

El coste de los accidentes es uno de los intentos más rigurosos, realizado en las últimas décadas, para confrontar los fines que afirman —explícita o implícitamente— perseguir las normas jurídicas (o la política jurídica) y los efectos de las mismas. Un jurista clásico dijo, hará unos cien años, en *Der Zweck im Recht*, que el criterio para valorar el Derecho no residía en el principio absoluto de verdad, sino en otro más relativo de finalidad: Con el primero se podrían elaborar conceptos. Con el segundo podríamos descubrir el alcance de la virtualidad pretendida. Durante mucho tiempo, la idea de que en el Derecho residía la forma que garantizaba las condiciones de existencia de la sociedad ha alimentado la necesidad de no contemplarlo de modo aislado. Sin embargo, pocos han sido los casos en que esta necesidad se ha traducido en la búsqueda de un aparato analítico que fuera capaz de señalar las incoherencias posibles de los fines al aplicarse a una realidad económica y social determinada; que señalara las consecuencias que podía tener el establecimiento de unas normas jurídicas, dado que éstas iban dirigidas a sujetos que podían reaccionar de un modo contrario al previsto; y que se ocupara de precisar el coste administrativo de lograr la eficacia perseguida. Estos objetivos han sido cubiertos por el libro del profesor Calabresi de modo eficaz y coherente. Su publicación en castellano marca un hito en los estudios jurídicos de responsabilidad civil.

GUIDO CALABRESI

EL COSTE DE LOS ACCIDENTES

iv,
171
84



GUIDO CALABRESI

EL COSTE DE LOS ACCIDENTES

Análisis económico y jurídico
de la responsabilidad civil

MARCIAL PONS

Tel (91) 419-42 50

DERECHO

Ariel

ARIEL DERECHO

ARIEL DERECHO

Sección Derecho Privado
y Economía

Director:

JOAQUIM BISBAL

GUIDO CALABRESI

D. Calabresi
C. H. L. Co.
1984

**EL COSTE
DE LOS ACCIDENTES**

Análisis económico y jurídico
de la responsabilidad civil

Prólogo de
JOAQUIM BISBAL



043764

EDITORIAL ARIEL, S. A.
BARCELONA

PRESENTACIÓN

El coste de los accidentes es uno de los intentos más rigurosos, realizado en las últimas décadas, para confrontar los fines que afirman —explícita o implícitamente— perseguir las normas jurídicas (o la política jurídica) y los efectos de las mismas. Un jurista clásico dijo, hará unos cien años, en *Der Zweck im Recht*, que el criterio para valorar el Derecho no residía en el principio absoluto de verdad, sino en otro más relativo de finalidad. Con el primero se podrían elaborar conceptos. Con el segundo podríamos descubrir el alcance de la virtualidad pretendida. Durante mucho tiempo, la idea de que en el Derecho residía la forma que garantizaba las condiciones de existencia de la sociedad ha alimentado la necesidad de no contemplarlo de modo aislado. Sin embargo, pocos han sido los casos en que esta necesidad se ha traducido en la búsqueda de un aparato analítico que fuera capaz de señalar las incoherencias posibles de los fines al aplicarse a una realidad económica y social determinada; que señalara las consecuencias que podía tener el establecimiento de unas normas jurídicas, dado que éstas iban dirigidas a sujetos que podían reaccionar de un modo contrario al previsto; y que se ocupara de precisar el coste administrativo de lograr la eficacia perseguida.

Pongamos un ejemplo: en este libro se examinan algunos de los planes propuestos con la finalidad de tratar el tema de los accidentes en nuestra sociedad. Simplificando diríamos que en todo accidente suele haber un ofensor y una víctima. Llama la atención pensar que cuando se establece un principio de responsabilidad por culpa, los accidentes que se producen sin mediar ésta los paga la víctima. La sociedad y el Derecho han ideado un método para hacer frente al riesgo que significa la posibilidad de tener que sufrir unos daños como consecuencia de los siniestros. Este método se llama «seguro». Existe una Economía del seguro, un Derecho del seguro —dentro del cual hay una dogmática del mismo—, una Estadística del seguro, etcétera. Por otro lado, y de un modo específico, existe un instrumento, denominado «seguro de responsabilidad civil».

cuyo objetivo es cubrir el riesgo que supone el verse envuelto en un accidente y que, como consecuencia de ello, la víctima venga a gozar de un derecho al resarcimiento que pueda hacer efectivo sobre el patrimonio del causante.

Aquí existen varios aspectos que llamarán inmediatamente la atención de un jurista sensible. En primer lugar se dirá que si existe ese derecho de la víctima sobre el patrimonio del causante del daño es porque existe una norma jurídica que asigna la responsabilidad de los daños causados a quien los causa, y no a otro. Se observará también, que un seguro de responsabilidad civil cubre al causante en primer lugar y, mediamente, a la víctima (aunque la complejidad procesal de esto último se haya corregido, últimamente, reconociendo una acción directa de la víctima frente a la compañía de seguros del causante). Se sabe, además, que un seguro de responsabilidad civil suele actuar en un contexto en el que el criterio de imputación de los daños puede ser el de la culpa y que, en cierto modo, pretender cubrir el riesgo en cuestión puede rozar los presupuestos morales sobre los que esta noción se asienta. Quien conozca, además, la dogmática jurídica del contrato de seguro sabrá de la existencia de clasificaciones. Una importante (aunque criticada) es la que distingue seguros contra daños, por un lado, y seguros de personas, por otro. La víctima de un accidente puede ver destruidos sus bienes, el andamiaje construido para evitar las agresiones procedentes del exterior e incluso su integridad física. Cuando se contrata un seguro de responsabilidad civil se busca garantizar el resarcimiento de estos daños; pero la vía es indirecta. Se busca garantizar que el causante podrá pagarlos; o, mejor dicho, se busca evitar que el causante tenga que hacerlo en el momento en que se producen y, en consecuencia, evitar que sufra un daño patrimonial tan imprevisible como el accidente mismo, gracias a haber afrontado la eventualidad contratando, anteriormente, ese seguro y pagando la prima correspondiente. Es obvio que aquí hay dos tipos de daños: uno patrimonial (al patrimonio del causante) y otro en parte personal (a la integridad física de la víctima). Y ahora surge la duda ¿hay que clasificar el seguro de responsabilidad civil entre los seguros de daños o hay que agruparlo con los seguros de personas? La respuesta (no exenta de polémica) es que el seguro de responsabilidad civil es un seguro contra daños; concretamente es un seguro que pretende cubrir el daño patrimonial que sufra el asegurado como consecuencia de su obligación de resarcir a la víctima. Nada hay de falso en ello, y los argumentos que se em-

plean suelen ser elegantes y convincentes. Pero el jurista, comprometido con el problema de los efectos se sentirá insatisfecho con esta explicación descriptiva.

En este libro se comentan sistemas alternativos para hacer frente a los accidentes. La expresión inglesa posee una plástica difícil de traducir (vaya por adelantado la disculpa del traductor). Se habla de seguro de primera parte (*first-party insurance*) y de seguro frente a terceros (*third party insurance*). Al autor le preocupan poco las clasificaciones. Lo relevante no es saber si el *third party insurance* o el *first-party insurance* son conceptualmente homogéneos porque ambos cubren o podrían cubrir los daños causados directamente a los bienes y a la persona del causante (no se ha dicho que el causante de un accidente no pueda sufrir daños de esta clase) y los causados indirectamente por la existencia de una regla que le imputa también los que sufre la víctima. Son homogéneos ¡claro está! Lo importante reside en las consecuencias de la alternativa. Un seguro que sea de primera parte habrá de fijarse en unos daños que dependerán de la precaución y de las medidas que el asegurado adopte para protegerse de las eventuales agresiones. Un seguro frente a terceros (o de responsabilidad civil) habrá de fijarse, en cambio, en la capacidad de dañar a otro que tenga el comportamiento y la actividad del asegurado. Las primas, las categorías que se elaboren, la modalidad contractual, los efectos preventivos, etc., dependen de esa alternativa.

Hasta aquí unos indicios de las cuestiones que empiezan a hacerse relevantes. Pero no se olvide que el tema de este libro son los daños, que los daños ocurren y que conviene saber si vale la pena que ocurran y quién acaba pagándolos; y que el Derecho juega —o pretende jugar— un papel fundamental en este ámbito. Y si —como el propio autor ha escrito en otra parte (*Tragic choices*, Norton & Co., New York, 1978)— no podemos tratar de averiguar cómo se decide que el sufrimiento recaiga sobre unos sujetos y no sobre otros. El punto de vista que pretende aproximarse a estos problemas puede adoptar una perspectiva funcional. Si pensamos que el criterio de la culpa en el ámbito de la responsabilidad extracontractual es un criterio de imputación de daños habrá que saber las categorías de sujetos sobre las que recaen, y cómo reaccionan ante esa imputación que realiza el Derecho. Convendrá saber si de este modo aumenta o disminuye el número de accidentes y si el eventual esfuerzo para tratar de corregir el sistema vale lo que cuesta. El lector observará que en este libro se co-

mienza hablando de los accidentes de tráfico. ¿Un tema «menor»? Veámoslo desde un punto de vista distinto: el problema de los casos en los que los daños tienen múltiples causantes. Admitamos que no se trata de un tema fácil. Si el análisis que se realiza es acertado —lo cual parecerá tras la lectura un calificativo convencional—, las perspectivas que se abren son enormes, porque aclarado el caso difícil se podrán aclarar los casos que lo son menos y, generalizando el problema, se podrán analizar todas las actividades que entrañan riesgos y daños. La problemática ecológica acude inmediatamente a la mente.

Nos referíamos a una perspectiva funcional del Derecho. La ilustración no tiene por qué concluir en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, por emplear una expresión jurídica. La ley regula los contratos. Se puede pensar que todo lo legal es real. También se puede creer que la realidad va por otros caminos. Entre ambas creencias está la posibilidad de preguntarse si no será que la ley pretende encauzar conductas —que se cumpla lo pactado, por ejemplo— y que esto lo hace imponiendo gravámenes a quienes pretendan alejarse de lo establecido y premiando a quienes se someten. ¿No es importante averiguar por qué en unos casos quien incumple un contrato ha de resarcir a la contraparte cumplidora de modo tal que ésta pueda situarse de nuevo en la posición económica que tenía antes de celebrarse el contrato y en otros casos el resarcimiento deba colocarlo en la posición que hubiera tenido si el contrato se hubiera cumplido? La perspectiva funcional no está interesada en la descripción, sino en las consecuencias.

En las consecuencias, por ejemplo, de asignar unos derechos de propiedad a unos y de no hacerlo a otros. En las consecuencias de elegir una forma de organizar la actividad económica (aquello que suele estudiarse en el ámbito del Derecho de sociedades en las Facultades de Derecho) y no otra. En las consecuencias de gravar con el riesgo de la insolvencia a unos acreedores (que dicho sea de paso, en algunos sistemas jurídicos no están en condiciones ni de preverlo ni de operar sobre él) y de liberar a otros (que sí suelen cumplir esos requisitos). Consecuencias, en suma, que se pueden contemplar como resultado de un conjunto de tácticas y estrategias para moverse en un mundo complicado.

