo en relación a un número realmente limitado de actos o actividades. Tanto la prevención específica como la general están limitadas, en última instancia, por la forma en que deben alcanzarse la reducción del coste primario sin violar las demás funciones de la responsabilidad civil (como la justicia) o sin engendrar costes secundarios (fraccionamiento) o terciarios (eficiencia) innecesarios. Pero estos límites no son los mismos en cada caso, y un método puede llegar hasta un punto que es inalcanzable o le está vedado al otro.

#### *Los individuos no pueden controlar todos sus actos*

Una limitación de naturaleza distinta de la anterior es la que surge de la incapacidad de los individuos para controlar todos y cada uno de sus actos. Ya hemos visto cómo la prevención específica puede ser algunas veces más eficaz que la general en la reducción del coste primario de los accidentes, ya que influye sobre actos que la prevención general, dada su intención de fraccionar las pérdidas y los costes que conlleva la forma de clasificar las actividades, no puede alcanzar. Sin

embargo, también hemos visto que la prevención específica no puede enjuiciar, de modo efectivo, la oportunidad de todos los actos en relación a los accidentes, y que su adecuado uso se reduce a un número muy limitado de casos. Al establecer qué casos son éstos, es fundamental apreciar el grado en que la gente es capaz de controlar su propia conducta.

Por ejemplo, parece adecuado impedir que la gente se distraiga contemplando el paisaje mientras conduce. Ya que es imposible crear una categoría adecuada a la prevención general, que dé la oportunidad de elegir a la gente entre el distraerse y su coste, y también lo es el incluir a los conductores distraídos en una categoría de seguro apropiada, el juzgar políticamente inaceptable la distracción justifica plenamente acudir a la prevención específica. No obstante, la prevención específica de prohibir la distracción será inútil si los individuos no poseen un cierto grado de control, consciente o inconsciente, sobre sus propios actos, que les permita evitar la conducta prohibida.

Si los individuos carecen del autocontrol necesario, el único efecto que produciría incluso una sanción severa sería el de alejarlos de la realización de la categoría de actos —esto es, de la actividad— que da pie a incurrir en el hecho prohibido. Quien quita la ocasión quita el peligro, lo cual contribuye ciertamente a disminuir la frecuencia de aquellos actos. Pero viendo que la prevención específica no tiene ante todo el efecto de impedir el acto puntual (inmune a la prevención de mercado), sino el de retraer la vasta actividad en donde éste se inscribe, no será ocioso preguntarse si la prevención general no puede desplegar sus efectos sobre dicha actividad de una forma tan eficaz como pueda hacerlo la prevención específica. En la medida en que esto sea cierto, prevalecerá de sentido la objeción sobre el nivel de particularidad insuflable por la prevención general que constituye la quinta razón justificativa de la específica. La alternativa entre la prevención colectiva y la de mercado ya no dependerá de consideraciones prácticas respecto a cuál de las dos va, de modo eficiente, más allá en ese terreno de los actos particulares, sino de la preferencia por el juicio público o el individual, o de la conveniencia de la actividad que ha dado lugar al acto en cuestión.

La misma incapacidad práctica de la prevención específica para influir sobre los actos particulares aparece cuando, para lograr que la gente se abstenga de realizar un acto específico o su subconsciente lo evite, hemos de recurrir a sanciones tan severas que resulta imposible su aplicación. Este caso es aná-

logo, en realidad, al que se produciría si la prevención general tuviera que desplegar la clasificación hasta el nivel de unos actos específicos y esto comportara una concentración de daños y pérdidas secundarias demasiado grandes. El carácter intolerable de la sanción específica necesaria determina que la remoción del coste primario sólo sea efectiva en cuanto a actividades generales, donde bastaría una sanción menos grave, pero allí es precisamente donde también la prevención general es susceptible de operar. Una vez más la prevención específica, al igual que la general, se halla limitada por el grado en que puede individualizar y disuadir la realización de las subcategorías peligrosas de las actividades. Pero los actos que están afectados por esta limitación no tienen por qué ser los mismos en ambos casos. De ahí que, en la práctica, la prevención específica pueda ser efectiva en relación a ciertas categorías menores, que sean inmunes en cambio a la prevención general, y viceversa.

