

LA DECISIÓN POR ACCIDENTES: UNA APROXIMACIÓN A LA ASIGNACIÓN OBJETIVA DE COSTOS*

Guido Calabresi**

Si bien podría parecer deseable la proscripción de las actividades que encierran cierta potencialidad de causar accidentes, todas las sociedades modernas permiten la realización de algunas de éstas por su utilidad social. En el presente artículo el autor parte de examinar esta «decisión por accidentes» a la luz de fines del «derecho de accidentes» como la compensación y disuasión, para luego realizar un interesante análisis del problema de los costos involucrados en los accidentes. El profesor Calabresi propone, alejándose de un sistema de responsabilidad por culpa, un marco teórico de responsabilidad objetiva.

* El presente artículo fue originalmente publicado en el *Harvard Law Review*, Vol. 78, 1965, pp. 713-745, bajo el título: «THE DECISION FOR ACCIDENTS: AN APPROACH TO NONFAULT ALLOCATION OF COSTS». La traducción fue realizada por Gerardo Solís Visscher.

**Profesor de Derecho, Universidad de Yale. B. S., Yale, 1953; B. A., Oxford, 1955; LL. B., Yale, 1958; M. A., Oxford, 1959. Gran parte de este artículo se encontraba en borrador antes que los profesores Blum y Kalven de la Universidad de Chicago pronunciaran sus extremadamente provocativas conferencias Shulman en Yale; este artículo fue escrito en su totalidad antes que las conferencias estuvieran disponibles en BLUM & KALVEN. «Public Law Perspectives on a Private Law Problem—Auto Compensation Plans» 31 U. CHI. L. REV. 641, 1964. En consecuencia, si bien me referiré de cuando en cuando a su trabajo, no he hecho ningún intento en este artículo por refutar directamente todos sus reveladores argumentos. En vista de la exhaustiva bibliografía sobre el tema general de este artículo, disponible en GREGORY & KALVEN. «CASES ON TORTS» en xlix-lij, 689-786, 1959, y actualizada por BLUM & KALVEN, *supra*. en 642 n.2, he excluido las notas a pie de página puramente bibliográficas. Para cuando este artículo aparezca otro importante trabajo sobre este tema estará disponible. KEETON & O'CONNELL. «Basic Protection—A Proposal for Improving Automobile Claims Systems» 78 HARV. L. REV. 329, 1964.

I. INTRODUCCIÓN

Asumo que la principal función del derecho de los accidentes es compensar a las víctimas y reducir el costo de los accidentes. Aquellos beneficios fortuitos, tales como proveer ingresos más elevados a un mayor número de abogados y agentes de seguros sólo son efectos benéficos colaterales. La noción de que el rol del derecho de los accidentes es castigar a los causantes del daño no puede ser seriamente considerada. Cualquiera sea la función que deseemos imputar a las penas en el derecho penal, no podría ser aplicada a los litigios civiles por accidentes. Aun cuando las tradicionales distinciones entre la culpa legal y la culpa moral y entre el daño y el grado de culpabilidad, que prevalecen en la responsabilidad civil extracontractual, no puedan demostrar esta proposición, sí lo logra el predominio de los precios de los seguros, fijados sobre la base de categorías que difícilmente guardan relación con el bienestar de los asegurados.

Pero tampoco se puede decir que la reducción de los costos de los accidentes supone una compensación equitativa para las víctimas,

porque la «compensación» en tanto objetivo significa simplemente que es más deseable que los costos de los daños sean pagados por personas distintas de aquellas que han sufrido el daño. Esto es así porque si son varios quienes pagan el costo de un accidente, o si es uno solo pero paga a lo largo del tiempo, se reducen los costos sociales de los accidentes¹. Ésta es la base de la teoría de la difusión de las pérdidas. Inclusive cuando dicha difusión no se presente –y ello supone que pague la persona con mayores recursos– se puede decir que el efecto de reducción de costos ocurre. Pues cuando los que tienen mayor capacidad para pagar pagan, consideramos que se presentan menos efectos secundarios indeseables².

Pero no es seguro que necesariamente tales efectos secundarios se produzcan. No debería sorprendernos, por eso, que encuentren aceptación las teorías que sostienen que los peligros públicos, como los accidentes, deben ser cubiertos gravando a los de mayor riqueza; toda nuestra estructura de pagos por otros riesgos públicos, como la defensa, se basan en la presunción de que habrá menores costos sociales secundarios si los ricos pagan la mayor parte del precio.

Pero la reducción del costo de los accidentes se asocia normalmente con la reducción del número de accidentes o de los costos de aplicar las leyes que los regulan³. Equiparar estos objetivos con los ahorros obtenidos por la difusión de la compensación sería confuso. Por esta razón, la compensación y reducción de los costos de los accidentes serán tratadas por separado.

Gran parte de los académicos contemporáneos ha asumido que la compensación es el propósito principal del derecho de los accidentes. Si este fuera el enfoque adecuado, no habría justificación alguna para limitar la compensación por accidentes y para no ampliarla a casos como enfermedad, ancianidad y todos los problemas del planeta. Desde luego, difundimos la compensación un poco más allá de los accidentes, pero sólo lo hacemos hasta cierto límite. ¿Por qué la

¹ CALABRESI. «Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts» 70 Yale L. J. 499, 517-19, 1961. En el presente artículo, el uso de términos como «costo», «más barato», «costear», y «socialmente más caro» es sumamente descuidado desde el punto de vista de cualquier economista; he usado los términos en esta forma poco rigurosa en un intento por hacer comprensible a los no economistas este artículo. Este intento puede ser desacertado pero creo que es esencial. No sería muy difícil traducir estos términos a sus relativamente precisos significados económicos. Sin embargo, no lo he hecho regularmente en las notas a pie de página porque haría al artículo menos ameno de lo que es. Algunas definiciones apropiadas pueden ser encontradas en mi artículo, *supra* en 503-04 nn.15 & 18.

² *Id.* en 527-28.

³ El costo de la aplicación de las leyes de accidentes es hasta cierto punto el control que nos dice si algún sistema de reducción de costos totales vale la pena, o si no estaríamos mejor con un sistema menos efectivo, pero más barato.

compensación por enfermedad –inclusive en países de alto bienestar– es menos completa que la compensación en caso de accidentes? ¿Y por qué aun cuando en el campo de los accidentes se usan métodos que logran el grado adecuado de difusión de la compensación, sería calamitosamente deficiente que la difusión de la compensación fuera el único objetivo? Si el tipo de reducción de costos que nos ocupa, fuera exclusivamente aquél llevado a cabo mediante la reducción de costos secundarios –disfunciones sociales y económicas– entonces el único sistema eficiente sería uno generalizado de seguro social que cubra todos los casos de daños severos⁴.

La respuesta es que los accidentes no son equivalentes a las enfermedades. Hay maneras de reducir los costos primarios de los accidentes –su número y gravedad– que deben ser una meta importante de cualquier sistema legal. Una manera de hacerlo es desalentando las actividades riesgosas, de tal forma que sean sustituidas por actividades más seguras. Otra es incentivar la toma de precauciones durante la realización de cierta actividad⁵. «Actividad» y «precaución» no son, por supuesto, conceptos excluyentes entre sí. Los conceptos tienden a fundirse en uno solo si la actividad es definida de forma estricta y la precaución de manera amplia. La actividad de manejar no necesita ser negligente para que se generen inevitablemente cierto número predecible de accidentes. El manejar sin frenos por un cruce congestionado se considera una negligencia y no una actividad. Entre estas situaciones bastante claras se encuentran casos intermedios difíciles de definir, como navegar sin radar. Además, una actividad puede ser propiamente definida como la realización de algo por un grupo actuante, que puede tender a realizarse negligentemente. Tratar los problemas del derecho de los accidentes como actividades y no como conductas negligentes es el primer paso hacia un sistema racional de asignación de recursos. La pregunta es hasta qué punto debe ser nuestro objetivo un sistema económico racional.

II. LA NATURALEZA DE LA DECISIÓN POR ACCIDENTES

No es deber de nuestra sociedad el preservar la vida a cualquier costo. Este concepto, algo desagradable, debería ser obvio en su sentido más amplio. Las guerras, por ejemplo, siguen llevándose a cabo. Pero lo más interesante en el estudio del derecho de los accidentes, aunque quizá igualmente obvio, es que las vidas son usadas cuando el *quid pro quo* es «la conveniencia» y no algún abstracto principio moral. Se siguen llevando a cabo empresas que, estadísticamente, representan un costo en vidas humanas. Construimos un túnel bajo el Mont Blanc, por ejemplo, porque es vital para el Mercado Común Europeo y reduce ostensiblemente el tiempo de Roma a París, a pesar de que se sabe que un hombre va a morir por cada kilómetro construido. Viajamos en avión o en carro en vez de utilizar medios más lentos pero más seguros. Y quizás lo más revelador, usamos equipos relativamente seguros en vez de los más seguros imaginables porque –y no es una mala razón– los más seguros cuestan demasiado⁶.

Por supuesto, rara vez se sabe quién va a morir. De hecho, en el inusual caso de un individuo identificado –que no sea tan solo una estadística- que está entre la vida y la muerte, estamos dispuestos a gastar lo que sea para salvarlo. Y aunque no discuto que deba ser así, resulta extraño que debamos rechazar la aplicación de los mismos estándares de «valor por encima de cualquier precio» cuando se trata de la vida del mismo hombre, pero considerado como parte de una estadística. Pero extraño o no, es así.

La decisión de sopesar la vida contra el dinero o la conveniencia no es una decisión puramente económica. La decisión de construir el túnel bajo el Mont Blanc no se basa únicamente en si el recaudamiento por peaje podrá permitirnos recuperar los costos de construcción, incluida la compensación por los fallecidos y mutilados. Tampoco lo es la

⁴ Puede, desde luego, haber objeciones políticas perfectamente respetables a tal sistema de seguro social, a pesar del hecho que la meta principal es la compensación y a pesar del hecho que el seguro social es la forma más barata de alcanzarla.

⁵ Pero la desincentivación de las actividades riesgosas y el fomento de la toma de precauciones durante el curso de una actividad no son los únicos fines del sistema; como hemos visto previamente, la compensación es un fin de igual importancia. Como consecuencia bien podríamos no querer llegar tan lejos como de otra forma habríamos llegado en tratar de reducir los costos primarios de los accidentes si esto sería alcanzado a expensas de la compensación.

⁶ Debería ser evidente que aunque algunas de estas actividades causantes de accidentes también resultan en las de disminución de los accidentes (el túnel del Mont Blanc bien puede salvar más vidas, que las que tomó construirlo, al disminuir las víctimas del tránsito), esta explicación no se acerca a la justificación de la mayoría de actividades causantes de accidentes. Así, los pasos a nivel son permitidos debido a que son baratos, no porque salven más vidas que las que toman.

decisión de permitir la prostitución basada únicamente en que pueda pagar por su existencia. Este tipo de soluciones nunca han sido aceptadas. En realidad, fueron rechazadas incluso por los más clásicos de los economistas clásicos, aunque consideraron necesario explicar el rechazo en términos de una teoría que fuera tan estrecha o amplia como cualquier sociedad se preocupe por hacerla⁷. El verdadero problema es qué tantas veces puede permitirse una decisión, a favor o en contra de una actividad, sin considerar si puede pagar por su existencia. Tales decisiones operan, por un lado, para crear subsidios para algunas actividades que no podrían mantenerse en el mercado y, por otro, para obstruir algunas actividades que sí pueden hacerlo. La frecuencia con que se toman decisiones para pasar por alto el mercado nos da una idea de la naturaleza de una sociedad —estado de bienestar o *laissez faire*. Lo que es evidente es que, virtualmente en todas las sociedades, se toman estas decisiones para rechazar el mercado, pero tan sólo algunas veces.