Esta perspectiva funcional es la que tiene el autor de este libro, Guido CALABRESI, y la que enseña desde hace años a través de sus múltiples trabajos: ni el Derecho, ni la llamada «ciencia jurídica», pueden verse como algo que se basta a sí

mismo. hijo de un eminente cardiólogo y de una profesora de literatura italiana, nace en Milán en 1932, diez años después de la «Marcha sobre Roma». Su familia, víctima de la represión y la intolerancia, puede finalmente escapar en 1939 a los Estados Unidos. Estudia en Yale y en Oxford Derecho y Economía. Trabaja con el juez BLACK durante la presidencia del Tribunal Supremo por el juez WARREN. En 1962 es nombrado profesor permanente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale. Contaba apenas treinta años: un hecho que merece destacarse por su carácter excepcional si se descartan un par de precedentes.

Con todo ello tenemos una pista. Digamos, además, que CALABRESI tiene una extraordinaria habilidad para revelar lo problemático del objeto que estudia, una rara capacidad de sugerir el contraejemplo que obliga a revisar el argumento y comenzar de nuevo un itinerario discursivo lleno de matices y repliegues que contrasta con la simplicidad analítica del punto de partida. El siguiente paso es advertir al lector que CALABRESI es uno de los fundadores de la corriente de pensamiento jurídico denominada «análisis económico del Derecho»; y que tiene una actitud distante y crítica ante la obra del otro cabeza de fila: Richard A. POSNER.

La historia intelectual del análisis económico del Derecho arranca de un artículo de R. H. COASE, «The Problem of Social Cost», publicado en *The Journal of Law & Economics* en 1960, que viene a revisar el tratamiento dado por A. C. PIGOU al problema de la divergencia entre el coste privado y el coste social de cualquier actividad económica. El problema era uno de los fundamentales de la economía del bienestar clásica, y la revisión implicaba comenzar a hablar en términos de «nueva economía». Para la «ciencia jurídica» este hecho académico si se quiere, iba a significar la posibilidad de hablar un lenguaje compartible con los economistas y de recurrir al aparato analítico de éstos para examinar y cuantificar los efectos del Derecho. La consecuencia no era inevitable, y quizá también sea imposible considerar el artículo de Coase como condición *sine qua non*. La verdad es que no se puede olvidar que en algunos campos del Derecho, concretamente aquellos que pretendían regular actividades explícitamente económicas, el recurso al análisis económico para examinar los efectos de las normas no era un hecho nuevo. Piénsese, por ejemplo, en la disciplina antimonopolio o en la legislación fiscal. Lo original residía en la generalización y en la formulación de una relación compleja entre Derecho y Economía. O mejor, entre Derecho y Mercado.

Paralelamente, en 1961 CALABRESI publica su primer artículo extenso («Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts», *Yale Law Journal*, vol. 70, 1961, pp. 499-553) donde emplea lo que él llama «teoría económica» para examinar el alcance que pueden tener los diversos significados implícitos en la noción «distribución del riesgo» —que parece ser el criterio dominante de la política legislativa en el ámbito del Derecho de daños o responsabilidad civil— y su coherencia interna. Si el Derecho de daños dice establecer unas normas cuyo fin primordial no es buscar la justificación de que el sujeto culpable tenga que correr con los costes de su acción perjudicial, sino la distribución del riesgo y de las pérdidas causadas, es preciso averiguar si este objetivo significa bien un fraccionamiento interpersonal y temporal de los daños, bien una imputación de los mismos a los sujetos que se hallan en mejores condiciones de afrontarlos, bien una imputación a las empresas que los originan o bien las tres cosas a la vez. Y si se trata de esto último, es conveniente saber si es posible alcanzar plenamente uno de esos objetivos sin afectar, sensiblemente, la consecución de los demás. Después de este trabajo vienen otros que confirman la validez del análisis y la preocupación de CALABRESI por la capacidad del Derecho para regular de forma eficaz todas aquellas actividades que son susceptibles de causar daños. Destacan especialmente «The Decision for Accidents: An Approach to Non-Fault Allocation of Costs», publicado en la *Harvard Law Review* en 1965, y «Fault, Accidents, and the Wonderful World of Blum and Kalven», publicado en el *Yale Law Journal* en el mismo año. El interés de estos dos trabajos no reside sólo en constituir precedentes significativos del presente libro, sino en la lectura crítica del precitado artículo de COASE que contienen. Es obvio que la temática que preocupaba a CALABRESI tenía mucho que ver con este trabajo del notable economista. Contrariamente al convencimiento de PIGOU de que los efectos externos de una actividad (la contaminación, los daños, etc., por ejemplo) conviene que se contabilicen (bien directamente, bien mediante un impuesto) por la actividad causante con el fin de poder determinar el «óptimo» nivel de la misma y, en consecuencia, la «óptima» aplicación o asignación de recursos, COASE había demostrado que si contemplamos el problema de las externalidades de forma recíproca, y suponemos que no existen costes de transacción (o negociación) y un comportamiento «racional» de los agentes, la asignación de recursos resultante, prescindiendo de todo problema de equidad, es indepen-

diente de la imputación inicial de los costes; esto es: independiente de la regla de responsabilidad. CALABRESI había aceptado, en los trabajos citados, la validez de la conclusión de COASE por lo que se refiere al corto plazo, mientras la negaba para el largo plazo, donde las distintas reglas de responsabilidad posibles influirían sobre el número relativo de empresas afectadas y sobre la producción de las mismas.

En 1968, dos años antes de *El coste de los accidentes*, CALABRESI publica un breve comentario al artículo de COASE («Transaction Costs, Resource Allocation, and Liability Rules», *The Journal of Law & Economics*, vol. II, 1967, pp. 67-73), que, en mi opinión, constituye una magnífica ilustración del problema económico visto por el jurista. (El sentido de la relación es intencionado, pues me parece advertir que no se trata de una reducción economicista de lo jurídico, sino de todo lo contrario.) En este trabajo CALABRESI rectifica su opinión anterior sobre la validez de la conclusión de COASE para el largo plazo. Pero a renglón seguido destaca el carácter redundante del análisis de COASE: si admitimos un comportamiento racional de los agentes, la inexistencia de costes de transacción y la de cualquier impedimento legal para la negociación, entonces afirmar que cualquier mala asignación de recursos será corregida completamente por el mercado mediante la negociación es una tautología, dadas las usuales descripciones de la situación en la que existe una «mala asignación de recursos». En efecto: una situación de esta clase suele definirse como «aquella en la que es posible realizar una nueva reasignación de recursos tal que todos cuantos pierdan con la reasignación puedan ser compensados enteramente por los que ganen con ella y al final de este proceso resulte que haya, por lo menos, un sujeto que se encuentre en mejor posición que en el momento inicial». No es éste el lugar más conveniente para continuar revisando el pensamiento de COASE, ni tampoco era ésta la intención de CALABRESI. Mostrar el carácter tautológico del análisis perseguía la finalidad de señalar en qué momento preciso hay que introducir la problemática jurídica. La generalización del análisis de COASE afirmando —consiéntaseme la expresión— que en ausencia de costes de transacción el mercado corregirá los errores, no significa abandonar el análisis, sino pasar a un nuevo estadio en donde lo esencial sea el examen de los costes de transacción.

Aquí existe la posibilidad de sucumbir a la tentación de sostener que si precisamente porque existen costes de transacción el mercado es incapaz de corregir los errores, entonces

lo mejor que se puede hacer es procurar que tales costes desaparezcan; y si la fuente principal de tales costes es el Estado, o el Derecho, entonces lo más adecuado es reducir esa fuente a su mínima expresión para permitir que la «mano invisible» del mercado actúe libremente. Huelga advertir que muchos han sucumbido a la tentación. Por aquí pasa una de las principales líneas de demarcación del pensamiento de CALABRESI, despojado de toda connotación normativa. CALABRESI no va a jugar el juego ideológico del «ser» del mercado (con costes de transacción, con imperfecciones) y del «deber ser» (sin costes de transacción, sin imperfecciones... con un Derecho y un Estado *mínimos*). CALABRESI afirma que no hay prueba alguna de que la «artrítica» mano invisible pueda hacer algo para mejorar. Quizá tampoco la haya para demostrar la posibilidad de un empeoramiento sin la intervención del Derecho. Pero, en todo caso, lo que es cierto es que nos hallamos ante un panorama incierto, y en este caso CALABRESI sostiene que la acción del Estado y del Derecho están plenamente justificadas; especialmente en dos circunstancias: cuando el mercado sea capaz de corregir el error que se deriva de esa acción con mayor facilidad que la que tenga para corregir el error en caso de inacción, y cuando se persigan fines distintos a la mera asignación de recursos.

La primera circunstancia parece bastante lógica. La segunda apunta a la existencia de una realidad compleja que CALABRESI no ha hecho más que insinuar: el conflicto entre eficiencia y equidad, y la necesidad de un tratamiento conjunto de ambos términos. Decir que el Derecho se limita a introducir costes de transacción es decir muy poco. Los puntos de partida de los sujetos en la sociedad no son equivalentes. El Derecho contribuye a fijarlos. Desvelar este hecho significa abrir el análisis a los efectos económicos y no económicos de las normas jurídicas; al universo de las valoraciones, de las posiciones morales... de las injusticias. Diríamos —sin exageración alguna, pues lo confirma una de sus últimas obras, *Tragic Choices*— que CALABRESI, al igual que los autores de la tragedia moderna, ha reducido los dioses a dimensión humana. Unos dioses, unos principios morales, sobre los que arroja una luz escéptica al mostrar su relativismo; pero unos dioses, al fin y al cabo, que constituyen un elemento estructural de la realidad social. Volveremos sobre ello. De momento, baste señalar que el producto más acabado de este esfuerzo intelectual es *El coste de los accidentes*; un libro en el que se procede al examen de los fines perseguidos por el Derecho cuando trata

de regular actividades que son susceptibles de causar daños. Unos fines que se compendian en la idea de reducir los costes de los siniestros y en la justicia, en tensión dialéctica constante, pues la reducción de costes es un componente estructural de la noción de justicia y viceversa.

En el itinerario intelectual, que estamos exponiendo apremiadamente, no puede olvidarse un trabajo, realizado en colaboración con su discípulo Douglas A. MELAMEN, y publicado en 1972 en la *Harvard Law Review*: «Property Rules, Liability Rules and Inalienability: One View of the Cathedral». Aquí se pretende establecer —como su título indica y al igual que en las pinturas de MONET— una visión de varios problemas del Derecho (privado, si se quiere) bajo una luz particular. Con ello surgen nuevos perfiles y desaparecen otros, siendo el resultado un tratamiento unitario de diversos problemas considerados tradicionalmente separados. CALABRESI y MELAMEN nos muestran que el Derecho contribuye a fijar los puntos de partida: a establecer titularidades. Y que en este punto la actividad jurídica puede adquirir la forma de una norma de propiedad (*property rule*), de una norma de responsabilidad (*liability rule*) o de un principio de inalienabilidad (*inalienability*). Cualquier intento de reducir estas categorías a las dogmáticas tradicionales es inútil. La luz bajo la que se observan esas distintas reglas nos muestra actitudes distintas del Derecho ante la realidad y nos permite gozar de una enorme potencia explicativa. Con una regla de propiedad se asignan titularidades (y bienes) a unos sujetos y no a otros. Pero el significado de esta norma es que la titularidad asignada es negociable, que puede renunciarse a ella por medio de un precio fijado libremente por las partes y que el Estado (o el Derecho) se limitará a garantizar que lo acordado se respete. Con una regla de responsabilidad la situación es distinta. También se asignan titularidades a unos sujetos y no a otros, también se permite la negociabilidad de las mismas, pero si esto último se produce, el Estado (o el Derecho) será quien fije el precio de la «transacción»; porque en este caso, y a diferencia del anterior, el Estado no confía en la capacidad de los particulares para reflejar en el precio, no ya los costes (económicos), sino los valores aceptados. Por último, en el caso de establecer una norma de inalienabilidad, la titularidad se otorga sin posibilidad de someterla a negociación. Sorprende pensar que un ejemplo de este último caso es el derecho de propiedad otorgado a nuestro propio cuerpo. Con esta aproximación al problema es posible comenzar a plantear preguntas significativas: ¿cuál es

la combinación de normas dada en un momento determinado, en un ámbito determinado, en una sociedad determinada? ¿cuáles son las razones de tal o cual combinación? ¿cuáles son los efectos de las mismas? ¿por qué en unos casos se recurre a normas de un tipo y en otros a normas distintas?