#### *Un mundo basado en la prevención específica absoluta*

Los límites de la prevención específica se hacen patentes cuando observamos el aspecto que presentaría un mundo imaginario basado exclusivamente en ese método. En él, las decisiones relativas a todos y cada uno de los actos individuales deberían adoptarse de forma colectiva: qué calzado conviene llevar, a qué horas se puede circular, etc. Toda relación entre actividad y coste debería desmenuzarse en sus componentes mínimos —la realización de una cosa, el modo de efectuarla, el momento de hacerla, el sujeto activo— y, luego, inducir una decisión colectiva en base a sus méritos.<sup>9</sup> Es evidente que un mundo así no sólo sería imposible, por las razones expuestas, sino también absolutamente intolerable.

La mayoría de las razones por las cuales ese mundo sería inadmisibles son tan obvias que no merecen ningún comentario. Sin embargo, hay una que exige cierta atención: el conflicto entre la prevención específica absoluta y el fraccionamiento de las pérdidas.

Aunque la prevención específica absoluta no entrañara costes secundarios —las cargas que resultan de la concentración de pérdidas—, como tampoco los entraña la prevención absoluta, el primer método debería afrontar problemas y conflictos análogos a los que también se enfrenta el segundo. Se prohibiría la realización de ciertos actos y se tolerarían otros

que, no obstante, causarían accidentes. El coste de estos últimos podría afrontarse con el seguro social, lo cual permitiría alcanzar un nivel óptimo de pérdidas secundarias. Pero ¿cuál sería el coste de prohibir que la gente realizara ciertos actos? Si se prohíbe colectivamente la circulación de vehículos y no se indemniza al mismo tiempo a quien considera esa actividad como algo extremadamente valioso —aunque sólo sea desde su punto de vista personal—, este individuo experimenta un daño muy similar a los que constituyen las pérdidas secundarias derivadas de los accidentes. Del mismo modo, existen costes secundarios significativos cuando no se indemniza a los trabajadores, a sus familias y a los consumidores de los productos de una empresa que se clausura a consecuencia de una decisión colectiva adoptada por considerar que, dados los costes primarios de los siniestros que viene ocasionando, la continuación de su actividad es inadmisibles.

Es obvio que, bajo el método de la prevención específica, el resarcimiento de los «perjudicados» podría realizarse con fondos públicos; no lo es, en cambio, que pueda hacerse lo mismo bajo un método de prevención general (pues aquí es precisamente la falta de indemnización la que obliga a la gente a pronunciarse individualmente en favor o en contra de las actividades que ocasionan accidentes). Pero esto es un círculo vicioso. Si no existen estímulos de carácter económico, porque el Estado asume la indemnización, ¿qué medios de presión existen para poner en marcha un método de prevención específica total?

La respuesta es la sanción, la multa, la cárcel, etc. Sin embargo, esto lo único que hace es plantear el problema de las pérdidas secundarias de forma distinta. Los costes primarios que se ahorran mediante la prevención de actos específicos realizada con penas, multas, cárceles, látigo y patibulo, ¿valen el coste de imponer tales sanciones? Esta cuestión se suele plantear en términos de justicia y resolverse afirmando que no es justa la utilización de algunos de esos métodos para afrontar el problema de los accidentes. Obsérvese, sin embargo, que nos estamos refiriendo a algo similar al hecho de que si no se fraccionan adecuadamente las pérdidas causadas por los accidentes, en el ámbito de la prevención general, se ocasionarán con toda probabilidad costes secundarios que serán demasiado elevados en relación a los costes primarios que se quieren evitar. En ambos casos, por tanto, tendremos que averiguar si el coste secundario (de la concentración de pérdidas en un caso, y de los instrumentos de compensación

directa en otro) justifica el ahorro del coste primario de los accidentes que se produce.

La reducción del coste primario de los accidentes que puede lograrse sin violar el imperativo de reducir al mismo tiempo el coste secundario, es mayor si se usa la prevención general y la específica simultáneamente, que si se emplea uno solo de estos métodos. Así, mientras los costes secundarios pueden hacer inadmisibles tanto la concentración de daños, ocasionada por la prevención general, como el tipo de sanciones al que ha de recurrir la prevención específica, cuando cada método se emplea de forma exclusiva, parece claro que la existencia de ciertas sanciones combinada con ciertas concentraciones de pérdidas permitiría la reducción del coste primario de un modo mucho menos gravoso. En este sentido, la prevención general y la específica, que vistas desde la perspectiva teórica resultan irreconciliables, pueden en la práctica coexistir de forma pacífica.