Normalmente, en el campo del derecho de los accidentes la decisión de cambiar vidas por dinero o conveniencia, algunas veces se toma política o colectivamente sin sopesar el valor monetario de las vidas frente al valor monetario de la conveniencia, y algunas veces se toma en función de estos valores a través del mercado. Las razones para esta variación no son totalmente razones de principio. Los grandes problemas morales nos conducen a determinaciones políticas. Estas cuestiones deben decidirse de la manera política que nuestra sociedad decide las cuestiones morales. Pero hay cuestiones que difícilmente pueden decidirse de manera colectiva, como elegir entre «una cortadora de césped giratoria frente a una de aspas» o «un método para hacer acero frente a otro». Por una razón, ocurren demasiado a menudo. Cada elección de un producto encierra una decisión que considera la seguridad y el gasto. Los casos dramáticos se resuelven políticamente. Se prohíbe la venta generalizada de algunos fuegos artificiales sin importar la habilidad o el buen deseo del fabricante de pagar todos los daños resultantes. Pero no podemos preocuparnos por todas las cuestiones involucradas en todas las actividades, a través del proceso político. Para la mayoría, el

mercado sirve como un campo de prueba preliminar. Un fabricante es libre de emplear un proceso que ocasionalmente cause muertes o mutilaciones, si demuestra que los consumidores desean su producto de tal modo que compensa a los que daña e inclusive les genera ganancias. Los economistas dirían que, con excepción de las pocas áreas de decisión colectiva, el mercado es la mejor manera de decidir si la actividad vale la pena.

Lo único que esto nos muestra, de cierta forma distinta, es que una de las funciones del derecho de los accidentes es reducir el costo de los accidentes mediante la reducción de las actividades propensas a causarlos. Las actividades se hacen más caras y, por ende, menos atractivas. En los casos extremos, sobrepasan el precio de mercado: el mercado elimina entonces una actividad que podría ser útil, porque causa muchos perjuicios.

Desde que la menor subdivisión práctica de una actividad ha sido definida tan extensamente como cualquier forma particular de conducta que puede ser catalogada de culpable, se podría sostener que sería demasiado tratar de conseguir la disuasión de las actividades, en lugar simplemente de tratar de eliminar la conducta responsable de los accidentes. ¿Por qué no se prohíbe conversar mientras se maneja por una avenida congestionada en lugar de buscar disuadir el manejo en general? ¿Por qué desalentar actividades perfectamente provechosas cuando existe un derecho de accidentes basado en la culpa, que fiscaliza las conductas particularmente indeseables?

Tales preguntas asumen dos premisas: que podemos diferenciar la conducta indeseable que causa los accidentes de los costos que ocasiona, y que podemos desalentarla a través del derecho de los accidentes basado en la culpa. La primera de estas proposiciones no es totalmente irracional. Hay actividades que prohibiríamos en nuestra sociedad, sin importar la voluntad del causante por pagar el daño causado. A estos actos los llamamos «inútiles»⁸, y sentimos que no hay pérdida social cuando se les disuade específicamente. Pero ciertamente, aunque algunas de estas actividades pueden ser aisladas, todavía hay un gran número indeseables porque causan accidentes y, por lo tanto, si las personas

⁷ Ver, por ejemplo, PIGOU. «THE ECONOMICS OF WELFARE», cuarta edición, 1932.

⁸ Este es, desde luego, un uso interesante de palabras. Manejar sin tener una inspección, como manejar borracho y la prostitución, sin duda tiene sus adherentes. Ellos están —asumamos— dispuestos a pagar por los accidentes que causan, sin embargo como sociedad hemos dicho que ellos no pueden optar y prohibimos la actividad de todas formas. Llamamos a la actividad sin valor y decimos que no hay perjuicio social en su proscripción, no porque no tenga valor, sino porque no aceptamos opiniones individuales que establezcan un valor determinado.

supieran el costo de estos accidentes, preferirían abstenerse de la actividad, en vez de pagar los costos. Creo que la discusión sobre la «decisión por accidentes» ha aclarado esto.

Estos actos o actividades a los que llamamos inútiles, encajan en dos categorías. La primera incluye las actividades en las que el que las realiza tiene suficiente control sobre el acto, por lo que las sanciones penales son apropiadas. Si estas penas se aplican correctamente, serán más efectivas en disuadir que el sistema de culpa. La segunda incluye actividades en las que el que las realiza no tiene control suficiente, por lo que las sanciones penales se vuelven inadecuadas. El número de actividades que se sitúa dentro de esta categoría es incierto, pero de hecho es aquí donde el sistema de culpa tradicional puede ser relevante. La interrogante, entonces, es ¿podemos desalentar tales actividades más efectivamente por un medio distinto del sistema de culpa que, junto con los seguros, eleva en algo los costos para los que se inclinan por realizar estos actos? Sugiero, sin ser original, que un sistema de multas por agravios no asegurables que grava a los causantes del acto «inútil», junto con la responsabilidad objetiva, realizaría una mejor tarea en la disuasión de este tipo de actividades sin valor.

Esto deja de lado aquellos actos o actividades que, como sociedad, no estamos preparados a considerar sin valor —aquellas actividades que, sujetas a reconsideraciones y modificaciones políticas, deseamos que se realicen siempre y cuando cubran sus costos de accidentes. Desearía sugerir, aunque no es crucial para mi análisis, que estos incluyen el grueso de las decisiones en cuanto a accidentes. A pesar de la formulación de

Learned Hand, que señala que la negligencia es un balance del «peligro de una actividad» frente a aquello que debe entregarse para evitarlo⁹, resulta claro que un sistema de culpa está diseñado sólo para tratar casos de conductas «inútiles» y no con intereses más sutiles, vinculados con la medición del peligro y el valor de una actividad¹⁰. La mejor manera de calcular el límite para tales actividades es por una decisión de mercado, basada en el precio relativo de cada una de las actividades y los de sus sustitutos, en los casos en que cada una pague los costos de los accidentes que causan. Esto se puede realizar a través de un sistema de responsabilidad objetiva, transfiriendo los costos de los accidentes a las actividades, de acuerdo con su retación con los accidentes. En contraposición, nuestro sistema de culpa con seguro transfiere los costos de los accidentes, no de acuerdo con el número de accidentes que causa, sino de acuerdo con el número de accidente que causa en los que ciertos indicios predeterminados de culpa se pueden atribuir a la actividad. Esto trae como consecuencia la disuasión sólo de los accidentes culposos en un área en la que, por hipótesis, estamos interesados en disuadir las actividades debido a los accidentes que causan y no a sus implicancias morales.

En conclusión, la tarea de la disuasión de accidentes se realiza con mayor eficiencia a través de sanciones penales dirigidas a desincentivar conductas inútiles, junto con un sistema de responsabilidad objetiva¹¹. De cualquier manera, todavía existen dos importantes cuestiones a determinar. La primera, es que debemos saber cómo asignar el costo de los accidentes entre actividades competidoras que causen accidentes. El mercado no nos va a ayudar a desalentar tales actividades, a no ser que tengamos una

⁹ Conway v. O'Brien, 111 F.2d 611, 612 (2d Cir. 1940), *rev'd on other grounds*, 312 U.S. 492, 1941.

¹⁰ Ver Erickson v. Walgreen Drug Co., 120 Utah 31, 232 P.2d 210, 1951.

¹¹ Tal responsabilidad objetiva, no nos impide en absoluto hacer opiniones colectivas en contra del mercado —ni de prohibir actividades que aparentemente pueden pagar su parte o subvencionar algunas que aparentemente no. Por ejemplo, asumamos que bajo un estándar de culpa disuadimos a jóvenes entre 18 y 25 años de manejar porque ellos causan en proporción más accidentes que otros grupos de conductores cuando ellos están haciendo algo que actualmente calificamos de «culposo». Asumamos además que, en proporción las personas mayores de 60 años se encuentran involucradas en el mismo número de accidentes —pero que actualmente no pagan tanto en seguros porque sus accidentes no son «causados por su culpa». Un sistema objetivo pondría a los dos grupos en categorías de seguros similares. Para comenzar, pocas personas mayores de 60 años podrían permitirse manejar. Si nuestra preocupación fueran los accidentes —en vez de nociones metafísicas o morales de culpa — este sería un buen resultado. Pero en este punto podríamos sentir —colectivamente— que manejar, al menos en ciertas edades, es demasiado importante y que se les debe permitir manejar a los miembros individuales de nuestra sociedad, puedan o no costearlo, o —lo que es en realidad lo mismo— que estas personas manejen es tan importante para nuestra sociedad en conjunto que no podemos dejar que el mercado les impida manejar a pesar de su propensión a los accidentes. Si así fuera, habríamos como grupo, políticamente, tomado una decisión por los accidentes —revirtiendo la presión del mercado en contra de ellos— al subsidiar los grupos que deseábamos que manejen a pesar de su historial de accidentes. Pero al hacer esto también deberíamos enfrentarnos a la pregunta sobre cuántas clases de personas deseáramos subsidiar. Podríamos concluir que si bien los conductores entre 21 y 25 años y, 60 y 70 años deben ser subsidiados, los conductores entre 18 y 21, y aquellos mayores de 70 años no vale la pena subsidiarlos. La importancia de hacerlos manejar no justificaría anular la disuasión del mercado, resultado de su propensión a los accidentes.

manera de decir a quién cargar y con qué porción por el costo de los accidentes. El segundo problema no es menos confuso. Inclusive si sabemos qué actividad causa qué accidentes, no es suficiente decir que desalentaremos esa actividad haciéndola sufragar el costo de ese accidente. Necesitamos decidir en qué consiste el costo de un accidente. Y esto no es tan simple como parece. ¿Es sólo la pérdida económica, o es también el dolor y el sufrimiento, o el precio requerido para comprar una víctima voluntaria? Si el mercado es el que nos va a decir si queremos una actividad a pesar de sus costos de accidentes, debemos calcular los costos correctamente. Son estas dos cuestiones cruciales las que, en orden inverso, deseo considerar a continuación.

III. QUÉ COSTOS DEBEN SER INCLUIDOS

Asumiendo que siempre se puede conocer la actividad responsable por cada accidente, entonces el primer problema es determinar el costo del accidente. Esto se simplifica cuando se trata de costos económicos —costos tales como daños a la propiedad, que se pueden calcular de acuerdo con el valor de mercado. A pesar que persisten los problemas para determinar los costos exactos, al menos no hay discusión respecto de la materia a calcular. En realidad, si los daños económicos fueran los únicos costos de accidentes, entonces no habría objeción para una completa actuación del mercado. Si construir un túnel bajo el Mont Blanc costara X millones de liras en daños a la propiedad —y sólo en daños a la propiedad— la construcción sería deseable si fuera atractiva para los inversionistas que toman estos costos en cuenta.