En el ámbito del contrato —nos dirá CALABREST en «Torts. The Law of the Mixed Society», un trabajo de 1976 publicado por B. SCHWARTZ, en *American Law: The Third Century*, NYU, Fred B. & Co., South Hackensack, New Jersey— la introducción de límites y la configuración de un espacio estatutario en el santuario mismo de la autonomía privada, significa el establecimiento de normas de responsabilidad que ponen de manifiesto la forma compleja que adquiere la relación Derecho y sociedad en la realidad presente. De nuevo todo esto es sólo un indicio.

La presentación debería proseguir señalando las contribuciones del autor en el campo de responsabilidad objetiva (véase, por ejemplo, su trabajo «Toward a Test for Strict Liability in Torts», *Yale Law Journal*, vol. 81, 1972, pp. 1.055-1.085, publicado en colaboración con Jon HIRSCHOFF, donde se examinan los efectos de este principio de responsabilidad sobre quienes pagan los accidentes evitables y los inevitables en los diversos ámbitos de la actividad económica y sugiere un criterio para su determinación) o en el del principio de causalidad (véase, por ejemplo, su trabajo «Concerning Cause and the Law of Torts: An Essay for Harry Kalven, Jr.», *University of Chicago Law Review*, vol. 43, 1975, pp. 69-107, donde la noción de causa se despoja de su pseudocientificidad y, entendida como un criterio de política legislativa para la asignación de incentivos, se somete a un riguroso examen empírico sobre la capacidad fraccionadora, distributiva y preventiva del agente imputable); pero creo que basta con lo dicho para que el lector pueda advertir que nos hallamos ante una de las obras más importantes y sugestivas del pensamiento jurídico moderno.

Creo también que de *El coste de los accidentes*, si las breves líneas anteriores pueden servir de encuadre, poco he de atreverme a decir. Esto es una presentación y no desearía entretener más la atención del lector con sucedáneos. Tan sólo quiero suministrar un ulterior punto de referencia. Antes se ha insinuado que CALABREST es un autor consciente de la tragedia. En *El coste de los accidentes* hay una elaboración metodológica y unos resultados más que satisfactorios. En esta obra se pone de manifiesto que el número, o el coste total, de

los accidentes, que existe en una sociedad dada es el producto de una decisión, más o menos explícita, más o menos consciente, de la propia sociedad. Que en la forma y en el método de establecer esa cifra están implicados consideraciones económicas y valores morales. Esta obra contribuye a elevar el nivel de consciencia en relación con este problema; pero, al mismo tiempo, contribuye a mostrar la existencia de un lado oscuro y trágico. La cuestión del número de accidentes que toleramos es la inversa de la cuestión acerca de la cifra de vidas que pretendemos salvar. Desde este otro lado la temática de este libro se revela también como una poderosa reflexión sobre los bienes escasos, una reflexión trágica cuando esos bienes son los que resultan afectados por la guerra, las agresiones al entorno natural, los límites a la procreación, los límites a la salud, etc. CALABREST ha escrito, junto con Philip BOBBITT, un ensayo, *Tragic Choices*, sobre la forma como la sociedad afronta esas decisiones y los esfuerzos que hace para ocultar el conflicto de valores involucrado y las personas y grupos afectados. Allí se concluye que todo el intento analítico pretende contribuir a incrementar el grado de comprensión del caos y que a medida que nos hacemos conscientes de lo que nosotros, como sociedad, estamos haciendo, cargamos con la responsabilidad de las decisiones que se tomen en el futuro y con la de aquellas que se adoptan pretendidamente en nuestro nombre. Esto vuelve a ser un indicio mucho más preciso.

Que el método no es perfecto nadie lo niega. Que tiene limitaciones lo reconoce el propio CALABREST. La virtud reside de nuevo en ser conscientes de ellas y en no pretender hacerle decir lo que no dice. Esta actitud recuerda la del Leñador de Hojalata en el país de Oz. El Leñador de Hojalata va en busca de un corazón. El Leñador de Hojalata es consciente de que no tiene corazón, puede cortar grandes árboles y las picaduras de las abejas no le hacen ningún daño. Pero como sabe que no tiene corazón anda con mucho cuidado para no ser cruel ni destruir a los insectos.

JOAQUIM BISBAL

Junio, 1984

PRÓLOGO

Muchos de mis colegas leyeron y criticaron varias partes de este libro, otros me escucharon con paciencia haciendo sugerencias valiosas acerca de los problemas que me iban surgiendo. Es imposible mencionar a todos aquellos que me han ayudado. No obstante, deseo señalar mi agradecimiento especial a Alexander M. Bickel, Ward S. Bowman, Ralph S. Brown, Jan G. Deutsch, Ronald M. Dworkin, Leon Lipson, y Harry H. Wellington. Y de un modo particular, dar las gracias por su apoyo y asistencia a Fleming James Jr. y Friedrich Kessler, quienes por medio de sus escritos y enseñanzas me introdujeron por vez primera en los problemas que aquí se tratarán.

También debo agradecer al Walter E. Meyer Research-Institute of Law, Inc. la generosa ayuda que me ha permitido hallar el tiempo necesario para escribir este libro; a Louis H. Pollak, decano de la Yale Law School, cuya comprensión y guía aprecio tanto como su continuado auxilio material; y al profesor Mauro Cappelletti, director del Istituto di Diritto Comparato de la Universidad de Florencia, quien, con el soporte de la Fondazione G. Agnelli, me concedió su hospitalidad y puso a mi disposición los medios técnicos necesarios para la corrección del manuscrito y las galeradas.

La colaboración de Arthur A. Charpeniter, bibliotecario de la Yale Law School, y la de todo el personal de la biblioteca fue extraordinaria; del mismo modo lo fue la de Isabelle Malone, secretaria de la Yale Law School, la del personal administrativo y la de mi secretaria en Florencia, señora Roberta Rawle. La paciencia, dedicación y generosidad de la señora Bernice Parent, mi secretaria en la Yale Law School, merecen un reconocimiento especial.

Muchos estudiantes de la Yale Law School me han ayudado a escribir este libro, unos con su participación en los cursos y seminarios, otros como colaboradores en la investigación. Mi reconocimiento a Mary-Michelle Hirschhoff y Dean Pope, pero sobre todo a Jon T. Hirschhoff cuya constante cooperación durante cuatro años le hacen acreedor de la coauto-

ría de este libro; sin su dedicación e inteligencia no se hubiera podido escribir.

Finalmente doy las gracias a los editores del Journal of Law and Economics, de la Harvard Law Review, del Law Forum of the University of Illinois, Law and Contemporary Problems, y del Yale Law Journal por haberme permitido incluir, con ciertas modificaciones, partes de los artículos que había publicado en dichas revistas.

Florencia, abril 1969

GUIDO CALABRESI

PRIMERA PARTE

INTRODUCCIÓN: LA NECESIDAD DE UN FUNDAMENTO
TEÓRICO PARA LA RESPONSABILIDAD CIVIL

CAPÍTULO I

EL RENACIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

En los últimos años se ha presenciado un retorno al problema de la responsabilidad civil.* La reacción popular al número creciente de accidentes de tráfico y el aumento de las primas de los seguros, así como la pretensión de algunas compañías aseguradoras de cubrir sólo los riesgos normales, han convertido al seguro del automóvil y a ese tipo de accidentes en objetos de una controversia política importante. Al mismo tiempo, la tendencia continua de la jurisprudencia hacia la objetivación de la responsabilidad civil en general y, en particular, las numerosas articulaciones de sistemas amplios de seguridad social han obligado a plantear a los comentaristas problemas tales como los límites de un sistema de responsabilidad sin culpa y la eficiencia de los sistemas de compensación extrajudicial. Simultáneamente, los autores con mayor sensibilidad por los aspectos teóricos han señalado que los análisis que sirven de base a la corriente de la responsabilidad sin culpa son, desgraciadamente, toscos. Algunos de estos teóricos han afirmado incluso que siendo tan débiles dichos fundamentos, es preferible, en comparación, el sistema de la culpa.³ Otros, en cambio, han intentado buscar un apoyo teórico más satisfactorio para aquello que, en un cierto momento, parecía una tendencia inexorable.⁴ El resultado de tales estudios ha sido la imposibilidad de admitir sin más frases como «*distribute the risk*» («*distribuir el riesgo*») y «*let the party who benefits from a cost bear it*» («*que el coste del riesgo lo soporte quien se beneficia de él*») para determinar quién debe pagar el coste de los accidentes. Y así, estos aforismos, propios de la corriente de la responsabilidad sin cul-

* En el original, «*accident law*». Dado que en nuestro ámbito jurídico las cuestiones a las que se refiere se suelen tratar bajo el título de «responsabilidad civil», se adopta en esta versión este último término, sin perjuicio de que en algunos casos se empleen también los términos «*Derecho de accidentes*» o «*Derecho de daños*», para aludir a toda la propuesta de revisión de la forma de tratamiento tradicional del problema. (N. del t.)

pa, han levantado entre los estudiosos casi las mismas sospechas que la «justicia» del sistema de la culpa motivó hace cincuenta años. No es sorprendente, por tanto, que, a la luz de este desarrollo haya quien se pregunte si, a fin de cuentas, el sistema de la culpa no es, realmente, el más justo.⁵

A pesar de la incertidumbre general que rodea al fundamento teórico de la responsabilidad civil, abundan proyectos y sugerencias para reformarla. Y aunque son muy diversas las propuestas y muy distinto el grado de justificación teórica que sus autores ofrecen, todas tienen una cosa en común: la imposibilidad de ser valoradas adecuadamente, dado el nivel actual de conocimiento y análisis de las bases de la responsabilidad civil. Una breve discusión acerca de algunas de las reformas planteadas ilustrará este punto. Consideraré cinco categorías de proyectos: (1) los proyectos de seguridad social y de legislación asistencial (*welfare legislation*); (2) los de seguro personal * del automovilista (*first-party motorist insurance*), entre los que se incluyen el plan de KEETON-O'CONNELL, la propuesta de la *Insurance Company of North America* y el informe de la Comisión especial de la *American Insurance Association*; (3) los reconducibles a la posición del *Defense Research Institute*; (4) el plan de «compromiso» provisional («*stopgap*») de Blum y Kalven; y, por último, (5) la tendencia jurisprudencial hacia la responsabilidad objetiva, debida es-

* En el texto original aparecen con bastante frecuencia las expresiones «*first-party insurance*» y «*third-party insurance*», que sirven para calificar, normalmente, los planes propuestos por KEETON-O'CONNELL y los sugeridos por BLUM y KALVEN, respectivamente. Es claro que se comete una grave restricción al traducir las citadas expresiones por las castellanas «seguro personal» y «seguro de responsabilidad civil» o «seguro frente a terceros»; pero hablar en términos de seguro de primera parte y seguro de tercera parte entraña problemas literarios. Ambas cosas pueden, en cierto modo, subsanarse si las expresiones castellanas se usan con las siguientes precauciones. Seguro personal equivale a *first-party insurance* en los posibles daños que pudiera sufrir. El calificativo personal no alude al hecho de ser un seguro de personas, sino al de ser un seguro que cubre en primera instancia al asegurado. Es cierto que esto sucede en todo seguro, de ahí la condición de asegurado. Pero esta observación, con ser cierta, oscurece la diferencia que aquí se pretende destacar. Seguro de responsabilidad civil equivale a *third-party insurance* si se tiene presente que lo importante no es la cobertura del daño que pueda sufrir el asegurado en su patrimonio como consecuencia de la existencia de una regla de responsabilidad que le impute los daños que haya ocasionado a terceros [en definitiva, el argumento tradicional que sirve para considerar al seguro de responsabilidad civil incluido en la categoría de seguros contra daños], sino precisamente estos últimos daños. Si no fuera así, en el texto original encontraríamos la expresión *liability insurance*.