#### PREVENCIÓN ESPECÍFICA Y MERCADO: ALGUNOS SISTEMAS MIXTOS

La convivencia de la prevención específica con un cierto grado de control de mercado puede revestir formas muy diversas. La más simple es aquella que consiste en prohibir ciertas actividades mientras que otras se dejan bajo el control del mercado. Pero también es posible recurrir a fórmulas más complejas, como la de someter una misma actividad al control combinado del mercado y de la prevención colectiva. Cada vez que se incentiva o se trata de disuadir una actividad mediante el uso de subvenciones o impuestos, se está recurriendo al empleo de un método de reducción del coste primario de los accidentes de carácter mixto. Estas combinaciones son, en realidad, muy similares al uso de la prevención general en un sistema socialista, puesto que de hecho las decisiones colectivas de distinto grado de especificación que allí se adoptan cuentan siempre con las reacciones individuales o de mercado. Los sistemas mixtos, que examinaré a continuación, cubren una gama muy amplia que va desde los que tienen un carácter principalmente colectivo, hasta los que hacen un uso sustancial de los mecanismos del mercado.

#### Prohibiciones y restricciones

Las formas más puras de lograr la prevención específica son las prohibiciones y las restricciones. En realidad, se trata de un mismo medio empleado, no obstante, a escala distinta. Se habla alternativamente de prohibir una actividad (cuando se impide la venta de objetos de pirotecnia, o la circulación de vehículos) o de restringirla (cuando se permite aquella venta sólo en determinadas circunstancias o se limita la velocidad a los 100 km. a la hora). Cuando restringimos una actividad, lo que hacemos es prohibir simplemente alguna de sus manifestaciones (subcategorías). En consecuencia, tanto la prohibición como la restricción exigen juicios colectivos que comparen la conveniencia de los actos o las actividades con el efecto que tendrá sobre los accidentes su prohibición. De ahí se sigue que las prohibiciones y las restricciones son sistemas mixtos por el hecho de dejar a otros sistemas el control de aquello que ni se restringe ni se prohíbe.

Es claro que raramente se prohibirá lo que normalmente designamos con el término «actividad». Es muy extraño que una categoría así de amplia se considere tan contraproducente que no se admita en absoluto, porque esas categorías carecen normalmente de substitutivos adecuados. Es más lógico que se restrinjan las actividades, que se determine que una de sus manifestaciones (una subcategoría) no justifica el coste de los accidentes que ocasiona y, en consecuencia, que se prohíba. Es más lógico prohibir que circulen coches sin frenos, que prohibir la circulación de automóviles. Pero si la alternativa reside en prohibir o restringir, algún efecto se producirá en las demás actividades, pues —tal como veremos más adelante— ni siquiera la prevención específica más pura puede evitar unas ciertas reacciones del mercado. Sin embargo, si la prohibición es eficaz, el efecto principal se producirá sobre aquella actividad o aquel acto que deseamos impedir. De modo acertado o no, lo cierto es que los habremos eliminado como causa del coste de los accidentes, y éste es el principal objetivo de la prevención específica pura.

#### Limitación de las actividades

Por las razones expuestas, algunas veces no se deseará o simplemente no se podrá hacer uso de la prevención específica para el control de las actividades. Si no se desea prohibir

una actividad general, porque su importancia es demasiado grande y al mismo tiempo se carece de un criterio para restringirla que sea colectivamente satisfactorio, podemos decir limitarla. Una limitación simple significa el deseo de ver reducida la actividad a un cierto ámbito, sin que importe demasiado, desde el punto de vista colectivo, quién debe realizarla ni cómo. (Cualquier decisión colectiva que establezca quién debe realizar una actividad o cómo hay que desplegarla, constituye una restricción, es decir, la prohibición de una manifestación específica de ella.) Si se ha acordado limitar una actividad, la determinación de quién puede desarrollarla es posible establecerla de tres modos distintos: (1) por sorteo; (2) por la disposición a soportar una carga no monetaria que tenga quien vaya a desarrollarla, como por ejemplo respetar una cola o llegar al primero, o (3) por la disposición a soportar una carga económica.