Una excepción frente al dominio del mercado surgiría en áreas donde un componente del daño involucre valores no económicos. Por lo tanto, antes de que una «molestia» que pueda cubrir sus daños continúe, se debe llegar a una decisión política o judicial que determine si vale la pena seguir. Una prueba de mercado que demuestre que una actividad puede pagar por la propiedad que destruye, no necesariamente demuestra que podría pagar por los valores no económicos que destruye¹².

Hay tres maneras de determinar si se le debe permitir a una actividad destruir valores no económicos: decisión política o judicial (el gobierno debe tener poderes de expropiación; el túnel de Mont Blanc es deseado pero debe pagar los costos económicos de los daños); juicio de mercado basado en una conversión preliminar de los valores no económicos a montos en dólares (dejando que el jurado decida el costo del dolor y sufrimiento, así como las horas de trabajo perdidas; si el túnel se puede pagar, entonces que se haga el túnel); o una combinación de las dos. Por lo tanto, podría haber en algunos casos una decisión política que indique que vale la pena permitir una actividad siempre que ésta cubra el costo de mercado de algunos o todos sus costos de daños no económicos (según la estimación que haga el jurado). En otros casos, la decisión puede ser que a pesar de que una actividad cubre una estimación de estos costos no económicos, debería ser prohibida debido a que no es considerada lo suficientemente buena, dada nuestra suspicacia frente a la estimación por parte de un jurado de estos valores no económicos.

En realidad, nosotros usamos los tres métodos en distintos grados y áreas. Vale la pena considerar un poco más de cerca la naturaleza de esta combinación de determinaciones en lo que respecta propiamente al costo de un accidente. La confusión al realizar tales determinaciones es causada por un factor, quizá irrelevante, pero humanamente abrumador: la compensación. Digo que quizá sea irrelevante porque no hay razón a priori por la cual el hecho de que un hombre obtenga compensación por el dolor y sufrimiento deba estar subordinado a si la actividad que causó el accidente va a pagarle los costos. Los daños por dolor y sufrimiento podrían recaudarse y no ser entregados a las víctimas, o pueden no ser recaudados de los causantes de los accidentes, y aún así pagarse a las víctimas a través de un fondo de seguro social. La pregunta de si es socialmente deseable, en términos de una adecuada asignación de recursos (el correcto grado de desaliento de actividades que causen accidentes) que la actividad pague por el dolor y sufrimiento que causa, está lógicamente separada de la pregunta respecto a si algún equivalente monetario de dolor y sufrimiento debe ser trasladado o dejado a su suerte¹³.

¹² Supuestamente esto es debido a que reconocemos que la propiedad tiene algunos valores no económicos que queremos proteger. Esto no significa, sin embargo, que deseamos hacer que un adquirente que tiene una utilidad social equivalente (una molestia que «vale la pena» o el gobierno en un eminente procedimiento de dominio) pague por este valor no económico.

¹³ Esto es así a menos que, desde luego, dejar los costos de dolor y sufrimiento u otros tipos similares de daños en la víctima sea así esperado que afecte el comportamiento y actividades de la víctima en un «propósito de asignación de recursos».

Asumiendo que los problemas de compensación y asignación de costos pueden ser separados, el problema de qué costo debe asumir una actividad debe ser enfocado en términos de la función de la asignación de costos en el desaliento de las actividades que causan accidentes. La función no es abolir todas las actividades que causan accidentes. Por el contrario, es lograr que el precio de los productos o actividades reflejen más de cerca sus verdaderos costos. En otras palabras, los costos de los accidentes de fabricar objetos de aluminio deben ser puestos sobre los fabricantes de estos objetos, y los costos de accidentes por la fabricación de objetos de acero deben ser asignados a estos últimos, de tal manera que los consumidores puedan decidir sobre la base de un panorama general de lo que cuesta tener cada uno, y cuánto quieren de cada uno.

He descrito, en alguna otra parte, los postulados éticos y económicos que sustentan la noción de que el mejor producto combinado es obtenido cuando las decisiones de producción son hechas sobre la base de la elección del consumidor, fundada en precios que reflejan los costos, incluso los de accidentes de productos que compiten¹⁴. También he señalado que estamos ampliamente comprometidos con estos postulados éticos y económicos. No repetiré tal discusión aquí. Basta asumir que una mejor combinación de producto y actividad será lograda si el precio de los bienes y de las actividades reflejan lo que consideramos que son los costos verdaderos que imponen a la sociedad.

Esta presunción conlleva una determinación de: a) cuáles son los costos de un accidente y, b) si una actividad va a ser permitida (i) si cubre sus costos económicos, (ii) sólo si «compra una víctima voluntaria», (iii) si cubre tanto costos económicos como no económicos. Y describe un sistema en el que los costos que las personas consideran relevantes en torno a la decisión entre objetos de aluminio y de acero, debe incluirse en los costos de fabricación de cada uno.

Supongamos, por ejemplo, que mi automóvil es destruido en un accidente. A pesar de que su valor de mercado fuera sólo de 100 dólares, me sentía fuertemente vinculado a él, pues me

lo regaló mi tía Euforia. ¿Debería el precio de conducir reflejar la destrucción de este valor sentimental? ¿Sentimos, al escoger entre manejar mi automóvil o tomar un tren, que el hecho de que manejar destruye en mayor medida aquellos valores sentimentales que los trenes, es algo de lo que deberíamos estar más conscientes? ¿Acaso es algo que tan profundamente deseamos saber como para asumir el costo de estimar en mil y un accidentes con la finalidad de hacerlo parte de la diferencia del precio relativo entre manejar y tomar trenes?

Aun cuando este ejemplo parezca tonto, sirve para demostrar que cierto tipo de daños no económicos no son tratados normalmente como costos. Otros, como el dolor y el sufrimiento son tomados en cuenta cuando se considera el costo de un accidente. La decisión entre éstos depende de una especie de juicio colectivo. Cuando el gasto de estimar el costo para la sociedad de algunas clases de daños no económicos es considerado razonable, entonces este costo es calculado e introducido en el precio relativo de las actividades.

El procedimiento de cálculo que ha sido adoptado indica un cierto grado de falta de confianza en la exactitud de una conversión de valores no económicos a un monto en dólares. Primero, se toma una decisión política o judicial para saber qué costos no vale la pena considerar. Luego un jurado, generalmente considerado como la institución más representativa del juicio colectivo, evalúa en cada caso el valor de los costos no monetarios. De esta forma, permitimos una revisión *ad hoc* de la decisión política¹⁵. Las limitaciones son necesariamente inherentes a esta casual manera de decidir cuáles son los verdaderos costos y sus montos, así como el hecho de que la decisión debe estar influenciada por el gasto de evaluar estos costos no monetarios, sirve para explicar por qué al mercado sólo se le permite operar hasta cierto límite al tomar una decisión a favor o en contra de los accidentes.

El valor no monetario de mi hogar destruido, por ejemplo, puede ser bastante real. Pero este valor no debe ser considerado cuando el costo de la evaluación sea tan grande que el precio relativo se vea seriamente influenciado por incluirlo¹⁶. La única alternativa es tratar de

¹⁴ CALABRESI, nota 1 *supra*.

¹⁵ En la práctica, además, tanto la decisión política original como la revisión *ad hoc* del jurado son hechas con el conocimiento de que la compensación depende del juicio. Esto probablemente tiende a enfatizar la pregunta si el costo real está involucrado. Esto es, tiende a dramatizar las consecuencias de conceder un costo no económico, y por consiguiente de hacernos pensar dos veces antes de decidir que el costo no vale el cálculo y la inclusión del precio relativo de las actividades.

¹⁶ Técnicamente, la asignación de recursos sería aun menos adecuada si el costo fuese calculado e incluido, que si no.

decir al principio, colectivamente, si es que se puede pagar este valor, ignorando el costo de evaluación. En realidad, esto es lo que hacemos cuando decidimos prohibir algunas actividades causantes de accidentes, a pesar de que puedan cubrir sus costos económicos, e inclusive el valor estimado en dólares del dolor y sufrimiento que causen.

No es necesario mencionar que muchas decisiones son adoptadas en sentido contrario. Manejar está permitido siempre y cuando los conductores puedan pagar las pérdidas económicas, junto con una gran cantidad de pérdidas no económicas.

A pesar que ni siquiera entonces la actividad grava la totalidad de sus costos, el cálculo adicional es simplemente demasiado caro para ser llevado a cabo. Se asume, por decisión colectiva, que a medida que estas pérdidas no incluidas son mayores que aquellas de las actividades competentes, manejar es un valor no económico no computado, suficientemente grande como para cubrir las pérdidas¹⁷.

IV. ¿QUÉ ES UN COSTO DE QUÉ ACTIVIDAD?

La dificultad en decidir cuáles son los costos relevantes es aparente. Cuando se combina con el problema de decidir qué costos se asignan a qué actividad, el juego de disuadir actividades competitivas causantes de accidentes haciendo que sus precios reflejen sus costos totales y dejando que el mercado decida, parecería no valer la pena. ¿Por qué a veces se piensa que un paro cardíaco es causado por un accidente automovilístico y otros por la ocupación de la víctima? ¿A quién se debe atribuir el accidente automovilístico, al peatón o al conductor? A pesar de lo comunes que estas preguntas puedan parecer, no están dirigidas a buscar las causas últimas. Por el contrario, deben ser tomadas en términos de un sistema contable de costos sociales¹⁸, en los que las actividades asumen sus costos para conseguir una mejor asignación de recursos.

La metodología utilizada en la obtención de los costos de los accidentes de una actividad

es engañosamente simple. El costo de cualquier actividad «A», incluye el agregado de costos en los cuales sólo «A» está involucrado y alguna parte de los costos de todos los demás accidentes en los que «A» está involucrado junto con otra actividades. Resolver el problema resulta más complejo. Una solución requiere que los criterios sean utilizados para prorratear los costos de un accidente entre las actividades que los causaron. No existe una fórmula para asignar los costos entre las empresas involucradas, así como no hay una para asignar los costos fijos entre actividades que comparten las mismas facilidades. Uno se limita a especular sobre la base de los objetivos del sistema, tal y como lo hacen quienes calculan los costos y las agencias reguladoras. Cuando se expande el sistema a toda la sociedad, los objetivos se vuelven más difíciles de definir y las especulaciones tienen mayor probabilidad de error. Quien calcula los costos de una compañía petrolera no necesita estudiar el efecto económico de comprar el equipo extra necesario para recuperar gasolina y petróleo. Un estudiante de derecho de los accidentes no puede desatender a priori los efectos que tiene desalentar a manejar sobre caminar, viajar en ómnibus o montar bicicleta.

A. Situaciones de negociación

Por suerte, existen algunas situaciones en las que no importa cuál entre dos actividades asume inicialmente el costo de un accidente, pues al final el costo afectará el comportamiento de ambos. En teoría, estas son las situaciones en las que dos o más actividades, que posiblemente causan accidentes, están relacionadas por medio de la negociación¹⁹.