Al lector puede tranquilizarle otro dato. El autor no emplea las expresiones citadas como descripción de un tipo de contrato de seguro, sino como un sistema o plan de seguro alternativo que se diferencia por la importancia que se asigna a los diversos daños que se tienen en cuenta. [N. del t.]

pecialmente a las transformaciones ocurridas en el campo de la responsabilidad del fabricante.

SEGURIDAD SOCIAL Y LEGISLACIÓN ASISTENCIAL

La reforma más radical en este ámbito sería eliminar de plano la cuestión de la responsabilidad civil. Los defensores de esta idea afirman que el problema es el de compensar a las víctimas del modo más adecuado y económico posible, y creen que el mejor camino para realizarlo consiste en un sistema de seguridad social a cargo de los ingresos fiscales del Estado.⁶ De esta forma se podrían lograr dos objetivos de máxima importancia: la víctima no cargaría con el coste de una indemnización insuficiente y la sociedad no tendría que soportar el coste de la rehabilitación inadecuada de aquélla. Sin embargo, el problema surge cuando se pregunta quién debe pagar los impuestos necesarios para financiar ese proyecto; en qué consiste una justa indemnización; si es preciso que ese plan comprenda sólo a las víctimas de los accidentes de tráfico o abarque a cualquier clase de ellas, incluso a las víctimas de enfermedades graves; o si debe articularse mediante un impuesto negativo sobre la renta (*negative income tax*) * o mediante cualquier otro plan que también garantice un ingreso mínimo preestablecido. La discusión de uno cualquiera de estos problemas pone de manifiesto la necesidad de un análisis teórico más profundo.

Algunos autores sugieren que este proyecto debería financiarse con los impuestos generales del Estado, de esta forma resultaría justo, ya que pagarían más quienes obtienen mayores ingresos, y no sería excesivamente costoso de administrar.⁷ Otros sostienen que, por lo menos en parte, debería cubrirse mediante contribuciones especiales sobre aquellas actividades que «causan» los accidentes; ⁸ esta propuesta se apoya tanto en la «justicia» como en la perfección económica de la solución adoptada.⁹ Aunque el primer método no resulta

* Se trata de un sistema de redistribución de la renta que en general funciona del siguiente modo: aquellos sujetos cuya renta no alcanza el mínimo fiscalmente exento tienen derecho a que el Estado satisfaga esa diferencia hasta conseguir un nivel mínimo homogéneo. Sobre esta técnica distributiva puede consultarse MILTON FRIEDMAN, *Capitalismo y libertad*, ed. Rialp, Madrid, 1966, pp. 242-245 y JAMES THORNTON, Joseph A. FRECHMAN y Peter M. MIESZKOWSKI, «Is a negative Income Tax Practical?», *Yale L. J.*, vol. 71, 1967, pp. 1-27. También pueden verse los documentos que se recogen en *Hacienda Pública Española*, n.º 47, 1977, seleccionados por Antonio Casabuga, y especialmente el artículo de Alan MAYNARD y Alan FRACOCK, «Análisis económico de los impuestos negativos sobre la renta», *id.*, pp. 241-249. [N. del t.]

costoso, no tiene en cuenta los efectos que un sistema de indemnización, basado en la tributación general, produce sobre el número de accidentes, a no ser que se complemente con un cuerpo de legislación preventiva y penal eficaz. Y deja sin respuesta también a las cuestiones de cuándo y en qué medida la legislación penal sería eficaz y deseable para controlar los accidentes.

El segundo método parece referirse al problema de la prevención de los accidentes, estableciendo gravámenes sobre las actividades que los «causan». Sin embargo, es incapaz de responder a una pregunta fundamental: ¿cuáles son esas actividades «causantes» de los accidentes? ¿Se trata, acaso, de la actividad realizada por la víctima o, por el contrario, de aquella ejercida por el agente del daño? Este método tampoco determina claramente el grado de precisión con el que deben definirse las actividades y los sujetos obligados a tributar. ¿Tienen que tratarse a los peatones como un solo grupo o deben establecerse categorías más específicas de acuerdo con la edad, por ejemplo? Y en este último caso, ¿cuál es la ventaja de elegir la edad sobre otros criterios? Para resolver todas estas cuestiones es necesario contar con una teoría general de la responsabilidad civil. Y como esta teoría no existe, es imposible que los proyectos mencionados puedan proporcionar soluciones satisfactorias.

EL SEGURO PERSONAL DEL AUTOMOVILLISTA (EL PROYECTO DE KEETON-O'CONNELL Y OTROS)

La segunda categoría que examinaré se refiere exclusivamente a los accidentes de tráfico. Forman parte de ella toda una serie de proyectos admirables (producidos a ritmo mensual) que tienen en común una idea procedente de una reciente y muy cuidada propuesta de Robert KEETON y Jeffrey O'CONNELL,¹⁰ autores de un proyecto que ha merecido el aplauso de muchos. El tema consiste en eliminar, total o parcialmente, el principio de la responsabilidad por culpa del ámbito de los accidentes de tráfico y poner en su lugar un sistema de seguro personal. Esto significa que el propietario de cada automóvil vendría obligado a contratar un seguro contra los daños que pudieran sufrir él mismo, sus familiares y eventuales terceros, tales como los peatones (salvo que fuesen también automovilistas y, por tanto, ya estarían asegurados), debidos a los accidentes en los que su vehículo se viera envuelto.

Las diferencias que existen entre estos proyectos no son desdenables. Por ejemplo, los hay que consideran que el sistema de la culpa debería permanecer de modo complementario; algunos sugieren que de la indemnización debida a la víctima tendrían que deducirse aquellas cantidades que ésta recibe de otras fuentes por el mismo concepto, como es el caso del seguro médico privado (*Blue Cross*) * o de los seguros que garantizan la conservación del salario (*employee wage security plans*),** otros, en cambio, no aceptan tal reducción; también existen proyectos que eliminarían el resarcimiento de los llamados «daños morales» (*pain and suffering*), mientras que otros proponen mantenerlo parcialmente.¹¹ Estas diferencias plantean problemas teóricos importantes en relación a los objetivos de cada proyecto. Mi intención no es examinar estas cuestiones aquí, sino tan sólo considerar el denominador común de esas propuestas, ya que de este modo podré mostrar claramente la necesidad de reconsiderar las bases de la responsabilidad civil.

Cada proyecto trata de disminuir, o incluso eliminar, la importancia de la culpa como criterio de imputación de daños, reemplazando con un seguro personal al actual sistema que dice permitir que la víctima sea resarcida por el sujeto que le ha producido el daño. Desde un punto de vista crítico, Walter J. BLUM y Harry KALVEN Jr. argumentan que estos proyectos no justifican adecuadamente el hecho de que los peatones o los pasajeros no soporten el coste de los accidentes y, en cambio, se asigne a los conductores.¹² Pero con independencia de lo que uno piense acerca de los motivos de esta atribución de costes, que al fin y al cabo coincide con la opinión de la doctrina dominante,¹³ lo cierto es que no hay razón que explique la preferencia casi unánime por un sistema de

* La *Blue Cross* constituye, no obstante, por su historia y por su funcionamiento, una institución muy peculiar en el contexto del seguro médico —o, para ser más precisos, de hospitalización— privado de los Estados Unidos. Nació a fines de los años veinte, a iniciativa de la *American Hospital Association*, ha contribuido a la cobertura de la asistencia hospitalaria como organización benéfica —lo que significa un tratamiento legal y fiscal privilegiado— en ausencia de un sistema general de seguridad social. Una de las características de la *Blue Cross*, que la diferencian de la mayoría de las compañías privadas que actúan en este campo, ha residido en el pago directo de las prestaciones a las entidades hospitalarias y no a los asegurados, con lo cual se ha constituido en una importante fuente de financiación de esa industria. La *Blue Cross* también ha desarrollado importantes cometidos en la política sanitaria del gobierno. Para un análisis de la *Blue Cross*, puede consultarse Sylvia A. Law, *Blue Cross What Went Wrong?*, Yale University, New Haven, 1978. (N. del T.)

** Los *employee wage security plans* son sistemas de previsión salarial para casos de invalidez permanente o no contratados por los empresarios y en beneficio de los trabajadores.

seguro personal. Se afirma que con ello se reducirían los costes administrativos. Sin embargo, debemos averiguar si esta reducción no se obtendría a un coste demasiado alto o si, inversamente, tal cambio generaría otros beneficios al margen del ahorro mencionado.

Si una persona se asegura en beneficio propio, de su familia y de los ocupantes de su vehículo, el coste de poseer un automóvil dependerá del número de pasajeros que suela llevar y de su vulnerabilidad, así como de las condiciones que tenga el vehículo para protegerlos en caso de accidente. En el sistema vigente, el coste de conducir depende en gran medida de la probabilidad de producir daños a terceros, ya sean peatones, otros conductores o los propios pasajeros. En consecuencia, si se adoptara alguno de aquellos proyectos, sería previsible que el coste mínimo de conducir correspondiera a los jóvenes, ya que suelen viajar solos y en caso de accidente se recuperan con gran facilidad y no es frecuente que sufran invalideces permanentes, mientras que el máximo recaería sobre las personas de mediana edad con numerosa familia. De igual modo el seguro sería más barato para los propietarios de un «Volvo», que es capaz de aplastar todo lo que se le pone delante dejando indemnes a sus ocupantes, o para quienes poseen un «Mercedes», dotado de costosos artilugios para proteger a los viajeros; y resultaría, en cambio, más costoso para los propietarios de un «Dos caballos» que apenas produce rasaduras a los demás, pero se hace trizas al mínimo contacto con un «Volvo».

