

Instrumentos de control social y derecho de daños

Pablo Salvador Coderch

Catedrático de Derecho Civil
Universitat Pompeu Fabra

Antonio Fernández Crende

Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra

255

Abstract

Como cualquier otra política de control social, la que trata de minimizar los costes sociales de los accidentes puede tratar de alcanzarse con dos tipos de medidas o instrumentos, jurídicos y no jurídicos. Los primeros son de origen o aplicación estatales. Los más importantes son las leyes del parlamento, los reglamentos del gobierno, así como los actos administrativos de los organismos encargados del control de la actividad (las agencias reguladoras) y las sentencias y resoluciones judiciales. En cambio, los segundos son de origen y aplicación no estatales y, entre ellos, destacan las normas sociales. El presente trabajo ofrece un abanico de los posibles instrumentos a nuestro alcance.

Sumario

- 1. Instrumentos jurídicos para minimizar los costes de los accidentes**
 - 1.1. Medidas que tienen en cuenta una conducta generadora de un riesgo (act-based) o la causación de un daño (harm-based)
 - 1.2. Sanciones monetarias y no monetarias
 - 1.3. Aplicación de la medida a iniciativa pública o privada
 - 1.4. Líneas definitorias de las reglas de responsabilidad civil
- 2. La elección del instrumento jurídico en función del momento de intervención, del tipo de sanción y de la aplicación, pública o privada**
 - 2.1. ¿Cuál es el estadio o momento óptimo de intervención?
 - 2.2. ¿Qué tipo de medida -monetaria o no monetaria- resulta más apropiada?
 - 2.3. ¿Qué es preferible, su aplicación a iniciativa pública o privada?
- 3. Instrumentos no jurídicos para minimizar los costes de los accidentes**
 - 3.1. Las normas sociales
 - 3.2. Dinámica de las normas sociales: su internalización y papel en la conformación de preferencias individuales
- 4. El Derecho de Daños como instrumento de control social: un ejemplo sencillo aplicado a la instalación de dispositivos ABS para vehículos**
- 5. Conclusiones**
- 6. Bibliografía**

1. Instrumentos jurídicos para minimizar los costes de los accidentes

Los instrumentos jurídicos son de origen o aplicación estatales. Los más importantes son las leyes del parlamento, los reglamentos del gobierno, así como los actos administrativos de los organismos encargados del control de la actividad (las agencias reguladoras) y las sentencias y resoluciones judiciales. El Estado también aplica instrumentos que no ha creado, pero que reconoce y a los que atribuye efectos jurídicos: la costumbre en defecto de ley y los usos mercantiles, los estándares científicos y tecnológicos, etc.

La teoría de la elección racional, dominante en ciencia política, concibe la legislación como el resultado de la competencia entre grupos de intereses, con ventaja para los más pequeños, pero mejor organizados frente a los más grandes y difusos¹. A su vez, legisladores, burócratas y jueces compiten entre sí por el poder de decidir y las ventajas consiguientes².

Los instrumentos o medidas jurídicos pueden, a su vez, subdistinguirse en función de:

- a) La circunstancia tenida en cuenta por el supuesto de hecho de la regla de que se trate según sea una conducta peligrosa o, directamente, la causación de un daño.
- b) La naturaleza monetaria o no monetaria de las sanciones previstas en la consecuencia de derecho.
- c) El carácter público o privado de la iniciativa de aplicación de la regla³.

1.1. Medidas que tienen en cuenta una conducta generadora de un riesgo (*act-based*) o la causación de un daño (*harm-based*)

Desde el punto de vista del momento de aplicación del instrumento, puede tratarse de medidas cuyo supuesto de hecho contempla la realización de una conducta arriesgada que se quiere controlar o de la causación del daño en que se concreta el riesgo en cuestión.

Una sanción puede, en primer lugar, imponerse sobre la comisión de una conducta arriesgada que, por definición, debe incrementar la probabilidad de la ocurrencia de un determinado daño, independientemente de que ese mismo daño se haya materializado de forma efectiva (*act based sanctions*).

Alternativamente, cabe asociar la imposición y ejecución de la sanción no ya a la simple realización de una conducta peligrosa sino a la concreción del riesgo de que se trate, es decir, a la producción de un resultado dañino (*harm-based sanctions*).

¹ Mancur OLSON (1965).

² Para teorías positivas de la legislación, la regulación y la aplicación judicial del derecho, véanse: Kenneth A. SHEPSLE/ Mark S. BONCHEK (1997); Robert COOTER (2000); y W. Kip VISCUSI/ John M. VERNON/ Joseph E. HARRINGTON, Jr. (2000).

³ Steven SHAVELL (1993); Steven SHAVELL/ A. Mitchell POLINSKY (1998); y Steven SHAVELL (2003).