Para utilizar un ejemplo de los libros más elementales de responsabilidad civil, no importa si el dueño del muelle o del barco (en *Vincent vs. Lake Erik Transp. Co.*)²⁰ es considerado responsable por el daño causado al muelle por una tormenta inesperada. Si el dueño del barco es responsable, el precio por desembarcar será menor; si el dueño del muelle es responsable, será mayor. En cualquiera de

¹⁷ Esto es sólo conformarse. Fallar en incluir estas pérdidas significa que las personas manejarán más de lo que debieran; fallar en incluir incalculables beneficios no económicos significa que manejarán menos de lo que debieran. No hay garantía que las dos se nivelarán o, más importante, que se mantendrán en la misma relación entre ellas con respecto al manejo y con respecto a otras actividades que compiten con el manejo. Pero desde que calcularlas produciría, *ex hypothesi*, un sesgo mayor que no calcularlas, esto es lo mejor que podemos hacer. Luego podemos consolarnos en el conocimiento que la asignación de recursos, incluso en teoría, es un ejercicio de hacer lo mejor posible y no de alcanzar la perfección.

¹⁸ Esta frase para describir lo que he estado denominando «asignación de recursos» o «disuasión general» fue sugerida por el profesor Alfred Conard de la Facultad de Derecho de la Universidad de Michigan.

¹⁹ Ver BLUM & KALVEN, «Public Law Perspectives on a Private Law Problem—Auto Compensation Plans» 31 U. CHI. L. REV. 641, 695-97, 1964.

²⁰ 109 Minn. 456, 124 N. W. 221 (1910).

los dos casos la carga final de las pérdidas dependerá del poder de negociación de una parte con la otra —esencialmente de la facilidad con que el otro encuentre un sustituto más barato y menos propenso a los accidentes. Si la pérdida es asignada a los barcos, entonces estos intentarán minimizar sus pérdidas utilizando muelles más seguros, hasta que los propietarios de los muelles inseguros bajen sus precios de manera tal que usarlos y asumir la carga de los costos de los accidentes sea tan barato como usar los muelles más seguros. Por el contrario, si el propietario del muelle es quien asume la carga de la pérdida, entonces la minimizará instalando dispositivos de seguridad hasta el punto en que sea más barato pagar por los accidentes que seguir instalando dichos dispositivos. Lo mismo se aplicaría al caso contrario si la manera más barata para evitar pérdidas fuera construir barcos más seguros. En cualquier caso, la forma menos cara de minimizar la pérdida será buscada y usada sin importar cuál de las partes sea inicialmente responsable.

Este tipo de argumento puede ser utilizado con diversos grados de realismo, en cualquier situación de negociación. ¿Debe colocarse el costo de un accidente industrial sobre los trabajadores o los empleadores? ¿Deben asumir los costos de los daños generados por una cortadora de césped los fabricantes o los consumidores? Los teóricos insistirán afirmando que, en términos de la disuasión general de actividades peligrosas, da igual cualquiera de las dos formas²¹. Sin embargo, sí puede constituir una gran diferencia, pero por razones que no necesitan que respondamos la pregunta de «qué costos pertenecen a qué actividades».

La primera razón para la diferencia es que uno de los dos participantes puede, en la práctica, ser mucho más hábil que el otro para evaluar el riesgo de accidentes, es decir, los costos esperados de los accidentes. Y si este es el caso, su actividad es la más adecuada para sufragar la pérdida inicial, en términos de la disuasión de actividades propensas a accidentes. Si los compradores individuales son los que reciben la carga del costo de los accidentes de la podadora, entonces no comprarán una podadora sustituta que parece más cara. Por otro lado, la industria de podadoras probablemente conoce los costos esperados de utilizarlas, de tal forma que al colocar el costo directamente en la industria, los individuos estarán advertidos de estos costos y, en consecuencia, estarán en mejor

posición para elegir correctamente estar a favor o en contra de los accidentes. En caso se decidieran en contra de los accidentes (es decir, en contra de las podadoras más caras, asumiendo que el precio refleja el costo de los accidentes) existirá presión para que las compañías podadoras desarrollen dispositivos de seguridad.

La segunda razón es que quizá no les cueste lo mismo a las partes asegurarse contra las posibles pérdidas. Si la pérdida se coloca sobre aquella de las partes para la que el seguro es más costoso, un costo irreal —el costo excesivo por asegurarse— será considerado dentro del precio de los bienes. El seguro personal no modifica esto. Sólo sugiere que, ocasionalmente, una de las partes es tan grande que el no asegurarse es la alternativa más barata. Una vez más, la elección de los que asumen las pérdidas depende de cual de las partes de la negociación puede incorporar este costo, de manera más barata, en el precio de los bienes o servicios.

La tercera razón es un poco más compleja. Si al colocar la pérdida sobre una de las dos partes de la negociación se remueve todo o parte de la pérdida de ambas partes y se le coloca a partes que no tienen vínculo alguno con ellas, entonces este tipo de asignación es indeseable. Por ejemplo, si cargar el costo de un accidente de una podadora giratoria al usuario resultara, por razones políticas o sociales basadas en el deseo de compensar, en una pérdida que tendría que ser pagada por el Estado a través de un seguro social general, tal asignación de pérdidas tendería a frustrar la elección correcta a favor o en contra de las podadoras giratorias. Si, en cambio, colocar la pérdida en la compañía no resultara en tal externalización de costos, entonces habría una razón clara para colocar la pérdida en la compañía de podadoras.

El ejemplo clásico de esto es el de los accidentes industriales. Marcó una gran diferencia, en términos de la disuasión de accidentes (a pesar de la opinión de los teóricos de la época), el hecho de que los accidentes industriales fueran cargados a los trabajadores o a la industria. Esto no se debió a que, «metafísicamente», la industria siempre fuera la causa de los accidentes, más que los trabajadores, sino porque la industria podía asegurarse de forma más barata que los trabajadores y estaba mejor informada acerca de cuáles podrían ser los costos de por accidentes, y porque cargar la pérdida a los

²¹ Comparar con BLUM & KALVEN, nota 19 *supra*, en 696-97.

trabajadores hubiera traído como consecuencia una externalización de buena parte de estas pérdidas. Colocar las pérdidas sobre la industria, por lo tanto, nos permitiría minimizar más fácilmente las pérdidas por accidentes a través de una elección apropiada a favor o en contra de los accidentes²².

El teórico objetaría que al colocar los costos que surgen de una negociación en cualquiera menos en la parte finalmente dañada se está compeliendo a esta última para asegurarse contra el accidente. Argumentará que al usuario de podadoras giratorias le resulta más barato que la compañía que fabrica dichas podadoras no le pague el costo de los accidentes, pues es un usuario cuidadoso y, por lo tanto, el riesgo promedio de los accidentes para él sería menor que el costo promedio reflejado en el precio. O tal vez aseguraría que es un usuario al que le interesa menos que la mayoría un dedo del pie y, por lo tanto, cuando el precio incluye el costo promedio, él está pagando de más²³.

Hasta cierto punto esto resulta cierto. La elección de un seguro personal u otras formas de asegurarse es suprimida de la parte finalmente dañada cuando en una situación de negociación el costo original es puesto en la otra parte. Pero la situación inversa es igualmente cierta, pues no hay nada que determine quién es la parte finalmente dañada. Por lo tanto, si el costo final por accidentes con podadoras se carga a los usuarios, los fabricantes estarán obligados a asegurarse con los usuarios, de la misma forma que los usuarios se verán obligados a asegurarse con los fabricantes si el costo fuera trasladado a estos últimos. Y estos mismo problemas se presentan si sobrecargamos al fabricante «más cuidadoso» a través de un seguro obligatorio. En realidad, si existe una diferencia considerable en la potencialidad de accidentes de un usuario a otro, éste sentirá dicha

diferencia en el costo del producto, incluso si no se le carga el costo original²⁴.

Lo mejor que podemos hacer en una situación de negociación, entonces, es colocar los costos originales en la parte que pueda evaluar mejor el riesgo de tales costos en el futuro²⁵. Habrá muchas situaciones en las que no importará, pues ambas partes de la negociación están igualmente informadas. Habrá otras en las que será muy difícil determinar qué parte está mejor informada y en las que regirán otras consideraciones, como el desincentivo específico o la compensación, pues el desincentivo general no constituye mayor guía ni hace mayor diferencia. Pero hay muchas situaciones en las cuales parece que sí existe una diferencia, y aquí se puede esperar que la responsabilidad recaiga sobre la parte mejor informada.

Recientemente, se ha sostenido que el mismo razonamiento puede aplicarse a una gran variedad de situaciones en las que no existe una negociación o una relación contractual entre los que originalmente soportan el costo del accidente²⁶. De acuerdo con este argumento, si el costo por los perjuicios ocasionados por el humo expedido por una fábrica se colocan en el dueño de una casa cercana, en lugar de colocarlo en la fábrica, y siendo que el modo más barato para evitar esto es que la fábrica instale filtros o que reduzca la producción, y no que el vecino se mude o use una máscara para protegerse, el dueño de la casa estará dispuesto a pagarle a la fábrica para que realice las modificaciones. Por otro lado, si el costo es originalmente colocado en la fábrica y la mejor forma para minimizar pérdidas es hacer que se muden los que viven cerca de la fábrica, entonces se preferirá pagar por esta mudanza en vez de recortar la producción. De cualquier modo, se sostiene que el mercado encontrará la forma más barata para impedir o minimizar

²² Es interesante especular sobre el efecto que la sindicalización podría haber tenido en este ejemplo «clásico». Podría ser que con la existencia de sindicatos altamente organizados, hoy no habría diferencia en muchos contextos industriales si el trabajador asumiera el costo de los accidentes industriales en vez del empleador. Incluso habría algunas situaciones, involucrando muchos empleadores pequeños y un sindicato fuerte, en las cuales el empleado sería quien mejor asuma las pérdidas iniciales.

²³ Comparar BLUM & KALVEN, nota 19 *supra*, en 697-98. Lo que no puede hacerse es lo que Blum y Kalven parecen hacer —ignorar las otras razones porque «en teoría» no importan, y sin embargo otorgar un gran peso a esta única razón para escoger quién asume la pérdida. Ver BLUM & KALVEN, nota 19 *supra*, en 696-98.

²⁴ En teoría —la misma teoría, que en efecto, sugiere que no hay diferencia en cuál de las dos partes de una negociación asume inicialmente la pérdida— esto siempre pasaría. Y esta es una razón por la cual en teoría no importaría quién asume inicialmente la pérdida. En la práctica, desde luego, esto sólo pasaría en casos donde hay una diferencia muy importante en el potencial de accidentes de los usuarios (asumiendo que los vendedores están para asumir la pérdida inicial). Si es más barato para los usuarios evaluar los diferentes potenciales de accidentes de los vendedores que para los vendedores evaluar el potencial de accidentes del usuario, ésta podría ser una razón para colocar el costo inicialmente en el usuario en vez de en el vendedor. Pero es una razón del mismo orden y tipo de aquellas previamente discutidas que determinan cuál de las dos partes de una negociación queremos que asuma la pérdida inicial. Como tal debe ser considerada en conjunto con las otras.

²⁵ Esto es en el sentido amplio definido arriba.