En efecto, los proyectos del tipo KEETON-O'CONNELL no imputan los costes de los accidentes sobre la generalidad de los conductores, sino sobre una determinada clase de éstos. Quizá tengan razón; pero lo cierto es que no existe motivo suficiente para justificar esa decisión, ni habrá posibilidad de hallarlo en ausencia de una teoría de la responsabilidad civil.

LA POSICIÓN DEL DEFENSE RESEARCH INSTITUTE

Los proyectos anteriores se pueden contrastar con la posición adoptada por el *Defense Research Institute*, una organización dedicada al loable fin de perfeccionar la «habilidad profesional... y los conocimientos de los abogados que se ocupan de cuestiones de responsabilidad civil».¹⁴ En otras palabras, los abogados de las compañías aseguradoras. Este grupo se opone tanto a la idea de indemnizar a las víctimas

con los ingresos fiscales del Estado, como a los proyectos del tipo KEETON-O'CONNELL que imputan el coste de los accidentes de tráfico a los conductores.¹⁵ Es sorprendente que un grupo tan devoto de la libertad de empresa proponga una amplia gama de medidas gubernativas, dirigidas a establecer controles periódicos, o esporádicos, sobre los vehículos, y a determinar quién puede conducir y quién no.¹⁶ Esta sugerencia suele acompañarse con fuertes críticas a la idea de que la víctima debe ser indemnizada por la compañía aseguradora del causante culpable, incluso si aquélla puede serlo por otras fuentes colaterales.¹⁷ Pero como ha revelado un estudio de una compañía de seguros, si estas fuentes adicionales se convierten en medio principal de resarcimiento, «se llega, en definitiva, a un tipo de sistema en el cual el coste de conducir recae sobre los contribuyentes o sobre categorías... no involucradas directamente en esta clase de actividad».¹⁸ En otros términos, el *Defense Research Institute* llega, quizá sin advertirlo, a un resultado que es peligrosamente análogo al que se obtiene mediante el sistema de seguro social acompañado además de un numeroso conjunto normativo de medidas de seguridad. Sólo existe una explicación para una conclusión tan inverosímil del *Defense Research Institute*, y ésta es, de nuevo, la ausencia de un adecuado estudio teórico en este terreno.

EL PLAN DE «COMPROMISO PROVISIONAL» («STOPGAT») DE BLUM Y KALVEN

De todos los autores que se ocupan de estos temas, BLUM y KALVEN han sido los más conscientes de la fragilidad teórica del andamiaje de los proyectos anteriores. En cierto modo, su defensa del sistema de la culpa puede entenderse como reacción a unas reformas que carecen de argumentos teóricos adecuados; excepción hecha de aquellas propuestas radicales de seguro social, de dudoso origen político, o de los cambios más profundos que implica la idea de un impuesto negativo sobre la renta.¹⁹ Sin embargo, ellos también han sugerido un plan que, con mucho acierto, han llamado «de compromiso provisional» («stopgap»).

Este plan contempla la existencia de un sistema de indemnización garantizada, ensayado por algunas compañías de seguros, mediante el cual todas las víctimas de los accidentes de tráfico podrían recibir una cantidad no superior a los cinco mil dólares para cubrir los gastos de asistencia médica. Al

mismo tiempo, quienes tuvieran la posibilidad de resarcirse mediante el sistema de la culpa, recibirían una cantidad complementaria no superior a los siete mil quinientos dólares a título de indemnización por las demás pérdidas reales sufridas y a cambio de la renuncia al ejercicio de todo tipo de acción civil. A un esquema tan pródigo (que dicho sea de paso reafirma la tendencia actual a pagar en exceso por los daños leves y a descuidar, casi por completo, a las víctimas de los más graves; justificándola, como siempre, en términos de ahorro en costes administrativos) BLUM y KALVEN añaden: «Si se quiere proteger a todas las víctimas, incluso a quienes no tengan acceso a los remedios del *common law*, entonces debe establecerse que el coste adicional de ampliar la indemnización garantizada sea financiada por el Estado con sus ingresos fiscales.»²⁰

Varias cosas hay que destacar del proyecto de BLUM y KALVEN. En primer lugar, la forma de imputar el coste de los accidentes a los conductores es la contraria de la propuesta por KEETON y O'CONNELL. Entre establecer un seguro personal o un seguro frente a terceros, BLUM y KALVEN se inclinan por lo segundo; si bien son conscientes de que no existen razones especiales para preferir una u otra solución, y sólo el hecho de que con ello se mantiene el *statu quo* sirve para justificar su elección.

En segundo lugar, subrayan que su plan es aceptable sólo si se desea compensar a todas las víctimas de los accidentes de tráfico, y no sólo a aquellas que podrían ser resarcidas mediante el sistema de la culpa. Nuevamente se pone de manifiesto aquí la ausencia de una teoría que pueda explicar tanto la reforma como, en este caso, el mantenimiento del *statu quo*.

Por último, BLUM y KALVEN sostienen que la indemnización correspondiente a quienes no pueden pretender el resarcimiento mediante el sistema de la culpa, debe limitarse a un máximo de doce mil quinientos dólares en el plan de indemnización garantizada. Además, esta cantidad, dicen, no debe considerarse un coste de la actividad de conducir ni un coste de la actividad que desarrolla la víctima, sino un componente del coste de la vida. El límite de los doce mil quinientos dólares puede explicarse por el deseo, que tienen los autores mencionados, de mantener en lo posible el *statu quo* a falta de una teoría adecuada que justifique su cambio. Pero es difícil entender por qué se exime del coste de esta indemnización complementaria a quienes lo soportan actualmente (las vícti-

mas), o a quienes deberían soportarlo (los conductores), según KEETON y O'CONNELL, para atribuirlo al Estado y, en última instancia, a los contribuyentes. Una vez más, falta una teoría satisfactoria que explique esta externalidad (*externalization*), como dirían los economistas. Y sorprende que la única razón dada sea la de obligar, por este medio, al gobierno a plantear de forma abierta la cuestión de quién debe soportar el coste de los accidentes que recae, hoy por hoy, sobre las víctimas.²¹

Dejando a un lado la validez de este argumento, resulta evidente que BLUM y KALVEN, al tiempo que recomiendan ciertos cambios y rechazan otros por falta de justificación, subrayan también la necesidad de una teoría de la responsabilidad civil. Podría decirse incluso que exigen algo más: una teoría capaz de estimular y estructurar la investigación empírica de la que surgirían hechos que permitiesen apoyar a su juicio los planes de indemnización. Sin embargo, veo difícil, por no decir imposible, alejarse del *statu quo*, si para realizar cualquier cambio social debemos esperar la prueba que proporcionen esos hechos. No obstante, podemos reclamar una estructura teórica que nos indique los hechos o las opiniones políticas que dan soporte a ciertas reformas. Sólo con esta estructura será posible evaluar las premisas fácticas implícitas en los respectivos sistemas y, a falta de hechos incontestables, hacer, por lo menos, buenas suposiciones.²²

LA TENDENCIA JURISPRUDENCIAL HACIA LA RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE *

El último tema que examinaré en estas páginas introductorias no es un proyecto sino la orientación de la jurisprudencia en materia de responsabilidad civil y, concretamente, en el ámbito de la responsabilidad del fabricante. Se ha dicho

* En el original «*products liability*». Con este término se alude, en el Derecho estadounidense, a la responsabilidad de los fabricantes y vendedores —aunque la articulación más llamativa se centre en los primeros— por los daños o lesiones que los adquirentes, usuarios o terceros en general puedan sufrir a causa de los defectos de los productos vendidos. La «*products liability*» no es sinónimo de la responsabilidad directa del fabricante. Esta es sólo una de las técnicas que se utiliza, mayormente, en este campo. No obstante, lo más significativo del caso es, precisamente, una cuestión de imputación de daños, fundada en las argumentaciones jurisprudenciales más variadas, y de un enorme sentido pragmático, a los fabricantes. Y todo ello viene también acompañado de las máximas facilidades procesales para que la víctima pueda obtener el resarcimiento. Sobre este tema puede consultarse Angel ROJO, *La responsabilidad civil del fabricante*, Pub. R. C. de España, Bolonia, 1974, esp. pp. 60-82, para el Derecho estadounidense. (N. del T.)

que esta cuestión se ha convertido, o se está convirtiendo, en un sector de responsabilidad objetiva; esto es, que el resarcimiento de los consumidores por defectos en los productos opera con independencia de la culpa del fabricante y del vendedor. Sin embargo, con esta afirmación, que no deja de ser cierta, se encubren demasiadas cosas. Imaginemos un consumidor que es alérgico a las fresas: ¿deberá ser resarcido si la alergia puede, eventualmente, causarle la muerte? Y si no es así: ¿qué diferencia hay entre este caso y aquel en donde, sin culpa del fabricante, se pone a la venta un producto farmacéutico que produce horribles efectos en algunos consumidores? Podrían hacerse, por supuesto, distinciones terminológicas; pero el significado de éstas dependería exclusivamente de la razón que se diera de la existencia de la responsabilidad del fabricante. En otros términos, dependería de la existencia de una teoría de la responsabilidad civil. No debe sorprender ni preocupar que la jurisprudencia no haya elaborado tal teoría; tampoco era su obligación hacerlo.²³ Los cambios jurisprudenciales reflejan la actitud del mundo académico. Y es este mundo quien debe suministrar la teoría en la que se apoyen tanto las limitadas reformas realizadas por la jurisprudencia, como las más amplias contenidas en los proyectos examinados.²⁴

HACIA UNA TEORÍA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Creo que con lo anterior basta para comprender que ha llegado la hora de revisar a fondo cuál es la función que debe corresponder a un sistema de responsabilidad civil, y de analizar en qué medida la desarrollarían los diversos métodos de tratamiento del problema de los accidentes. Un trabajo de este tipo requeriría un esfuerzo monumental. Sin embargo, es posible que, con un estudio de magnitud menor, se pueda mostrar, más allá de los tópicos, cuáles son los fines hacia los que se dirigen fórmulas como «distribución del riesgo» (*risk distribution*), «asignación de recursos» (*resource allocation*) y, en este contexto, «justicia». Además, un estudio de estas características puede señalar en qué medida los fines mencionados son consistentes entre sí y cómo se logran mediante el sistema de la culpa.

El resultado de este análisis no puede ser un proyecto de reforma que comprenda a todo el ámbito de los accidentes. Esto requeriría una evaluación de cada fin en relación a cada

clase de accidentes, ya que los objetivos pueden variar según las áreas en las que los accidentes ocurren. Pero incluso si suponemos que los fines han de tener la misma importancia en todas las áreas, su diversa estructura exigirá sistemas distintos en cada una. Un sistema que puede ser bueno para los accidentes de trabajo, no tiene por qué serlo para los accidentes de tráfico, bien sea porque pensemos que los fines han de ser distintos, bien porque la estructura de las actividades involucradas precise de medios distintos para lograr los mismos fines. Sólo mediante una cuidadosa investigación empírica se podrá determinar el sistema más idóneo para cada sector.²⁵

El objeto de este estudio es más limitado. Consiste sólo en determinar los fines que cada sistema puede cumplir mejor; los sistemas que se adaptan con mayor precisión a una combinación de fines determinada; y los sistemas que son más convenientes en aquellas áreas en donde predomina un solo fin.