La conducción de un automóvil a velocidad excesiva conlleva sanciones de multa o más graves aunque no se produzca ningún accidente (*act-based sanction*), pero si lo hay y resultan daños personales graves, el conductor estará sujeto a sanciones penales y será condenado a indemnizar daños y perjuicios (*harm-based sanction*). En este sentido, el art. 383 CP establece que "cuando con los actos sancionados en los artículos 379 [conducción de un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacentes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas], 381 [conducción de un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta poniendo en concreto peligro la vida o la integridad de las personas] y 382 [causación de riesgo grave para la circulación colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables, etc.] se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces y Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, condenando en todo caso al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado".

1.2. Sanciones monetarias y no monetarias

En análisis económico del derecho, una distinción fecunda es la que media entre sanciones monetarias, como, por ejemplo, las multas, y no monetarias, como, por ejemplo, las penas privativas de libertad o las de inhabilitación). La anterior no coincide con la distinción entre sanciones económicas y no económicas, pues todas comportan una o u otra consecuencia económica, en cuanto suponen costes para el sancionado y para quien sufrague el coste de imponer la sanción. Una pena privativa de libertad de prisión, el cierre de un establecimiento o la inhabilitación para realizar determinadas actividades pueden ser muy gravosas y, desde este punto de vista, son tan sanciones económicas como puede serlo una multa, pero además pueden ser mucho más costosas. Sin embargo, aquéllas no son sanciones monetarias.

Si los individuos son neutrales al riesgo, el sistema más eficiente de exigibilidad de la ley es aquel en el que la multa sea la mayor posible, tendencialmente igual a la fortuna de los individuos cuyo comportamiento quiere controlar. Esto facilita que se reduzcan los costes de la probabilidad de detección y que se ahorren costes de ejecución. Sin embargo, la gente es aversa al riesgo y hay errores de aplicación.

1.3. Aplicación de la medida a iniciativa pública o privada

Por último, la aplicación de la medida puede ser desencadenada por un órgano del Estado o por un particular. Así, los delitos perseguibles de oficio caen dentro de la primera categoría y la responsabilidad civil del fabricante dentro de la segunda.

Hay categorías intermedias, pues, en la práctica, la distinción entre derecho privado y derecho público sancionador no es polar: hay delitos perseguibles a instancia de parte (calumnia e injuria de particulares (art. 215.1 CP)) o a denuncia del agraviado (incumplimiento de deberes legales de asistencia familiar (art. 226 CP) o impago de pensiones (art. 227 CP) en relación con el art. 228 CP), otros en los que, además de la denuncia, el agraviado puede perdonar al infractor (calumnia e injuria (art. 215.3 CP)), e incluso en los delitos perseguibles de oficio por el ministerio fiscal, el

agraviado puede constituirse en acusación particular. La misma elección de la vía penal en lugar de la civil comporta costes distintos para la víctima: la carga de la producción de la prueba es mayor en el proceso civil que en el penal, pero sucede lo contrario con la carga de la persuasión, al menos en teoría (para esta distinción, véase Fernando GÓMEZ POMAR (2002)).

Las clasificaciones anteriores permiten analizar y evaluar las reglas de la responsabilidad civil desde el punto de vista de sus ventajas e inconvenientes relativos, es decir, comparadas con otros instrumentos jurídicos que también pueden contribuir a minimizar los costes sociales de los accidentes.

1.4. Líneas definitorias de las reglas de responsabilidad civil

La medida o instrumento jurídico que define la responsabilidad civil, es decir, la pretensión indemnizatoria por daños causados al actor:

- a) Es una medida basada en la causación de un daño, pues se aplica después de la realización de la conducta causante del daño y de que éste mismo se haya producido.
- b) La sanción o, mejor dicho, la consecuencia de derecho prevista -pagar una indemnización- es monetaria.

La condena a indemnizar los daños causados no es, estrictamente hablando, una sanción. Además, cuando se reclama una indemnización al causante de un daño que podría reiterar su comportamiento perjudicial es frecuente ejercitar simultáneamente una acción de cesación en virtud de la cual se pide al Tribunal que condene al demandado a cesar en su comportamiento dañino y a abstenerse de realizarlo en el futuro.

Por otro lado, tampoco es del todo cierto que la pretensión de daños sea exclusivamente indemnizatoria, pues, con ciertas limitaciones, el dañado puede pedir la reparación material del bien jurídico dañado o su sustitución por otro equivalente.

- c) Y, por último, la iniciativa de su aplicación es privada, pues corresponde instarla a la víctima o a uno de sus parientes o allegados.