²⁶ COASE. «The Problem of Social Cost» 3 J. L. & ECONOMICS 1, 1960.

la pérdida. Y a pesar de que al final puede existir alguna diferencia entre quién es más rico y quién es más pobre, en términos de los costos generales de la disuasión se obtendrán los mismos resultados, sin importar quién reciba la carga de la pérdida inicial²⁷.

El argumento es esencialmente que siempre se puede establecer una relación de negociación entre los que originalmente llevan la carga de la pérdida y la parte que está más preparada para minimizarlas. En un mundo perfecto, tales relaciones de negociación siempre resultarían en la minimización óptima de las pérdidas²⁸.

El primer problema con este punto de vista, que es totalmente reconocido por su autor²⁹, es que cuesta dinero llevar a cabo estas negociaciones. Por lo tanto, a pesar de que resulte más barato instalar un filtro que hacer que todos los vecinos se muden, si el daño es colocado inicialmente en los vecinos, podría ser más caro reunirlos para negociar con la fábrica y luego pagar por que se instale el filtro, antes que mudarse a otro vecindario. Si esto es así, las pérdidas sólo se minimizarán si se colocan en la fábrica. La diferencia entre esta situación y una en la que las dos partes que potencialmente soportan las cargas ya están negociando (por ejemplo, *Vincent v. Lake Erie*) es que no hay costo adicional de

negociación por colocar la pérdida en una parte en vez de otra.

El segundo problema con este punto de vista es que existen muchas situaciones en las que una negociación artificial es incluso «teóricamente» imposible, pues un grupo de «negociadores» no puede ser organizado sin cierto grado de coerción. Supongamos que la manera más barata para reducir los accidentes automovilísticos sea tener menos vehículos en las pistas. Si el costo por accidentes fuera inicialmente colocado sobre los conductores, se lograría el efecto deseado. Sin embargo, si el costo fuera cargado a los peatones, fuera de los pocos conductores a los que podría pagárseles para no conducir, el objetivo nunca se conseguiría. Esto se debe a que, sin cierto grado de coerción, algunos peatones dejarían de pagar la parte del costo de «sobornar» a los conductores para que manejen menos. Ellos serían *free riders* de los peatones que sí pagaron para que disminuya el número de vehículos sobre las pistas. Esta situación es muy parecida a una de un mercado en competencia perfecta en el que, a pesar de que los vendedores podrían obtener altas utilidades si pudieran concertar un aumento de precios, no se produce este acuerdo debido a que cada vendedor individual obtendría una ventaja si vende a un menor precio.

²⁷ Una diferencia en quién es más rico o pobre puede, sin embargo, producir un efecto de compensación indeseable con concomitantes pérdidas secundarias. Si esto es así y tales pérdidas secundarias resultan de un deseo por remover el costo de cualquiera de las partes y pagarlo, por ejemplo, de un fondo general de seguros sociales, entonces es muy probable que ocurra un efecto crucial y seguramente indeseable en cuanto a un costo disuasivo general.

²⁸ No es claro para mí, sin embargo, a pesar de los ejemplos en el artículo del profesor Coase, nota 26 *supra*, en 5-8, que a la larga no existirán diferencias. Asumamos, como yo supongo Coase hace, competencia perfecta y también un sistema de responsabilidad en el cual las vacas de Coase pagan indemnizaciones por daños y perjuicios. Asumamos además que un equilibrio es alcanzado en, a través de la negociación, el cual cada criador de ganado conserva tres vacas y paga al agricultor vecino \$4.00 para evitar la pérdida de \$6.00 del cultivo, Coase asume que plantando un cultivo que las vacas no gustan y el soborno de \$4.00 más el precio de mercado del nuevo cultivo proporcionan al agricultor tanto como el cultivo anterior proporcionaba. En un mundo perfectamente competitivo, suficientes ganaderos y agricultores contratarían en este equilibrio en cada negocio de tal forma que el agricultor marginal y el ganadero marginal ganarían, cada uno, la misma utilidad sobre su inversión —de hecho la misma utilidad disponible en cualquier otra actividad no monopolística. Alteremos ahora el sistema de responsabilidad: las vacas no pagan más por el daño al cultivo. Es verdad, como Coase sugiere, que el ganadero aún conservaría su «óptimo» de tres vacas y que el agricultor plantaría el mismo cultivo que nos les gusta a las vacas. Nada ha pasado para que eso cambie. Pero ahora los agricultores que plantan este cultivo son \$4.00 más pobres de lo que eran antes y los ganaderos son \$4.00 más ricos. Incluso la tasa de rendimiento de la inversión de los ganaderos marginales sería ahora mayor que en otras industrias, la tasa de rendimiento de los agricultores marginales sería menor. Asumiendo, como Coase debe en su mundo perfecto, libre acceso y salida, las personas se trasladarían de ocupaciones neutrales a la cría de ganado, y las personas dejarían la cría de ganado para entrar a estas mismas ocupaciones neutrales. Un nuevo equilibrio sería establecido, y quizás cada ganadero aún conservaría tres vacas y cada agricultor los mismos cultivos, pero ahí habrá, sin embargo, más ganaderos de tres vacas, y por lo tanto más vacas, y menos agricultores y cultivos. Lo cierto es que las normas de responsabilidad sí afectan la cantidad de dinero que las personas ganan —en el corto y en el largo plazo, las personas participarán de aquellas actividades que les den más dinero. Así, aunque cada individuo puede, a través de la negociación, minimizar el efecto de una norma de responsabilidad pagando a la persona a la cual le causó un daño para que haga lo mejor que pueda para evitar el daño, esto sólo puede reducir el efecto de la mala asignación de recursos de originalmente haber puesto el daño en la parte equivocada. No puede eliminarlo. La reducción es suficientemente buena para mí y el análisis de este artículo; si ésta también le satisface al profesor Coase, no lo sé. Ver además la nota 30.

²⁹ COASE, nota 26 *supra*, en 15.

Por lo tanto, en términos de la disuasión de accidentes, existen muchas situaciones en las que no se puede asumir que no hay diferencia dependiendo de a quién se le asigne la responsabilidad inicial³⁰. Tampoco podemos asumir que lo único que necesitamos es determinar qué parte puede minimizar más fácilmente los costos de accidentes, y cargarla con el costo. Primero, podríamos no saber cómo determinarlo. Segundo, no podemos asumir que existe una única parte en esta situación. Por ejemplo, la mejor forma para reducir los accidentes automovilísticos podría ser manejar y caminar menos. Si esto es así, dadas las limitaciones de la «negociación artificial», no podemos simplemente cargar los costos a uno u otro. Tercero, y quizás lo más importante, el mundo es infinitamente más complicado que el ejemplo. La elección no está entre menos carros o peatones. Está entre menos carros antiguos, carros nuevos, carros manejados por jóvenes o ancianos, menos peatones ancianos y lisiados, y todos estos en relación con menos buses y trenes, mejores calles y alumbrado público, entre otras cosas.

En otras palabras, no se puede comenzar determinando la combinación de actividades que, dadas nuestras consideraciones acerca de cuáles son los costos reales de los accidentes, consiguen el grado de reducción de accidentes deseados de la forma más barata posible³¹. Tampoco podemos contar con el mercado para que realice lo mismo a través de «negociaciones artificiales» entre las partes que originalmente cargaron con los costos de los accidentes y las partes que mediante su actividad pueden reducir los costos de los accidentes. El resultado es que a pesar de que hay situaciones en las que la elección de a quién cargar la pérdida original es sencilla

debido a que no hay diferencia o a que la elección depende de una estimación basada en la habilidad relativa para valorizar correctamente los riesgos involucrados, existen otras situaciones en las que la elección de los que soportan las pérdidas originales o, si prefieren, la pregunta de qué pérdida pertenece a qué actividad, no es sólo importante, sino también compleja.

B. Categorías y subcategorías

Esta dificultad, sin embargo, no sería suficiente para abandonar la valiosa aproximación expuesta si se pudiera descubrir respuestas parciales y si una solución parcial fuera la mejor posible. En muchas situaciones en las que es difícil determinar si un accidente es costo de una actividad o de otra, sigue siendo sensato no asignarlo a una tercera actividad. El costo de un accidente automovilístico puede no ser fácilmente dividido entre conducir y caminar, pero en términos generales de disuasión de accidentes es mejor asignarlo a uno, a otro, o a ambos a la vez, antes que externalizarlo. La razón es bastante clara. Si los costos de accidentes son externalizados y se tratan como parte de un esquema de seguro social financiado a través de impuestos generales, la única decisión que podría afectarse, en teoría, sería si viviremos en Estados Unidos o en Argentina. Una vez que las personas deciden vivir en Estados Unidos, no se afectará su decisión de manejar o caminar. Los individuos no están en posición de elegir apropiadamente a favor o en contra de los accidentes, y no existirá ningún tipo de «presión para la disuasión general».

Esto no es para sostener que los accidentes automovilísticos no son también costos

³⁰ Si además mis dudas acerca de la situación en el largo plazo son ciertas, ver nota 28 *supra*, todo lo que Coase prueba es que no importa cómo podamos mal asignar los recursos en primer lugar, el mercado operará a través de negociaciones artificiales para mitigar el efecto de la mala asignación pero no para corregirla del todo. Lo mismo sería verdad si estuviéramos tratando con costos que posiblemente no podrían ser asumidos por la parte originalmente gravada, como si podrían si los costos parecieran pertenecer a esa parte. De este modo, si sin ninguna buena razón el gobierno decidiera trasladar el costo de la contaminación por humo a los fabricantes de televisores, los fabricantes sobornarían a las personas para que usen máscaras antigás, o a las fábricas para que reduzcan el humo, o a ambos, a cualquier nivel que reduzca el costo en forma más barata. La asignación de recursos resultantes sería mejor que si los productores de televisores no pudieran hacer nada para reducir el costo de la contaminación por humo. No sería, sin embargo, una asignación tan buena como una que resultaría si el costo hubiera sido originalmente asignado a la fábrica o al propietario de una casa. El resultado sería, a pesar de la mitigación, que algunos fabricantes marginales de televisores abandonarían, y se fabricarían menos televisores que el óptimo deseado. Lo mismo sería verdad si el costo original fue asignado a los propietarios de casas en el vecindario, no obstante la forma más barata de evitar el daño por humo habría sido que las fábricas instalaran un dispositivo de purificación del humo. Una vez más los propietarios sobornarían a las fábricas para que instalen el dispositivo y el costo sería mitigado –pero algunos propietarios marginales encontrarían excesivo el impuesto adicional y se mudarían con sus suegras. Lo cual tampoco sería el arreglo óptimo.

³¹ Es irónico que esta parezca ser la sugerencia de un ferviente economista «libre mercado» como el profesor Coase, nota 26 *supra*, en 15-28. Puesto que (un tanto aparte del problema de los accidentes como del de los costos) la razón principal de tener al mercado decidiendo cuánto de qué queremos producido y cómo, en vez de decidirlo «administrativamente» o «colectivamente», es la misma dificultad de decidir cuál combinación de bienes produce el mayor valor de producción con los costos más bajos. *Id.* en 40. Por lo que parece extraño asumir que en el caso de los accidentes podemos decidir primero cuánto de qué actividades queremos y luego establecer daño y distribución de costos para provocar esta combinación.

generales de vivir en Estados Unidos. De hecho lo son. Pero el poner el costo en los vehículos o en los peatones no sólo afectará la decisión de manejar o caminar, sino también, si el costo es lo suficientemente significativo, la decisión de mudarse a Argentina.