Comenzaré haciendo algunas aclaraciones acerca de los equívocos más corrientes en los proyectos anteriores. Luego señalaré las dos funciones principales que en mi opinión debe cumplir la responsabilidad civil, así como los tres fines que debe conseguir una de estas funciones; también describiré los métodos principales, o aproximaciones, con que se cuenta para lograr estos fines. En tercer lugar examinaré el fundamento teórico de estos métodos y en qué forma la teoría puede limitar y condicionar a los mismos. En cuarto lugar, trataré ciertos problemas particulares que presenta el análisis de los dos métodos que menor atención han tenido en el pasado, sin perjuicio de que los mismos problemas existan en otros métodos, y sólo con la idea de que en estos últimos tienen caracteres menos relevantes. Al final, me referiré a la otra función principal de la responsabilidad civil, considerará su significado y, a la luz de todo ello, revisaré el sistema de la culpa y otros posibles.

A lo largo de toda esta obra trataré de mantener la terminología siguiente: denominaré «*función*» (*goal*) a cada uno de los cometidos generales de la responsabilidad civil (la justicia y la reducción del coste); con el término «*fin*» (*subgoal*) me referiré a cada uno de los diversos objetivos comprendidos en las anteriores funciones (p. ej., la reducción de los costes administrativos); las expresiones «*método*» o «*aproximación*» (*method* o *approach*) designarán a los instrumentos teóricos que sirven para lograr las funciones y los fines mencionados (p. ej., el fraccionamiento de costes, la prevención general); y

por «sistemas» (*system*) entenderé las diversas formas reales de imputar los costes de los accidentes (p. ej., sistema de responsabilidad por culpa, sistema de seguridad social, sistema de responsabilidad de la empresa).

CAPÍTULO 2

EQUIVOCOS USUALES

Algunos mitos harán difícil nuestro análisis si no los desvelamos previamente. El primero de ellos es la convicción de que la sociedad está dispuesta a evitar los accidentes a cualquier precio; el segundo es la existencia de una ley económica inexorable que nos dice cuál es el modo «justo» de asignar las pérdidas que ocasionan los accidentes; el tercero es creer que, cuando los jueces y los críticos hablan de distribuir el riesgo de los accidentes, tienen en mente algún fin, o función, específico; por último, el cuarto mito consiste en tratar como axiomática la idea de que los costes de los accidentes deben soportarlos sólo la víctima o la parte que, en cierto sentido, podríamos decir que ha producido el daño.

SOBRE EL EVITAR LOS ACCIDENTES A CUALQUIER PRECIO

Nuestra sociedad no desea preservar la vida humana a cualquier precio.¹ En su sentido más amplio, la idea desagradable de que estamos dispuestos a destruir la vida nos ha de resultar evidente. Existe la guerra: La Universidad de Mississippi está obligada a seguir una política de integración racial, aun a riesgo de que se pierdan vidas humanas. Pero lo más significativo para el estudio de la responsabilidad civil, y quizá tan obvio como lo anterior, es que las vidas no sólo se sacrifican cuando el *quid pro quo* es algún gran principio moral, sino también cuando están en juego cuestiones de mera conveniencia. Se desarrollan actividades, que, por lo menos estadísticamente, tienen un coste en vidas humanas cierto. Se construye el túnel del Mont Blanc porque es esencial para el Mercado Común y, además, porque hace más corto el viaje de Roma a París, aunque sabemos de antemano que un hombre morirá por cada kilómetro de túnel construido. Utilizamos aviones y automóviles en vez de usar otros medios de transporte, más

lentos pero más seguros. Quizá sea lo más ilustrativo el hecho de que en vez de emplear las herramientas más seguras imaginables, usamos aquellas que lo son menos, porque —y ésta no es una razón desdeñable— las primeras resultarían demasiado caras. Por ello, aunque algunas veces las actividades que causan los accidentes también contribuyen a disminuir el número de ellos —p. ej., probablemente el túnel del Mont Blanc ahorra más vidas humanas, al disminuir el riesgo de accidentes de tráfico, que las desaparecidas en su construcción—, es evidente que este argumento no sirve para explicar totalmente la presencia de la mayoría de aquellas actividades. El empleo de los pasos a nivel en los ferrocarriles, por ejemplo, responde al hecho de que son más baratos y no al criterio de evitar accidentes mortales.

SOBRE LA EXISTENCIA DE LEYES ECONÓMICAS QUE PROPORCIONAN RESPUESTAS ABSOLUTAS

Si nuestro propósito no es el proteger la vida humana a cualquier precio, la cuestión se vuelve más compleja: ¿hasta qué punto estaríamos dispuestos a llegar para salvaguardar la vida y para reducir el coste de los accidentes? Aquí podemos quedar prendados de la existencia de un segundo mito, según el cual la teoría económica sería capaz de proporcionar una respuesta precisa a la pregunta anterior. Pero del mismo modo que no hay una teoría económica que decida por nosotros si queremos salvar la vida de un minero atrapado en una galería, tampoco la hay que nos diga hasta dónde estamos dispuestos a llegar para salvar las vidas humanas y a reducir los costes de los siniestros. La teoría económica puede sugerir un método de adoptar decisiones: el mercado, por ejemplo. No obstante, las alternativas en las que se enfrentan vidas humanas y razones monetarias o de conveniencia nunca pueden reducirse a términos pecuniarios, y por ello nunca usamos el mercado como método único. La decisión de construir el túnel del Mont Blanc no se fundó exclusivamente en el hecho de que el beneficio producido por los peajes llegaría a cubrir el coste de su construcción, incluido el necesario para indemnizar las invalideces y las muertes ocurridas. Sería lo mismo que permitir o no la prostitución en base al criterio de la solvencia del negocio. Estos criterios, que serían la aplicación estricta del principio de la libertad de empresa, nunca han sido aceptables. Incluso los economistas clásicos más ortodo-

xos los rechazaron, acudiendo para ello a las nociones de «costes y beneficios sociales externos», conceptos ambos que no son absolutos, y cuya extensión depende de la que cada sociedad les otorgue.²

Tanto si se expresa en términos de una teoría de costes o beneficios sociales ocultos, como si no, el problema sigue siendo el de la frecuencia con que una decisión a favor o en contra de una actividad determinada debe realizarse fuera del mercado. Este es el caso cuando se conceden subvenciones a actividades que sin ellas no podrían subsistir en el mercado o cuando se prohíben aquellas que son plenamente rentables. La frecuencia con que se ignora el mercado nos dice algo de la sociedad en cuestión; nos dice si estamos ante una sociedad donde rige el *laissez faire*, el principio asistencial o ante una sociedad de tipo mixto. Sin embargo es evidente que, con mayor o menor abundancia, en toda sociedad se toman decisiones al margen del mercado.

A veces, en el ámbito de la responsabilidad civil la decisión de sacrificar vidas humanas por razones pecuniarias o de oportunidad se adopta, política o colectivamente, sin contrastar el valor económico de las vidas sacrificadas con el valor monetario de esas razones. Otras veces tales decisiones se adoptan en el mercado sobre la base de los respectivos valores en cuestión. La preferencia por una u otra de estas formas no responde a razones de principios. Las grandes cuestiones morales se prestan a determinación política y deben decidirse en función del criterio que en este sentido haya elegido la sociedad. Pero no es fácil responder colectivamente a si es mejor un cortacésped rotatorio o uno de bobina, o a cuál es el mejor método de producción de acero, aunque sólo sea por el exclusivo motivo de que tales decisiones se han de adoptar con demasiada frecuencia. La elección de un producto o de su empleo comporta, tácita o explícitamente, una decisión acerca de su respectiva seguridad y coste. Es cierto que los casos dramáticos pueden resolverse políticamente. Se puede prohibir la venta libre de las armas de fuego con independencia de lo dispuestos que estén sus fabricantes a pagar todos los daños que ocasione su uso. Pero es imposible decidir todos los aspectos involucrados en cada actividad a través de un proceso político. En la mayoría de los casos el mercado sirve de zona de pruebas preliminar. El fabricante es, normalmente, libre de utilizar una técnica que pueda ocasionar muertes o lesiones, con tal de que sea capaz de demostrar que los consumidores desean lo suficiente su producto para permitirle in-

demnizar a las eventuales víctimas. A excepción de algunas áreas, donde es necesaria la decisión colectiva, los economistas sostienen que el mercado es el mejor método para decidir las actividades que merece la pena desarrollar. Pero el carácter redundante de esta afirmación demuestra claramente que somos nosotros, y no la economía, los responsables últimos de la decisión.

Dicho de otro modo, aunque el mercado sirva de ayuda, es imposible que resuelva por completo el problema de hasta dónde alcanza nuestro propósito de evitar los accidentes. Cuando al margen del mercado se prohíbe una actividad rentable, que ocasiona accidentes, o se subvenciona a otra que no lo es, no se viola ninguna ley absoluta. Por el contrario, se hace el mismo tipo de elección entre accidentes y actividades causantes de los mismos que realiza el mercado; la diferencia reside en que la forma de escoger es, según razones perfectamente válidas, distinta. Preferimos un método o un enfoque colectivo (p. ej., porque ello nos permite considerar los costes no monetarios que el mercado no podría tener en cuenta, o porque en determinadas circunstancias, ello es más barato), a un método de mercado aunque seamos conscientes de que el mercado puede reconocer los gustos y las preferencias individuales que la decisión colectiva tendería a ignorar.³

SOBRE EL CARÁCTER INEQUÍVOCO DEL CONCEPTO «DISTRIBUCIÓN DEL RIESGO»

El tercer mito afecta al significado de la noción «distribución del riesgo». Se ha dicho a veces que distribuir el riesgo de los siniestros implica gravar a los conductores con el coste de los accidentes de tráfico en lugar de imponerlo a los peatones, cargar a los empresarios con el coste de los accidentes de trabajo en lugar de imponerlo a los trabajadores, etcétera. Sin embargo, los defensores de estos sistemas de imputación de pérdidas dejan sin explicar o justificar, a menudo, las razones de todo ello, dando por supuesto que la noción «distribución del riesgo» tiene un carácter inequívoco. En realidad esta expresión puede utilizarse para designar tres ideas bastante distintas. El primer significado de esa noción es la realización del mayor fraccionamiento posible de las pérdidas, tanto entre las personas como en el tiempo. El segundo es la imputación de las pérdidas a aquellas categorías de sujetos o de actividades que pueden pagar con mayor facilidad,

probablemente los más «ricos», con independencia del fraccionamiento que esto produce. El tercero es la atribución de las pérdidas a aquellas actividades que de un modo algo impreciso se puede afirmar que las engendran.