El primero de ellos es bastante peculiar, porque pone en evidencia que quien debe tomar la decisión colectiva al respecto, si bien no tiene una preferencia especial por unos agentes determinados (pues de otro modo se restringiría la actividad), no desea, de ningún modo, que sean los particulares quienes decidan por sí mismos el emprender o no la actividad. Recurrir a la suerte significa prohibir directamente la selección realizada de acuerdo con la intención de pagar de cada uno (en dinero, o en otra forma cualquiera) por emprender la actividad. Todo lo cual demuestra la voluntad colectiva de inscribir la actividad dentro de ciertos límites, sin que exista (o se manifieste) una preferencia acerca de quién podría realizarla, rechazando también (por razones específicas) la posibilidad de que sea el mercado quien designe a los que podrían participar en ella. Los argumentos concernientes al uso de un sorteo para determinar quién debe prestar el servicio militar en tiempo de guerra, sirven para ilustrar ese caso. El recelo que existe en torno a la forma de tomar las decisiones colectivas y el temor al influjo que la existente distribución de la renta pueda ejercer sobre el mercado, hace pensar, por lo menos a algunos sujetos, que cuando están en juego vidas humanas una elección totalmente arbitraria (como un sorteo) es lo más conveniente.<sup>10</sup>

El segundo modo de limitar una actividad es muy similar al tercero. Ambos recurren a una típica decisión de mercado para establecer quién debe desarrollarla. Quien debe adoptar la decisión colectiva fija el nivel de actividad deseado (dada su conveniencia y su propensión a ocasionar siniestros); sin

embargo, atribuye al mercado la resolución de la cuestión de qué agentes pueden emprenderla. La única diferencia entre ambos es que mientras el empleo de pagos en dinero en uno le obliga a depender del sistema de distribución de la renta existente, el otro depende en cambio de la capacidad para reunir los requisitos exigibles.<sup>11</sup> Dado que nuestra sociedad suele recurrir principalmente al uso de cargas económicas<sup>12</sup> cuando desea que se produzcan reacciones de mercado, centraré la atención sobre el supuesto de los limitaciones monetarias.

La forma más usual de establecer limitaciones de tipo monetario es la de gravar con impuestos una actividad, con independencia del número de veces que se vea envuelta en los accidentes; y lo mismo se puede hacer subvencionando a las actividades sustitutivas. La diferencia que existe entre estos instrumentos fiscales y las prohibiciones y restricciones de una actividad es, como hemos visto, el hecho de permitir o no que los particulares sean quienes elijan la realización de la actividad. Aunque una actividad esté gravada fiscalmente, ello no impide que quien tenga buenas razones para emprenderla lo haga; pero será el mercado quien fije la frecuencia de estos casos. El número de individuos, que pagarán el impuesto y emprenderán la actividad, dependerá, obviamente, de la magnitud de éste y de la existencia de actividades sustitutivas adecuadas. Estos datos también determinarán la medida en que el impuesto se transferirá a otras actividades y la intensidad que el efecto limitativo tendrá sobre las actividades no afectadas directamente. La frecuencia de la actividad será determinada de modo análogo cuando se recurra al subsidio de las actividades sustitutivas. De nuevo sucederá aquí que quienes más deseen realizar la actividad limitada continuarán haciéndolo; mientras que los demás se desplazarán hacia las actividades que resulten abaratas por la subvención.<sup>13</sup>

Limitar una actividad significa una cierta falta de confianza en la decisión colectiva o en la posibilidad de hacerla respetar. Pero la limitación conserva todavía elementos importantes de la prevención específica. El establecimiento de los tributos que deben satisfacer los individuos debe realizarse, según se ha visto, con independencia de las veces en que se vean envueltos en siniestros, lo que hace que los particulares carezcan de los estímulos necesarios para buscar formas ulteriores de reducir los accidentes. Esto implica que quien debe tomar la decisión colectiva tiene la convicción de que está en mejores condiciones de elegir que los particulares, lo

cual es una típica actitud de prevención específica. Si el impuesto dependiera del grado de participación en los accidentes, en vez de establecerse sobre una base fija, el mercado trataría de hallar entonces formas de reducir el coste de los accidentes, y de determinar quién puede realizar la actividad. El resultado sería muy similar al obtenido con la prevención general. En realidad, aquí estaríamos en presencia del sistema de prevención específica más impuro.