Este proceso de asignación puede inclusive ir más lejos. Es mejor prorratear los costos de los accidentes entre subcategorías de conductores sobre la base de que algunos son más propensos a accidentes, en lugar de asignar costos iguales a todos. Si los costos de manejar fueran pagados a través de un impuesto a las licencias de conducir, se conseguiría una reducción del manejo. Esta asignación de costos no distingue entre autos viejos o nuevos. Por lo tanto, la mejor manera de reducir los accidentes (la forma más barata de hacerlo, en términos de la decisión por accidentes) sería reducir en algo la actividad de manejar, pero intentando que se manejen automóviles nuevos.

No voy a discutir ahora qué tan lejos se puede llegar en la subdivisión de actividades al asignar los costos de los accidentes. Basta decir que se llega a un punto en el cual el costo de seguir subclasificando es mayor que la ventaja de la elección ofrecida y que, en la práctica, es posible llegar a este punto. En realidad, en el contexto de la subclasificación y de la tendencia a la culpa, las compañías de seguros toman decisiones parecidas todos los días, cuando cargan con mayores cuotas a hombres solteros menores de 25 años que manejan, pero sin subdividirlos entre los solteros de 22 años con 7 meses y los solteros de 22 años con 8 meses.

El punto es simplemente el siguiente: si no existieran costos incluidos en la subclasificación de actividades, sería entonces mejor poner el costo de accidentes de una actividad en la subcategoría más pequeña. Siempre que esta subcategoría tenga la misma propensión que otra subcategoría a los accidentes, la elección entre ambas no se verá alterada, ni tampoco una será más deseada que la otra. En caso tengan una diferente propensión a los accidentes, los individuos se orientarán hacia las más seguras, debido a que el mayor costo de las

actividades peligrosas se verá reflejado en el precio. En ambos casos, la actividad que involucra las dos subcategorías también reflejará su propensión relativa a los accidentes en comparación con otras actividades. Por el contrario, si los costos se asignaran únicamente a la actividad o categoría más amplia, se perdería cualquier posible «disuasión general» al nivel de subactividades.

Por lo tanto, a pesar de que no está claro si el costo de un accidente es atribuible a conducir o caminar en términos de la disuasión general de accidentes, es mejor asignarlo a uno, a otro, o a ambos, que pagarlo de los impuestos generales³². Y, dependiendo de qué tanto se cargue el costo de estas actividades, se logrará una minimización de los costos de los accidentes debido a que se realizará una mejor clasificación por conductores, tipos de automóviles y otros aspectos, lo que incentivará a las personas a trasladarse a las subclasificaciones más seguras.

En este sentido, entonces, el problema de «qué es costo de qué» se ve disminuido. En la medida en que incluso en una situación en la que no haya negociación y donde los costos por accidentes no sean fácilmente divisibles entre las actividades involucradas, es claro que resulta mejor asignarle los costos, pues de esta forma se evita que éstos sean externalizados.

C. Cuando ciertas comparaciones son más importantes que otras

La ausencia de una teoría sencilla para prorratear los costos no es un obstáculo en una situación de negociación en la que las partes están en la posibilidad de encontrar una apropiada asignación de las cargas. Tampoco existe una barrera cuando no hay esperanza de ejercer algún tipo de influencia en una de las actividades involucradas en un accidente. Por ello, si está claro que inevitablemente van a seguir existiendo peatones y que no se puede hacer mucho para alterar sus hábitos o costumbres, y que nuestro interés está en cuánto y qué clase de actividad de manejo es mejor (autos o buses, por ejemplo), entonces resulta apropiado considerar como parte del costo de los autos y buses, los accidentes que cada uno causa en un mundo de peatones³³.

³² Si la subclasificación resulta ser muy cara, entonces el seguro social pagado con los impuestos generales es la mejor solución; ya que, como hemos indicado anteriormente, el seguro social sitúa al costo en la categoría –viviendo en un país dado– de la cual todas las demás clasificaciones son subcategorías. Sin embargo, parece poco probable, en vista de las prácticas actuariales de las compañías de seguros, que ninguna subclasificación valdría la pena.

³³ Y esto de cualquier forma es la razón por la cual «ser peatón» es tomado como fijo. Sea que si «ser peatón» es tomado como fijo porque no hay substitutos para eso, o debido a que por razones políticas o no económicas lo queremos así, la situación permanece igual. No nos interesa comparar sus costos con otras cosas y podemos también obtener la mejor comparación posible entre carros y aviones. Sin embargo, deberíamos ser cuidadosos en a qué nos referimos con «fijos». «Fijos» implica la ausencia de posibles cambios significativos en la forma en la cual una actividad es desarrollada, como también la ausencia de substitutos reales a la actividad. Por consiguiente, si «ser peatones» podría hacerse significativamente más seguro haciendo que los peatones carguen un hipotético dispositivo costoso de seguridad y con el trasladando de forma parcial o total del costo de los accidentes de tráfico con peatones a éstos, con lo que se originaría una presión de costo por los dispositivos, de ninguna manera podríamos considerar «ser peatones» como «fijos».

Lo mismo se cumpliría si, al colocar parte del costo en los peatones, se concluyera, por motivos políticos, sociales, o de compensación, no en que los peatones paguen dicho costo, sino en que el costo sea removido y externalizado tanto de los automóviles como de los peatones, a través de una compensación general pagada de los impuestos generales. En tal caso, deberíamos dejar que los conductores paguen por todos los costos de los accidentes, ya que el seguro social prevendría que la colocación de los costos sobre los peatones llevara a una elección de éstos para prevenir los accidentes, sea entre caminar y, por ejemplo, montar bicicleta. Tomando esto en cuenta, probablemente lográsemos el máximo potencial de la prevención general de accidentes entre automóviles y buses colocando los costos totales de accidentes entre peatones y autos sobre los autos, y los costos totales de accidentes entre peatones y buses sobre los buses³⁴.

También sería este el caso si la participación de los peatones en los costos no fuera cubierta por los «seguros de accidentes al caminar», sino que, en la medida en que caminar es una actividad organizada como manejar, fuera asegurada como parte de un seguro general de «daños que pueden ocurrirle a cualquiera». En este caso, el costo se externaliza del peatón y se vuelve un costo de vida general. Aquí también, el colocar parte de los costos de autos y peatones sobre los peatones no afectaría la cantidad de personas que caminan³⁵. Por lo tanto, el colocar el costo total de accidentes de autos y peatones sobre los autos y de los accidentes de peatones y buses sobre los buses, es lo mejor que podríamos hacer.

Más aun, si nos preocupamos en mayor medida por las actividades de conducir y caminar que por la de ver televisión –si la elección es entre conducir o caminar como una forma de diversión, frente a quedarse en

casa y divertirse frente a la televisión– entonces carece de relevancia qué tanto del costo de accidentes por manejar y caminar sea asumido por cada uno, siempre que juntos asuman la carga total. Y, finalmente, cuando el interés se centra en el problema de determinar si las actividades deberían mantenerse separadas para limitar los costos, parecería mejor colocar los costos en la parte que pueda asumir la tarea de separación de modo más barato. La presunción detrás de estas proposiciones es que nuestra sociedad está interesada en un número limitado de comparaciones y trata una amplia gama de cosas potencialmente intercambiables como se presenten. Aun cuando las comparaciones completas sean deseables, es probable que lo mejor que podamos hacer es realizar comparaciones limitadas³⁶.

Adicionalmente, es preciso destacar que el problema se ve algo mitigado por la posibilidad teórica de lo que hemos denominado «negociación artificial». Supongamos, por ejemplo, que los costos de accidentes de peatones y conductores son colocados totalmente sobre éstos últimos, pues nuestro interés se centró en adecuar los autos respecto a los buses y los tipos de automóviles unos en relación con otros. Asumamos también, que el interés estuvo erróneamente centrado, pues nos debimos ocupar de los peatones frente a los ciclistas o transferir a los peatones a otras áreas, pues éstas habrían sido formas más baratas de impedir accidentes. El error puede ser corregido a través de la negociación artificial. Los conductores o los fabricantes de autos preocupados por los altos costos de utilizar sus productos, pueden considerar adecuado construir vías peatonales lejos de las calles congestionadas o «sobornar» a los peatones para que opten por el ciclismo. A pesar de que la negociación artificial tiene sus limitaciones, tanto en el costo como en la posibilidad, puede ayudar a averiguar errores que son lo suficientemente graves. El intentar

³⁴ Si el conductor no estuviese asegurado y la sentencia carece de efectos, desde luego, ningún efecto disuasivo general sería alcanzado al poner el costo en los conductores. Además, si tal conductor golpea a un peatón, al menos parte del costo del accidente sería externalizado tanto por manejar como por caminar. No sería sorprendente que esas situaciones precisamente den origen a demandas por un seguro obligatorio.

³⁵ Si los peatones estuviesen perfectamente advertidos de los riesgos envueltos en caminar y no cargaran ningún seguro general de accidentes, entonces poner sobre ellos parte del costo de los accidentes de tránsito con peatones sería tan efectivo como si «los seguros de accidentes al caminar» existieran. Ya que, la conciencia del riesgo cumpliría la misma función que el mundialmente solicitado «seguro de accidentes al caminar». Pero tal suposición es tan irreal como la discutida anteriormente, ver *supra*, que antes que las compensaciones para trabajadores industriales fueran creadas los trabajadores industriales estaban individualmente tan prevenidos de los riesgos por accidentes industriales, como sus empleadores luego de instituidas. En realidad, aquellos pocos peatones que estuviesen al tanto del riesgo probablemente serían aquellos que están tan concientes de los riesgos por accidentes que tendrían un seguro general. Para ellos, sin embargo, como acabamos de ver, el costo sería hecho costo general de vida y no afectaría en nada caminar.

³⁶ Con frecuencia la búsqueda por tales comparaciones limitadas trae como consecuencia que los costos totales sean ignados a la actividad más reciente de las que se combinan para producir los costos, y sólo el traslado si, a pesar de cargar con estos costos, la nueva actividad se vuelve algo preponderante. Ver, por ejemplo, Fletcher v. Rylands, L. R. 1 Ex. 265 1866), *a ff'd*, L. R. 3 H. L. 330 (1868).

decidir qué comparaciones son más importantes, junto con la válvula de seguridad de la negociación artificial para remediar los peores errores³⁷, puede ser mejor que cualquier método alternativo de asignación de costos.

Y este es un punto de gran importancia, pues siempre alguien tendrá que asumir los costos que se generan. La asignación basada en una suposición inexacta pero racional, respecto de qué es una compensación importante, tendrá que servirnos para adoptar una decisión sensata «a favor o en contra de los accidentes», antes que adoptar un sistema basado en factores irrelevantes como la culpa o un seguro social, que remueve los costos del ámbito de las comparaciones de mayor relevancia.