Desgraciadamente estos significados, aun cuando representan métodos válidos para lograr objetivos que también lo son, no suelen ser coherentes entre sí. Además se apoyan en postulados éticos y económicos distintos; postulados que probablemente no son aceptados del mismo modo por todo el mundo y que ciertamente no todos comparten. Los significados primero y segundo de la expresión «distribución del riesgo» representan dos formas distintas de alcanzar un mismo fin, el cual puede llamarse de modo impreciso «indemnización». (Aunque use algunas veces este término, en las páginas que siguen me referiré normalmente a este fin con la expresión «remoción del coste secundario de los accidentes».) Al primer significado de la «distribución del riesgo» lo denominaré «fraccionamiento del riesgo»; al segundo, método de la «buena bolsa» («deep pocket»). El tercer significado de la expresión tiene poco en común con los dos anteriores, salvo el hecho de haber sido confundido frecuentemente con ellos. Representa una manera de lograr un fin de la responsabilidad civil distinto: la reducción de los costes inmediatos de los accidentes. En mi terminología esto representa una particular aproximación a «la remoción del coste primario de los accidentes». Lo denominaré prevención general o de mercado.⁴

SOBRE LA EXISTENCIA DE UN VÍNCULO FINANCIERO NECESARIO ENTRE LOS OFENSORES Y LAS VÍCTIMAS

El cuarto mito es el de la existencia de un vínculo financiero necesario entre ofensores y víctimas o, en términos más generales, la creencia en que a la hora de determinar quién debe soportar los costes de los accidentes estamos obligados a escoger, exclusivamente, entre estos dos grupos. Tal inexorable vínculo no existe, del mismo modo que tampoco es una exigencia ineludible el que las víctimas tengan que correr con el coste de sus accidentes.⁵ La cuestión de quién debe soportar los costes de un particular accidente o de los accidentes en general es una cuestión que hay que resolver en función de los fines que, según nuestra opinión, debería lograr la responsabilidad civil. Por consiguiente, son cuestiones políticas las referentes a si el coste de los accidentes debe: (1) soportarlo

cada víctima en particular; (2) pagarlo el ofensor de cada víctima en la medida exacta del daño producido; (3) atribuirse a aquellas categorías de sujetos que tienen mayor probabilidad de convertirse en víctimas; (4) asignarse a las categorías de sujetos que tienen mayor probabilidad de convertirse en ofensores; (5) pagarlo quienes, en cierto sentido, violan nuestros códigos morales (quienes, en cierto sentido, son culpables) según el grado de la transgresión y con independencia de su participación en los accidentes; (6) pagarlo quienes en términos estadísticos tienen mayor probabilidad de violar nuestros códigos morales; (7) imputarse a las arcas del Estado o sectores industriales en particular, conforme a criterios (tales como el de la riqueza) que pueden ser totalmente ajenos a la intervención en los accidentes; o (8) satisfacerse mediante una combinación de estos métodos.

A la vista de esta enumeración parcial de posibilidades, debería quedar claro que tampoco existe una relación necesaria entre el criterio de asignación de las indemnizaciones y el de la atribución de los costes de la indemnización. Todas estas alternativas son posibilidades reales que dependen de la política que se persiga y de los fines que se quieran alcanzar con la responsabilidad civil. Esto no significa, por supuesto, que los *Tribunales* gocen de libertad de escoger entre las mencionadas alternativas. Este es un tema distinto que no tiene lugar en este libro. Aquí lo único que quiero subrayar es que, teniendo en cuenta las bases de la responsabilidad civil, no existen límites virtuales para la asignación y división de los costes de los accidentes. Aquello que escojamos, consciente o inconscientemente, reflejará los fines económicos y morales de nuestra sociedad. En consecuencia, uno de los objetivos de este libro será el de sugerir las funciones y los fines implícitos en los distintos sistemas posibles de responsabilidad civil y la importancia efectiva que cada una de las formas posibles de asignación de costes debe dar a estos distintos fines y funciones. Ya que no deseamos que la completa realización de uno cualquiera de estos objetivos se produzca a costa de los demás, la otra intención de este estudio será la de mostrar cómo funciones y métodos entran a veces en conflicto, impidiendo con ello la consumación de algún fin en particular. No obstante, también intentaré demostrar que si se prescinde de aspiraciones perfeccionistas, es posible alcanzar un aceptable grado de acomodación entre objetivos y métodos.

Una advertencia final se hace necesaria. Cuando nos referimos a los accidentes, estamos tratando un problema de cos-

tes, ya que ambas cosas están vinculadas. Es claro que también nos referimos a emociones y a actitudes morales, pero siempre lo hacemos en relación a sus costes. Si no fuera así, estaríamos dispuestos a evitar los accidentes a «cualquier precio». De ello se sigue que al examinar cada uno de los tratamientos de los accidentes ha de tenerse en cuenta el coste de establecer y poner en funcionamiento el propio tratamiento al igual que los beneficios que se derivan de él. Por otro lado, estos costes y beneficios deben compararse con los correspondientes a sistemas de tratamiento alternativos. En resumen, siempre hay que averiguar si el espectáculo valió la entrada, no sólo por lo que ésta costó, sino también en relación a los demás espectáculos a los que se dejó de asistir.

CAPÍTULO 3

FUNCIONES Y FINES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

¿Cuáles son, entonces, las funciones principales de cualquier sistema de responsabilidad civil? En primer lugar, debe ser justo y, en segundo, debe reducir los costes de los accidentes.

LA JUSTICIA

Aunque se hable a menudo de la justicia, esta función es, con mucho, la más difícil de analizar.¹ Suele decirse que un sistema particular de responsabilidad civil, ya sea el de la culpa, el de seguridad social o el de responsabilidad empresarial, se apoya en su respectivo sentido de la justicia o de la equidad. Sin embargo, estas afirmaciones muy pocas veces se acompañan con una clara definición de lo que dicho apoyo significa, y todavía menos con una investigación empírica acerca de lo que ha de tenerse por equitativo.

En realidad, hay motivos para dudar de que esta investigación empírica nos aclare muchas cosas. Alguien ha dicho que es más fácil describir situaciones de *injusticia*, que ejemplos de justicia.² Podemos estar seguros de que un determinado proceso, o resultado, es injusto; pero es más difícil convencerse de la justicia de un convenio particular. Estamos dispuestos fácilmente a señalar las injusticias de un sistema existente, tal como el de la culpa o el sistema de indemnización laboral; pero es muy difícil definir las condiciones de equidad que un sistema debería reunir. Por eso, decimos, normalmente, generalidades, con la esperanza de tocar alguna fibra sensible. Sin embargo, el sentimentalismo no es de mucha ayuda para averiguar cuál sería nuestra conducta si el sistema cambiase. A la inversa, argumentar que un determinado sistema, no experimentado todavía, reparará las injusticias presentes, no entraña mucha dificultad; lo complicado es prever las injusticias que el nuevo sistema puede engendrar.

Sin embargo, mucho más importante es la falta de verosimilitud de que adolece el afirmar que sistemas particulares, como aquellos en donde la justicia es una función concurrente en cierto modo con la reducción del coste de los accidentes, son justos. En estos casos parece como si se insinuara que sería digno de consideración un sistema «discretamente injusto», que disminuyera efectivamente el coste de los accidentes. Esto es, un sistema al que la justicia diese soporte de igual modo a como la eficiencia económica puede preferir un sistema y prescindir de todos los demás. Pero los términos «justo» e «injusto» no me parecen oportunos en las expresiones anteriores. Probablemente su utilización sería acertada en contextos distintos, como al decir que rechazamos un sistema específico, o partes concretas del mismo, por ser injusto, o que un sistema en su conjunto no vulnera nuestro sentido de la justicia. Esto hace concebir la idea de que la justicia es una función de naturaleza totalmente distinta de la reducción del coste de los accidentes. En realidad sugiere que la justicia no es una función, sino un imperativo capaz de vetar sistemas o el uso de determinados instrumentos, o estructuras, en un sistema dado (p. ej., el uso de tribunales no jurisdiccionales en el sistema de la culpa), aunque las mismas estructuras podrían no resultar injustas en cualquier otro sistema (p. ej., si se recurriera a tribunales no jurisdiccionales para resolver las cuestiones relativas a la indemnización laboral).

Estas consideraciones pueden hacer pensar que el concepto de justicia es a la vez negativo y escurridizo. Pero ello no nos excusaría si al tratar de la responsabilidad civil lo ignoráramos. La forma como reaccionamos ante los accidentes no depende exclusivamente del modo como afecta a nuestro bolsillo. Si así fuera, dudo mucho de que aceptáramos los accidentes que se producen en los cruces de las vías férreas por el mero hecho del excesivo gasto que comportaría la eliminación de los pasos a nivel y que, en cambio, no vaciláramos en gastar todo lo necesario para salvar la vida a un hombre determinado, atrapado en una mina de carbón.³ Un sistema de reducir los costes de los accidentes económicamente óptimo —tanto si en él las decisiones se toman colectivamente, a través del mercado o mediante una combinación de ambos métodos—, que sea percibido como injusto, será considerado total o parcialmente inaceptable sin que la mejor de las defensas de su eficiencia pueda hacer nada por evitarlo. A la justicia, al fin y al cabo, debemos pagarle un tributo.

Pero si el carácter inaprensible de la justicia no permite

ignorar el concepto, por lo menos puede consentir un aplazamiento de su examen. La circunstancia de que lo injusto es más fácil de definir que lo justo, así como el hecho de que lo injusto en un sistema puede ser justo en otro, permite suponer que es mejor tratar en primer lugar los requisitos para la reducción del coste de los accidentes, dejando para más tarde la tarea de comparar los diversos sistemas propuestos y los nuevos métodos que se señalarán con los sistemas usados en la actualidad. En otros términos, lo que sugiero es aplazar la discusión del cómo se adecuarían a nuestro sentido de la justicia las propuestas que haré en este libro, y en qué medida serían capaces de engendrar más situaciones de injusticia que los sistemas vigentes. Esta perspectiva no nos conducirá, por supuesto, al sistema más justo posible, pero puede servir para indicarnos si merece la pena cambiar el sistema actual.

LA REDUCCIÓN DE LOS COSTES DE LOS ACCIDENTES

Sin perjuicio de la necesidad de justicia, consideraré axiomático que la función principal de la responsabilidad civil es la de reducir la suma de los costes de los accidentes y de los costes de evitarlos. (Aquellas ventajas consistentes en proporcionar una forma respetable de ganarse la vida a los abogados, jueces y agentes de seguros deben considerarse, en el mejor de los casos, beneficios incidentales.) Este cometido de reducir los costes o las pérdidas comprende tres fines.

El primero es la reducción del número y de la gravedad de los accidentes. Se trata de una reducción «primaria» de los costes de los accidentes que puede lograrse mediante dos formas básicas: prohibiendo actos específicos o actividades que en nuestra opinión son la causa de los accidentes, o encareciendo el ejercicio de esas actividades y, en consecuencia, haciéndolas tanto menos atractivas cuanto mayores sean los costes de los accidentes que provocan. Los dos métodos señalados no se pueden distinguir entre sí con precisión. Si los consideramos en detalle aparecen numerosos problemas de definición. Pero es útil mantenerlos separados, porque de ellos surgen dos técnicas realmente distintas de abordar la reducción primaria de los costes de los accidentes: la «prevención general»⁴ o método de mercado, y la «prevención específica»⁴ o método colectivo.⁴

② El segundo fin es una reducción de costes que no afecta ni

al número de los accidentes ni a su gravedad, sino a los costes sociales derivados de los mismos. Intentaré demostrar que la idea según la cual uno de los fines principales de la responsabilidad civil es la indemnización de las víctimas, es una manera confusa de enunciar esta finalidad «secundaria» de reducción de costes, aunque a veces resulte útil. El hecho de calificar de secundaria a esta noción indemnizatoria no significa que quiera restarle importancia. Es evidente que la fórmula que establezcamos para el tratamiento de las víctimas una vez producido el siniestro, tiene una importancia crucial, y que la reducción real de los costes sociales de los accidentes puede realizarse aquí tan eficazmente como mediante aquellas medidas que persiguen evitar los accidentes ante todo.⁵ El carácter secundario de este fin ha de interpretarse en el sentido excesivo de que actúa sólo cuando las anteriores medidas primarias han fracasado.