Es más probable que se limiten actividades de carácter general que actividades de ámbito reducido, por la misma razón que damos más crédito a un juicio colectivo acerca de la importancia de estas últimas para los particulares, que a uno del mismo tipo respecto a la importancia de las primeras. En este sentido es mucho más probable que se prohíba la circulación de automóviles sin frenos que la circulación sin más, mientras que, en cambio, es más razonable establecer un impuesto sobre la circulación en general, que uno sobre los coches sin frenos. La limitación parece ser, pues, una forma de control insatisfactoria cuando estamos relativamente convencidos de que una actividad de carácter particular ocasiona daños graves, existiendo, en cambio, substitutivas adecuadas de la misma: (Inversamente, prohibir una actividad muy conveniente, sin que existan substitutivas apropiadas, parece contraproducente por muchos que sean los accidentes que ocasione.) Pero, además, la limitación de una actividad muy concreta puede resultar prácticamente imposible de cumplir, dado que tanto esta actividad como sus manifestaciones específicas son muy difíciles de precisar, y el esfuerzo que comportaría su determinación no suele estar justificado, máxime cuando el beneficio que se obtiene prohibiéndolas es superior al coste de realizar esa necesaria averiguación.

No es posible trazar una línea de demarcación clara entre prohibición y limitación, porque existen muchos ejemplos de control de actos, o de actividades de ámbito muy concreto, que son similares a una limitación de actividades. Incluso en el caso de descubrir siempre a quien comete el acto o la actividad prohibida, la prohibición y la restricción no serán efectivas si la sanción que corresponde no es suficientemente severa; siendo el resultado aquí muy similar al que se obtiene limitando la actividad o el acto prohibido.<sup>14</sup> El efecto que produce una sanción inadecuada es el de gravar con ella, como si de un tributo se tratara, a los posibles infractores. Cuando uno piensa en la posibilidad de actuar, sabiendo que será castigado, sus consideraciones han de ser las mismas o muy

semejantes a las que han de tener presentes quienes emprenden una actividad gravada con un impuesto. Es claro que cuanto mayor sea la sanción y más actividades substitutivas existan, mayor será la analogía entre la limitación y la prohibición. En la práctica, apenas existe sanción que sea bastante severa como para provocar la eliminación total de un acto, o de una actividad; por ello las limitaciones y las prohibiciones se confunden.<sup>15</sup> Sin embargo, podemos señalar algunas sanciones que, en términos de las actividades afectadas, son suficientemente severas, o comportan tal repulsa moral, que basta para producir un resultado que podemos denominar con toda exactitud «prohibición». En cambio, existen otras sanciones cuyo resultado no supera el que produciría una simple limitación. Pero este análisis siempre será incompleto, porque no existe ninguna sanción que sea capaz de imponerse a todos y cada uno de los infractores. El efecto real de este hecho es un resultado que procede de la fusión entre la presión por evitar ser descubierto y una carga, similar a la impuesta por lo que llamamos limitaciones, sobre quien realiza el acto sancionado. La magnitud de esta carga es la magnitud de la sanción multiplicada por el riesgo de ser descubierto.

En suma, la limitación de una actividad (tanto en sentido estricto como la que resulta del uso de sanciones inapropiadas) se empleará como medio de controlar las actividades que deseamos reducir, sin establecer cuál debe renunciar a ellas y sin crear incentivos que permitan a los particulares descubrir por sí mismos formas de reducir el coste de los accidentes, mejores que las establecidas colectivamente. Si nuestro objetivo consiste, simplemente, en limitar el número de vehículos, fijaremos un impuesto igual para todos, hasta conseguir el nivel de tráfico deseado. Esto significa, en realidad, determinar colectivamente los costes y beneficios que la actividad reporta a la sociedad y dejar que sea el mercado quien determine los que reporta a los individuos. Si hacemos una elección del tipo comprendido en la prevención específica para determinar quién ha de renunciar a la actividad, el efecto resultante será totalmente distinto: estaremos prohibiendo varias manifestaciones de la actividad, lo que significa restringirla. A lo mejor deseamos ambas cosas: limitar y restringir. Entonces podremos obligar a que todos los conductores paguen un impuesto para que se reduzca el tráfico en general, y prohibir al mismo tiempo ciertas manifestaciones de la circulación, como la de ir a una velocidad superior a la establecida. En definitiva, se trata de señalar tan sólo que a veces preten-

demos tomar decisiones del género de la prevención específica con respecto a ciertas manifestaciones concretas de una actividad, mientras que para las manifestaciones restantes preferimos que la solución la descubra el mercado.