D. Donde todas las comparaciones parecen igualmente importantes

Debemos comprender, sin embargo, que en muchas situaciones no resulta tan evidente qué comparación es la más importante. En los casos en que A y B, un conjunto de actividades sustitutas, están involucradas en acciones con C y D, actividades que compiten entre sí pero que no son A y B, y más aun si estamos interesados en la relación al interior de cada conjunto, enfrentamos el problema más difícil al asignar los costos. Lo mismo sucede cuando el interés se centra en el valor comparativo de actividades sustitutas que están involucradas en accidentes una con otra.

Si todos los costos de los accidentes de carteros con perros y de carteros con gatos fueran colocados en el Departamento de Correo, se removería un elemento importante para la elección sobre si tener un perro o un gato. El correo podría considerar importante el sobornar a las personas para que cambien sus perros por gatos, pero los costos de inmiscuirse en una negociación artificial son elevados. Entonces, si tomamos en cuenta que la elección entre perros y gatos es importante para la reducción de la severidad de los accidentes entre carteros y animales, alguna parte del costo de estos accidentes debería colocarse sobre los dueños de los animales. Pero no todo el costo debería colocarse sobre estos últimos, porque esto podría dar lugar a decisiones como que el cartero utilice repelente

de animales o que deje el correo en auto y no a pie.

La pregunta es entonces qué tanto del costo asignar a cada actividad. Yo sugeriría que: 1) a menos que haya razón para sospechar que la elección de un conjunto —por ejemplo, gatos y perros— es más adecuada que las demás para minimizar el costo del accidente, o 2) a menos que esté claro que uno de los dos está en mejor posición para sumir la negociación artificial para corregir un error, o 3) a menos que existan otros motivos, como la compensación, que sugieran una división, no hace diferencia cómo se dividen los costos siempre y cuando todos los miembros del mismo conjunto asuman el costo en la misma proporción. Lo mejor que se puede hacer es colocar una parte de los costos sobre los dueños de perros y otra sobre los dueños de gatos, en proporción con el costo que cada uno tenga en común respecto de los accidentes con carteros. Así, el precio de tener perros y gatos al menos reflejará el peligro relativo de dañar a los carteros que cada uno conlleva, incluso si no muestra el valor absoluto de tal peligro.

Esto deja el problema de la asignación de costos en instancias en las que las actividades involucradas son sustancialmente sustitutas, y es importante compararlas así para determinar la mejor mezcla —perros frente a gatos. Un ejemplo más significativo podría ser una comparación entre carros grandes y pequeños. El costo de tener ambos puede ser significativamente mayor que el costo de tener a cada uno por separado, porque cuando un carro grande y uno pequeño se chocan, el daño es usualmente mayor que si dos carros pequeños o dos grandes hubieran estado involucrados³⁸.

En muchas situaciones en las que tener dos actividades resulta más costoso que tener sólo una, simplemente no vale la pena calcular la asignación de estos costos sino por medio de una simple división. Esto resultaría claro si tener dos actividades no agrega mucho al costo de tener únicamente a una de ellas. También sería claro si la diversidad que supone tener dos actividades parece ser deseada por la sociedad en su conjunto, sin importar qué tantos individuos particulares desean tener la

³⁷ Esto es particularmente cierto cuando la meta es la asignación de recursos, demasiada precisión es tanto inútil como contraproducente por más razones de las que vale la pena señalar. Una buena colección de ellas puede encontrarse en CALABRESI, nota 1 *supra*, en 503-05, 507-14 & nn.17 & 41.

³⁸ N. Y. Times, 2 de junio de 1964, p. 39 col. 2. Comparar *id.*, 3 de junio de 1964, p. 45 col. 1. Con *id.*, 5 de junio de 1964, p. 30 col. 5.

diversidad³⁹. Sólo cuando faltan dos condiciones, y además las actividades son sustitutos cercanos, sería realista pensar que el grado de diversidad será afectado al colocar el costo agregado de tener ambas actividades en una u otra de ellas.

Pueden usarse algunas herramientas analíticas para respaldar este aspecto del problema, pero normalmente se trata de herramientas impracticables. Primero, cuando una de las actividades puede ser considerada como agregada a una situación preexistente, sería correcto asignar el costo de diversidad total (la diferencia entre el costo de los accidentes que involucran a A y B y el costo estimado si sólo A se hubiera realizado) a la nueva actividad. Así, si viviéramos en un mundo de carros grandes, los carros pequeños sólo valdrían la pena si los conductores pudieran satisfacer los costos que ellos agregan. Esto seguirá siendo cierto incluso si los costos totales fueran menores en un mundo en el que sólo existieran carros pequeños, si el gasto de cambiar por completo a carros pequeños es mayor que los ahorros que tal cambio acarrearía. Segundo, cuando ninguna actividad pueda ser considerada como dominante, entonces los costos de la diversidad deberán ser asumidos por la actividad que, en caso contrario, sea socialmente más cara. Si los costos fueran minimizados por tener carros pequeños, entonces la diferencia entre los costos si únicamente los carros pequeños estuvieran involucrados en los accidentes y los costos cuando los carros grandes y pequeños están involucrados, deberían ser colocados en los conductores que eligen los carros grandes, porque son los socialmente más caros⁴⁰.

Aunque el problema práctico de conocer cuál de los sustitutos tomados individualmente tendría el costo social más bajo se enfrenta con la utilidad relativa de este tipo de análisis, quizá pueda hacerse, hasta cierto punto, una suposición *ad hoc* de qué actividad hubiera

sido originalmente más deseable. Cuando este tipo de suposición resulta muy compleja, lo mejor que puede hacerse es olvidar los «costos de diversidad» y dividir los costos de tal forma que la elección entre actividades en competencia pueda basarse en los costos que cada una de ellas genera.

E. Una aproximación práctica a las comparaciones multilaterales o «actividades comprometidas»

A pesar de la falta de cualquier base cierta para prorratear el costo de un accidente entre las actividades involucradas, se ha demostrado que en varias situaciones existen guías sustanciales para la asignación de costos en un sistema de responsabilidad objetiva. Sin embargo, subsiste un gran número de casos en los que no hay criterios racionales para dividir el costo de los accidentes entre las actividades involucradas. Es posible, sin embargo, una solución directa, aunque preliminar, para estos casos. El costo de cada accidente puede ser dividido a prorrata entre las actividades involucradas y luego acumulado para cada actividad.

Por ejemplo, si un carro y un peatón están involucrados en un accidente, el costo será dividido entre manejar y caminar. Si están involucrados un carro, un peatón y un ciclista, el costo se dividirá en tres. Si un costo puede asignarse a dos de las tres actividades, de acuerdo con cualquiera de los criterios previamente desarrollados, entonces esta asignación deberá realizarse por dos tercios del costo, y la tercera actividad asumirá el saldo restante. Al final de cualquier periodo de tiempo, aquellas actividades que están comprometidas en un mayor número de accidentes o en accidentes más caros, asumirán la proporción más grande de todos los costos. De acuerdo con la teoría, los sustitutos más seguros reemplazarán a las actividades más caras, pues se hace que éstas

³⁹ Así, una sociedad ridícula podría creer que hay un mérito especial en tener tanto carros grandes como pequeños. La variedad parecería ser un símbolo de riqueza que la sociedad desea perpetuar. Si este valor simbólico fuera valorado insuficientemente por los compradores individuales, tal sociedad podría no querer que los costos agregados de la diversidad sean asignados totalmente ni en los carros grandes ni en los pequeños. Debido a que esta asignación podría dar como resultado que un tipo de carro se vuelva predominante. En el caso extremo, la sociedad ridícula podría incluso remover todos los costos de la diversidad de ambos. Desde luego, no es difícil pensar en motivos más sabios para el anhelo colectivo de cierta diversidad de costos.

⁴⁰ Señalar que los carros grandes son «socialmente más caros» que los carros pequeños significa que serán menos deseados por el precio que costarían que si fuesen el único tipo de carro y cargaran con todos los costos de los accidentes, que los carros pequeños en una situación similar. Obviamente, es más que difícil saber si esto sería así. Y, en realidad, hacerlo hace a uno el blanco de exactamente los mismos comentarios vertidos sobre el profesor Coase en la nota 31 *supra*.

últimas asuman los costos de los accidentes⁴¹. Incluso si las categorías son inicialmente definidas en términos de factores que no están relacionados con la tendencia a los accidentes, este defecto eventualmente saldrá del sistema.

De esta forma, si todos manejaran carros azules y estos carros estuvieran involucrados en todos los accidentes, entonces la actividad de conducir asumiría gran parte de los accidentes. Caminar, montar bicicleta, y otras actividades similares asumirían el resto. Si de alguna forma el color azul fuera considerado importante, se presentaría un cambio de automóviles azules a rojos, pero como no ayudaría a reducir los costos de los accidentes, el error no persistiría. Si un cambio de autos grandes a pequeños redujera los costos, entonces tal cambio llegaría al extremo de que el costo diferencial entre autos pequeños y autos grandes fuera magnificado por el costo de asignación del año previo.

Este método permite el trato especial en los casos en que existen criterios más exactos para asignar costos, mientras nos ocupamos de todas las demás situaciones en términos de preponderancia de actividades involucradas. Su base es la presunción de que a pesar de que no podemos encontrar criterios para asignar los costos, sí se pueden encontrar criterios para determinar las actividades involucradas. Una vez más, es necesario tener en cuenta que no tratamos las actividades como «involucradas» para establecer nociones metafísicas de causalidad, sino para realizar comparaciones entre actividades que, al menos potencialmente, sean sustitutas. No es nuestro

propósito tratar cada causa *sine qua non* como comprometida en un accidente. Pues mientras que en la mayoría de accidentes están entre las causas *sine qua non* algunas actividades que pueden ser correctamente comparadas con actividades sustitutas, también habrá otras causas *sine qua non* que no vale la pena comparar. Esto puede deberse a que: 1) virtualmente casi no hay sustitutos con menos potencial para causar accidentes, 2) la actividad y sus sustitutos aparecerán con tan poca frecuencia en tales accidentes que cualquier costo de asignación para ellos podría no tener un efecto significativo en la elección, o 3) asignarles el costo inicialmente resultaría en remover el costo y externalizarlo fuera de las causas⁴².