La reducción del coste secundario de los accidentes puede alcanzarse mediante los dos métodos señalados en el capítulo 2, y comportan en ambos casos una distinta atribución de las pérdidas derivadas del siniestro: el método de fraccionar el riesgo (o la pérdida), y el método de la «buena bolsa» («deep pocket»)⁶

El tercer fin comprendido en la reducción del coste de los accidentes es, a pesar de su naturaleza algo quijotesca, de gran importancia. Se refiere a la reducción de los costes de administrar el tratamiento de los accidentes. Puede calificarse de «terciario», porque su objetivo es el de reducir los costes, de lograr la reducción del coste primario y secundario. Pero en realidad este fin «eficientista» actúa en primer plano, ya que obliga a plantearnos constantemente la cuestión de si una determinada tentativa de reducir los costes de los accidentes, tanto si se trata de conseguirlo mediante una reducción de los accidentes, como mediante una disminución de los efectos secundarios de los mismos, cuesta más que los beneficios que produce. Dicho de otro modo, la cuestión aquí planteada ha de servir como medio de calibrar la función reductora de los costes de la responsabilidad civil.

Estos son, por tanto, los tres fines principales en los que puede dividirse la función de reducir el coste de los accidentes: reducción del coste primario de los accidentes, que comprende la prevención general o método de mercado, y la prevención específica o método colectivo; reducción del coste secundario de los accidentes, que abarca al fraccionamiento del riesgo y el método de la «buena bolsa»; y la reducción del

coste terciario, o coste de la eficiencia. En el presente estudio serán examinados cada uno de estos fines, así como las relaciones que existen entre ellos. Se tratará de modo separado la reducción del coste primario de los accidentes y la del coste secundario. Como la reducción del coste terciario de los accidentes significa averiguar si los métodos particulares propuestos para lograr los otros dos fines producen más beneficios que los costes administrativos necesarios para solventarlos, su examen se hará en conjunción con los dos fines mencionados.

Debe advertirse de entrada que estos tres fines no son enteramente consistentes entre sí. Por ejemplo, un sistema perfecto de reducir el coste secundario de los accidentes es, como veremos, inconsistente con la reducción del coste primario. Es imposible pretender la reducción de una categoría de costes sin renunciar al logro de una disminución en otra, del mismo modo que no es posible llevar la reducción de todos los costes de los accidentes a un punto inferior a un mínimo determinado, sin que al mismo tiempo los costes de alcanzar tal reducción no sobrepasen los beneficios que con ello se obtendrían. Nuestro objetivo ha de ser, por tanto, descubrir la mejor combinación de costes primarios, secundarios y terciarios posible, sin olvidar aquello a lo que debemos renunciar para alcanzar la reducción que de esta forma se produciría.

En este sentido puede parecer inadecuado dividir la reducción del coste de los accidentes en tres fines. Quizá fuera mejor agrupar todos los costes de los accidentes, y concentrar nuestra atención en el descubrimiento de aquel punto en que una reducción ulterior no compensaría el coste de realizarla, especialmente si tenemos en cuenta que la clasificación sugerida es puramente arbitraria. Las fronteras entre los costes primarios de los accidentes y los secundarios ni son fijas, ni son siempre nítidas. La falta de cuidados médicos y el no aliviar los daños consiguientes, ¿es un coste primario o secundario? ¿Dónde habría que incluir el desempleo y el trastorno producido como consecuencia de limitar la fabricación de motocicletas? ¿Se trataría de un coste primario (en la medida en que renunciaríamos al placer, o limitaríamos la obtención de beneficios, con el propósito de evitar los accidentes), o sería más bien un coste secundario (ya que el trastorno económico y social es un coste resultante de los costes primarios de los accidentes o del evitarlos)? Y lo mismo es cierto con respecto al coste terciario. Cuando afirmamos que los costes administrativos de articular un sistema determinado de reducir los

costes de los accidentes es excesivamente elevado en relación a los efectos positivos que produciría (una afirmación típica en el contexto del coste terciario), no estamos muy lejos de concluir que una ulterior disminución de los límites de velocidad comportaría un coste superior al de los accidentes que se evitarían (una afirmación típica en el contexto del coste primario).

A pesar de todo lo anterior, dividir los costes de los accidentes en tres categorías aproximadas (y desglorar la función de reducir el coste de los accidentes en tres fines) no es inútil desde un punto de vista analítico. Aunque sea difícil definir cada categoría, especialmente cuando nos hallamos en áreas fronterizas, los métodos de que disponemos para lograr la reducción de costes, y que mejor se adaptan a cada una, tienen rasgos bien distintos. En consecuencia, la división propuesta es extremadamente práctica, aunque sólo sea por el hecho de permitir una discusión racional acerca de los métodos. Y esto es de suma importancia, porque los diversos autores atribuyen a los costes y al virtual efecto reductor de los mismos en cada categoría, magnitudes e importancia muy distintas. Hay algunos que destacan la necesidad de disminuir la carga que supone el no fraccionar, y por consiguiente no diseminar, los costes de los accidentes; otros centran su atención en los excesivos costes administrativos que comportan los sistemas existentes; hay algunos que argumentan incluso que la mejor forma de reducir los costes de los accidentes sería la de inducir a la gente a que actuaran con prudencia y usaran equipos seguros, con el fin de reducir el número de los accidentes y sus costes inmediatos.⁷ Pero como no existen datos empíricos a nuestro alcance con los que poder señalar quién está en lo cierto, y no ignoramos tampoco que los costes que pueden ser relevantes en una clase de siniestro no tienen por qué serlo en otra, existe una cierta ventaja al considerar de forma separada aquellos métodos que producen la mejor reducción de los costes de cada tipo y los métodos que se limitan a producir una buena reducción de costes en las tres áreas en su conjunto. Con este tipo de análisis se hace posible el tomar decisiones que afectan a clases de siniestros específicos, fundadas en los datos empíricos asequibles, y en los juicios políticos que se refieran a cada una de estas áreas en particular.

Además, una división de la función reductora de costes en tres fines aproximados resulta útil porque los costes comprendidos en cada categoría no son en modo alguno de naturaleza fungible. En situaciones determinadas, la reducción de los cos-

tes primarios de los accidentes puede tener más importancia que la que se podría deducir de la significación monetaria de estos costes. En consecuencia, sistemas de evitar el coste primario de los accidentes podrán ser dignos de aprecio, a pesar de que sean ineficientes desde el punto de vista monetario. Es posible, en este punto, tratar de atribuir al deseo de evitar los accidentes un valor en términos de coste. Pero esto significaría ampliar la noción hasta un punto en que resultaría inservible. En realidad estaríamos abusando del término del mismo modo que si tratáramos de subsumir la función de la justicia en el ámbito del ahorro de costes dando valores monetarios a los sentimientos de justicia e injusticia. Aunque desde el punto de vista literal nada nos impediría proceder así, no supondría ninguna ayuda a nuestro análisis de los factores no monetarios involucrados, convirtiendo el término «coste» en una expresión tan vaga que tampoco sería útil para referirnos a los elementos estrictamente monetarios del problema. El análisis separado de las diversas categorías de costes de los accidentes nos permite examinar cuál es la mejor manera de enfrentarnos a los mismos, y nos sirve, al mismo tiempo, para ver y considerar de forma aislada aquellos factores que carecen de un coste determinado, cuando ensayamos una combinación de las distintas categorías y tratamos de deducir la suma total. Sin embargo, no debemos olvidar que las divisiones establecidas están hechas con un propósito meramente analítico y que la función principal es producir la máxima reducción de la suma del coste de los accidentes y del coste de evitarlos, mediante un medio que sea justo.⁸

COMETIDOS IMPROPIOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Es claro que las funciones de la responsabilidad civil podrían considerarse de modo más amplio y plantear qué puede hacer el Derecho de accidentes para aliviar los males de nuestra sociedad que no son consecuencia de los accidentes. Si procediéramos así, la lista de posibilidades sería infinita y el análisis de la responsabilidad civil resultaría virtualmente imposible. Sin embargo, no podemos ignorar que el Derecho de accidentes, al igual que las restantes ramas del Derecho, puede emplearse para el logro de los objetivos más diversos.⁹ Es por ello que en el pasado los sistemas de responsabilidad civil parecen haber encontrado apoyo en el hecho de subsidiar implícitamente el desarrollo industrial durante una época en la

que dichas ayudas eran probablemente deseables.¹⁰ En otras ocasiones se ha utilizado el Derecho de accidentes como un instrumento para mitigar las desigualdades derivadas de la distribución de la renta o para combatir los problemas de la depresión económica y el desempleo. Algún autor ha sugerido incluso que algunos sistemas de responsabilidad civil podrían actuar como un impuesto sobre los monopolios, y ayudar, de esta forma, a lograr nuestros objetivos en este campo.¹¹

Con respecto a estos objetivos y a otros similares, mi opinión es que sería mucho mejor abordar directamente los problemas particulares, en vez de utilizar los medios indirectos de la responsabilidad civil. Si consideramos que la ayuda al desarrollo industrial es una cosa que merece la pena, entonces lo mejor es prestarla abiertamente, con el fin de que quien deba pagarla esté informado de la decisión. No es bueno, en cambio, encubrir el subsidio mediante sistemas que eximen a las actividades causantes de todo el coste de los accidentes, o de parte de él, imputándolo a grupos indeterminados, que carecen de poder de representación.¹²

No quiero decir con ello que estos objetivos externos al sistema de responsabilidad civil deban ignorarse. El tratamiento que destinemos a los accidentes no puede ser inconsistente con los objetivos que queramos lograr en otros ámbitos. Un sistema de responsabilidad civil que acentuara la desigual distribución de la renta o que favoreciera a los monopolios violaría nuestros principios morales y resultaría, a la postre, injusto. En este sentido, los fines externos al sistema de responsabilidad civil seguirán siendo relevantes, tendiendo a evitar que determinados sistemas sean aceptados. El que esto sea un buen resultado en cada caso concreto dependerá no sólo de la existencia de medios capaces de corregir los efectos externos no deseados del sistema de responsabilidad civil propuesto, sino también de que se corrijan de *facto* los efectos indeseados en caso de adoptar este sistema de responsabilidad civil.¹³ Si no existen medios externos disponibles, que estén a nuestro alcance, para corregir esos inconvenientes, o si los remedios que podrían utilizarse afectaran desfavorablemente a la función de reducir los costes de los accidentes, entonces sería oportuno considerar los efectos externos como costes de los accidentes para tenerlos en cuenta en nuestro análisis. En realidad, la inclusión en el coste secundario de los accidentes del constituido fundamentalmente por los costes derivados de los cambios rápidos en la distribución de la renta, se produce precisamente por este último motivo.

En conclusión, poco resta por decir, en abstracto, acerca de esos cometidos extraños de la responsabilidad civil. Naturalmente se tendrán en cuenta cuando, en relación a determinados sistemas, parezca oportuno hacerlo. En la mayoría de los casos, no obstante, se integrarán en el trasfondo general de aquello que determina que un sistema de responsabilidad civil sea justo.

SEGUNDA PARTE

LOS FINES COMPRENDIDOS EN LA REDUCCIÓN DEL COSTE DE LOS ACCIDENTES Y LOS MÉTODOS PARA ALCANZARLOS