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

Hasta ahora nos hemos referido a sistemas de prevención específica relativamente puros. Cuando se prohíbe o se restringe una actividad, se da por supuesto que la decisión colectiva acerca del modo de reducir el coste de los accidentes es la mejor que puede adoptarse. Cuando se limita una actividad se da por supuesto lo mismo, excepto que, si la limitación se realiza no mediante un sorteo, sino por medio del sistema tributario o con medidas análogas, se permite que la determinación de quiénes pueden desarrollar la actividad limitada se haga con criterios de mercado o individuales. Sin embargo, hay veces en las que la prevención específica no puede recurrir a instrumentos tan puros. En muchos casos es imposible definir con anterioridad al siniestro —salvo que se haga de forma extremadamente vaga— la conducta (el acto o la actividad) que deseamos impedir. En otros es posible definir la conducta y prohibirla antes de que se produzca el accidente, pero resulta prácticamente imposible descubrir al autor a no ser que esté involucrado en el siniestro. En ambas situaciones se justifica, necesaria o intencionalmente, la existencia de sanciones que sólo se aplican en base al criterio de la vinculación con el accidente.

La situación más fácil de tratar es aquella en que es posible definir con precisión el acto o la actividad que deseamos prohibir, con anterioridad al siniestro, pero es imposible individualizarla hasta que éste no se produce, estableciendo entonces su vínculo con aquella. En este caso, los responsables de la decisión colectiva también pueden estar convencidos de ser quienes mejor conocen la actividad que debe impedirse; sin embargo en la práctica —y por razones de eficiencia, probablemente— son incapaces de descubrir y sancionar la actividad si no ocurre el siniestro. Dado que el accidente particular no es más que la manifestación puntual de la actividad que se pretende impedir, y como el objetivo fundamental no es otro que el de reducirla, la sanción que se establezca será la misma cualquiera que sea el daño que se produzca.

En estos casos, quienes tienen la intención de emprender el acto o la actividad proscritos se hallan fuertemente incentivados a evitar el accidente con el propósito exclusivo de impedir la aplicación de la sanción.<sup>16</sup> No obstante, existen importantes diferencias entre este estímulo de mercado y el producido por la prevención general. En el presente caso la presión se ejerce con la intención de impedir los accidentes y no con la de evitar los daños que producen, pues el coste de la sanción es constante. En consecuencia, las medidas para evitar los accidentes se tomarán sólo en caso de que cuesten menos que el riesgo de padecer la sanción (cualquiera que sea la forma de calcularlo), con independencia de si el accidente que se va a evitar causa daños catastróficos o si éstos son mínimos. Es por ello que la presión ejercida para evitar los accidentes dependerá exclusivamente de la magnitud y del tipo de la sanción, y no del coste de los accidentes que produce la actividad.

No debemos perder de vista que, a pesar de no poder individualizar la actividad mientras no ocurre el siniestro, el objetivo de la prevención específica sigue siendo el de impedir aquella, lo cual, en principio, no concede a los particulares la oportunidad de elegir entre el coste de los accidentes y el coste de evitarlos, y tampoco insta una presión de mercado alguna en contra de los accidentes. Sin embargo, dado que quien desea emprender una actividad de las prohibidas se arriesga a hacerlo si está convencido de que modificándola en cierta medida puede evitar los accidentes —y, por tanto, la sanción—, el control de la actividad establecido por un sistema de sanciones basadas en la vinculación con el accidente es distinto del que resulta de la prevención específica pura, pues en cierta medida aquí se produce una modificación de dicha actividad.<sup>17</sup>

Y también se producirá la alteración de otras actividades (no controladas específicamente por los responsables de la decisión colectiva) si quienes realizan la actividad prohibida, al introducir aquellas modificaciones, son capaces de reducir la probabilidad de que ocurran accidentes y, en consecuencia, de verse sancionados. Los responsables de la decisión colectiva han de ser conscientes de que prohibiendo una actividad en base al criterio de la vinculación con el accidente<sup>18</sup> y estableciendo un tipo de sanciones para hacerla efectiva, se pueden producir reacciones de mercado en relación a otras actividades<sup>19</sup> que entren en contradicción con el objetivo de la prevención específica.

Es imposible determinar teóricamente el alcance del efecto