No siempre será sencillo determinar qué causas deben excluirse como coincidentes. Por ejemplo, supongamos que un automóvil atropelle a un peatón y que el conductor señala que estaba distraído por un avión que volaba bajo. En el curso normal de las cosas, los aviones no serían una causa suficientemente significativa de accidentes entre peatones y automóviles como para preocuparse. Sin embargo, si un número considerable de accidentes ocurriera cerca de los aeropuertos, y un número suficiente de ellos involucrara la distracción del conductor por un avión, entonces tal vez valdría la pena considerar que los aviones están involucrados. En ese caso, la acumulación de estos costos y otros costos causados en parte por el ruido del aeropuerto podrían inducir a la instalación de mecanismos para disminuir los ruidos o la reubicación de aeropuertos. El punto es que a menudo no bastará ver el caso inmediato,

⁴¹ «Involucración», sin embargo, que dado que divide los costos, no es tan buena como la asignación a una de las partes en base a los factores previamente discutidos –si tal asignación puede ser hecha. Asuma, por ejemplo, que un accidente que involucra dos actividades cuesta \$80 cada vez que ocurre; asuma también que tal accidente podría ser siempre evitado por cualquiera de las actividades con la instalación de un dispositivo de seguridad que cuesta \$60 por cada accidente prevenido. Una prueba de «involucración» le costaría a cada parte \$40. Una primera mirada nos diría que ninguna de las actividades instalaría el dispositivo de seguridad. Sin embargo, cualquiera podría hacerlo como resultado de la «negociación artificial». Pero si el costo de participar de una «negociación artificial» es más de \$20, ninguna negociación de ese tipo sería llevada a cabo y el accidente no sería evitado incluso si cualquiera de las partes fuera originalmente cargada con el costo total del accidente, el dispositivo de seguridad no sería instalado de buena gana, como debiera ser. A fin de que esta situación no parezca peor de lo que en realidad es, la conclusión opuesta sería alcanzada si en vez de la situación descrita, postulamos el caso en el cual la única forma de evitar el accidente sería si las dos actividades modificaran en algo su comportamiento, por ejemplo con la instalación en ambas de un dispositivo de seguridad de \$30. Dejando de lado estos extremos, el ejemplo sugiere que hay situaciones en las cuales, en general, tener a alguien que asuma el total de la pérdida es deseable. Usualmente estos serán casos donde, sobre la base de los factores discutidos anteriormente, consideremos a una de las partes como la mejor para asumir la pérdida. También habrán muchos casos en los que tal asignación no podrá ser hecha, pero estos serán por lo general casos en los cuales en todas las actividades involucradas, algunas acciones reductoras de accidentes parecen ser convenientes. Y en estos casos el tipo de división que la «involucración» hace es probablemente la mejor disponible.

⁴² Esta eliminación de las cláusulas *sine qua non*

poco importantes no es en realidad más que una aplicación generalizada de los criterios derivados de nuestra anterior discusión de «Cuando ciertas comparaciones son más importantes que otras», *supra*, a una situación multilateral. En nuestra discusión usamos los criterios para identificar a quien mejor asumiera el costo en un accidente que involucrara muchas posibles acciones acumuladas. Aquí los usamos para la tarea más fácil de excluir algunas de las potenciales actividades involucradas y dejar todas aquellas sobre las cuales tengamos suficientes dudas, de tal forma que una división del tipo «involucración» parece conveniente.

sino que será necesario descubrir si una causa co-incidental aparente está involucrada de manera similar en otro tipo de accidentes.

En otras palabras, «involucrar» es un término utilizado para incluir todos los otros factores que son parte de un accidente y que pueden ser reemplazados por sustitutos con un potencial de accidentes sustancialmente diferente⁴³. Incluye aquellos factores que son «típicos» de un accidente y deja de lado aquellos que son «incidentales». A pesar de que el ejemplo muestra que la tipicidad e incidentalidad no son nociones en absoluto sencillas, al menos son manejables⁴⁴.

V. CONCLUSIÓN

¿A dónde nos conduce todo esto? Debería quedar claro que en este análisis no he intentado establecer un «sistema» para tratar los costos de accidentes en alguna o todas las áreas propuestas. Ni siquiera he hecho el intento en el área de los accidentes entre automóvil y peatón, para especificar si los costos de los accidentes deberían ser divididos entre los peatones y los vehículos o tan sólo cargados a una parte y, en caso debieran ser divididos, si la mejor manera es excluyendo ciertas cuestiones del daño de recuperación permisible o computando todos los daños y luego dividiéndolos entre las actividades involucradas. Tales decisiones de política específica dependen sólo en parte del análisis del desincentivo general en el cual me he centrado. Además, incluso si sólo dependiera de este factor, resultaría esencial una gran cantidad de información empírica sobre el gasto administrativo de varios sistemas, así como sobre la importancia de varias comparaciones.

Lo que he tratado de hacer es clasificar una parte de la base teórica para estos juicios parciales. Al hacerlo, he sugerido que, usualmente en nuestra sociedad, las decisiones acerca de qué tanto debemos impedir los accidentes se toman de manera tal que combina la elección de mercado con las decisiones

políticas colectivas. Siento que la elección puede hacerse de manera más efectiva a través de un sistema de responsabilidad por accidentes basado en el «involucramiento» de un accidente, en vez de basarse en la culpa, y combinado con un sistema de multas penales y semi penales para conductas específicas y controladas por decisiones políticas colectivas sobre la conveniencia o inconveniencia de ciertas actividades sin que importe el mercado.

Cuando nos ocupamos de desincentivar actividades que tienen una cierta utilidad social pero que causan accidentes, el primer paso en decidir qué tanto de estas actividades todavía se desea puede decidirse a través del mercado. Son demasiadas las decisiones que se toman colectivamente como para esperar que en este caso se adopte una decisión inteligente. Sin embargo, en un área amplia y en crecimiento, no estamos satisfechos con que únicamente el mercado determine la utilidad de la regla social. Esto es debido a la inexactitud inherente tanto al mecanismo del mercado como a la estimación de los costos de los accidentes y a quién le pertenecen. También se debe a que, en un área en crecimiento, los individuos no saben qué es lo mejor para ellos mismos⁴⁵. Por estas razones, es inevitable e incluso deseable cierto grado de subsidio o desincentivo de actividades, basado en decisiones colectivas que gobiernan el mercado. Tales decisiones — como aquella de subsidiar a los conductores mayores de setenta años o prohibir que los ebrios manejen — son, sin embargo, tomadas más adecuadamente cuando se toman de manera abierta, para que sea claro que cuando tomamos tales decisiones lo que estamos diciendo realmente es «en este caso las consideraciones distintas de la elección individual entre las alternativas, son superiores y reemplazarán a la elección individual».

Puesto este énfasis sobre el desincentivo general de las actividades que causan accidentes, no excluyo el desincentivo específico que, se afirma a menudo, es ocasionado por la responsabilidad por culpa. Simplemente creo

⁴³ No quiero decir que tales decisiones deberían hacerse sobre la base de un análisis caso por caso. Esa pregunta es por entero materia de los costos involucrados. Puede haber algunos casos en los cuales una determinación caso por caso de cuáles actividades están involucradas y cuáles no valgan el costo extremo de esas determinaciones. En otras áreas comunes de aplicación general el hecho que la «involucración» pueda hacer un casi tan buen trabajo y que lo haga mucho más barato que una aproximación caso por caso sería concluyente.

⁴⁴ Los términos «tipicidad» e «incidentalidad» no tienen significado en sí mismos; sólo se espera que sean indicativos de la discusión que los precede.

⁴⁵ La importancia de esta tendencia puede fácilmente ser exagerada mirando a aquellas áreas de la economía donde la publicidad juega su rol más significativo. Entonces es fácil, pero ciertamente no siempre correcto, asumir que las decisiones hechas por los individuos son irracionales y, más importante, que todos los individuos se arrepentirán de haberlas hecho. Pero el área de las decisiones de los consumidores finales, incluso si fueran tan irracionales como algunas veces pensamos, es sólo una pequeña parte de la película. Si consideramos todas las decisiones que son hechas, en un nivel de producción, por individuos operando bajo el mecanismo del mercado, es mucho más fácil concluir que los que toman decisiones individuales aún velan mejor por ellos que lo que haría cualquier otro.

que la mejor manera de prohibir los actos que son lo suficientemente malos y que deberían ser prohibidos sin importar su utilidad para el mercado, no es a través de un sistema de culpa vinculado con un mecanismo de seguro que remueva la mayor parte del desincentivo específico deseado. Por el contrario, la manera de hacer efectivo tal juicio político es a través de multas penales o semi penales.

Al elaborar este enfoque del desincentivo general, he invertido un buen tiempo en los problemas más difíciles de qué son los costos de accidentes y quién debe asumirlos. He hecho esto desde el punto de vista de la compensación. Esto es simplemente por claridad y no porque considere que la compensación es un objetivo del derecho de accidentes. Sin embargo, admitiré luego que si la compensación fuera el único objetivo, entonces el mejor método para conseguirla sería el sistema del seguro social general, el cual externaliza los costos de los accidentes sacándolos de cualquier decisión de mercado.

Sin embargo, el seguro social no parece ser la solución si estamos interesados en los «ahorros» conseguidos a través del desincentivo general, así como los ahorros conseguidos a través de la compensación. En realidad, sí puede demostrarse que existe un sistema que combina una cantidad sustancial de desincentivo general con un adecuado grado de compensación, ese sistema puede ser mucho mejor que el seguro social o un esquema óptimo de desincentivo general.

El resultado es que podemos ser influidos por motivos de compensación en la división de los costos de los accidentes entre autos y peatones. Si tenemos dudas acerca de la adecuada división de costos, o sobre cuáles son las comparaciones importantes desde el punto de vista del impedimento general, tal vez sea correcto hacer la división de modo tal que consiga la mejor compensación (difusión del riesgo). Porque en este caso se perderían muy pocos ahorros del desincentivo general por dicho traslado, y se ganarían ahorros sustanciales de la compensación.

En realidad, sería una gran tontería establecer un sistema –incluso uno perfecto– para el desincentivo general del mercado, si este sistema fuera tan desagradable en el terreno de la compensación que pronto sería reemplazado por el seguro social, para así conseguir la compensación. Y este, por supuesto, es otro

problema con la responsabilidad por culpa. Pues incluso si consiguiera el desincentivo general tan bien y tan barato como el sistema de «involucramiento», es en apariencia tan indeseable desde el punto de vista de la compensación que es constantemente atacado.

Este ataque llega muy a menudo de la simple alternativa del seguro social. Tal resultado eliminaría incluso el desincentivo general atenuado que consigue el sistema de culpa y, por lo tanto, reduciría de manera sustancial la esfera de elecciones informadas individuales de mercado, respecto de actividades y accidentes en nuestra sociedad. En otras palabras, si nos aferramos muy obstinadamente a un sistema que nos ofrece cierto desincentivo general poco efectivo y que nos otorga una pobre compensación, podemos encontrar que al final terminamos con un sistema que no nos ofrece ningún desincentivo general, o elección de mercado sobre las acciones, a cambio de una mejora en la compensación que tal vez no deseemos ni necesitemos. Esto sucedería a pesar del hecho que un pequeño trabajo sobre el tema pudiera desarrollar un enfoque modificado de la responsabilidad de la empresa, que nos brindaría un mejor desincentivo general que la culpa y tanta compensación como deseemos.

Finalmente, por supuesto, el problema de qué hacer en esta área refleja un problema aun mayor, pues nos encontramos frente al hecho que un sistema acogido desde hace tanto tiempo (culpa) no sirve para satisfacer una demanda moderna (compensación). Podemos reaccionar a esto dividiendo entre dos campos hostiles el esquema «conservador» y el esquema «radical», con el resultado de que ninguno se logre, o de que desterramos todos los aspectos de nuestro anterior sistema y diseñemos uno que satisfaga todas las demandas, sin tomar en cuenta el costo (seguro social). Alternativamente, podemos trabajar para ver si hay otras maneras de retener lo que consideramos importante del antiguo sistema y, sin embargo, satisfacer adecuadamente las demandas que dejó insatisfechas. Pienso que tal terreno intermedio existe en alguna parte dentro de una aproximación de la responsabilidad objetiva de la empresa, combinada con daños y perjuicios o multas penales para algunos actos específicos. También creo que el encontrar tal terreno intermedio es la marca de un sistema político legal que funciona.