Sin embargo, en el proceso penal, el ministerio fiscal ejerce simultáneamente las acciones penales y civiles a no ser que el ofendido renunciare expresamente a su derecho de restitución, reparación o indemnización, en cuyo caso se limitará a pedir el castigo de los culpables (art. 108 LECr). Parecidamente, el ministerio fiscal actúa en representación de las personas desvalidas (art. 3.7 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal).

2. La elección del instrumento jurídico en función del momento de intervención, del tipo de sanción y de la aplicación, pública o privada

Si nos preguntamos ahora qué alternativa dentro de cada miembro de la tripartición expuesta resulta preferible para tratar de conseguir un objetivo determinado de política jurídica, las respuestas que obtengamos arrojarán luz sobre la naturaleza y características del instrumento jurídico preferible.

2.1. ¿Cuál es el estadio o momento óptimo de intervención?

En este caso, la respuesta dependerá de factores tales como:

- La magnitud de las sanciones previstas. Si es muy reducida y no puede incrementarse con facilidad, difícilmente podrá ser usada para prevenir o impedir comportamientos peligrosos y habrá que recurrir a medidas *ex ante*: es más razonable instalar una valla que amenazar con una multa a quien se aproxima a un precipicio, junto a una vista muy panorámica y frecuentada por mucha gente.
- Los costes de aplicación de la medida, que variarán según el estadio de su aplicación, anterior o posterior a la realización de la conducta o a la producción del daño. Así, las medidas asociadas con la realización de una conducta no tienen por qué ser tan severas como las que lo están con la producción de un daño, salvo que la probabilidad de causarlo sea uno, ventaja que se incrementa aún más si los agentes sociales son aversos al riesgo. Además, los costes de imponer sanciones en función de la conducta pueden diferir de los costes de imponerlas en función de la producción del daño. Inversamente, puede ser difícil calcular el daño esperado debido a un acto, pero muy fácil de calcular el daño realmente causado por él, en cuyo caso es preferible la sanción asociada al daño actual a la asociada al daño probable.
- La asimetría de la información entre el Estado y los particulares acerca del agente, su conducta y los resultados de ésta: en principio, cuanto más tardía sea la intervención estatal, más información tendrá el Estado acerca del carácter más o menos peligroso del acto de que se trata. Recíprocamente, cuanta más información tengan los particulares acerca de la peligrosidad de sus propias conductas, más atractiva será una intervención *ex post*.

2.2. ¿Qué tipo de medida -monetaria o no monetaria- resulta más apropiada?

- Por lo general, las sanciones monetarias son preferibles a las no monetarias, pues las primeras son mucho más baratas de imponer y de ejecutar que las segundas y, además, no son incapacitantes, es decir, no impiden que el sancionado lleve a cabo otras actividades legales y socialmente beneficiosas.

- Si los causantes potenciales del daño son sólo parcialmente solventes, sanciones monetarias podrán resultar insuficientes por lo que habrán de ser sustituidas por sanciones no monetarias o, aún mejor, por medidas desencadenadas por la realización de la actividad, como el establecimiento de un seguro obligatorio o la prohibición de actividad por debajo de un nivel determinado de solvencia. Y si son absolutamente insolventes, no quedará más remedio que conminar la comisión de la conducta que se trata de impedir con sanciones no monetarias, como la pena privativa de libertad. Parecidamente, habrá que recurrir a sanciones no monetarias e incapacitantes si la conducta peligrosa es imposible de prevenir por irracionalidad de quien la lleva a cabo (por intoxicación, enfermedad mental, etc.).
- Las sanciones, para ser óptimas deben ser equivalentes al daño probable resultante de la conducta perjudicial que se trata de prohibir o controlar.
- Igualmente, habrá que tener en cuenta la mayor o menor dificultad de identificar al infractor, es decir, la probabilidad de la imposición efectiva de la sanción, así como los costes de gestión del sistema sancionador: sanciones muy graves deberán imponerse con escasa frecuencia, pues resultan tremendamente disuasorias, pero, a cambio, incrementan mucho los costes de un error en la identificación del culpable y sólo influyen sobre las conductas de los infractores marginales.
- También habrá que considerar el importe de los beneficios privados resultantes de la comisión del acto de que se trate, pues si son superiores al importe o estimación de la sanción su imposición resultará ineficaz.
- Más polémicamente, la riqueza del causante del daño es un factor adicional que, según algunas opiniones, debería tenerse en cuenta.

Dado que la función de utilidad crece menos que proporcionalmente con los incrementos de ingresos, algunos sostienen que sólo una sanción monetaria muy elevada hará perder al infractor rico la utilidad que el daño restó a su víctima pobre. Mas ello produce un obvio efecto de sobreprevención y puede producir otro paralelo de sobrecompensación si todo el importe de la sanción monetaria es cobrado íntegramente por la víctima. El primero es un despilfarro, pues desincentiva en exceso actividades socialmente útiles. El segundo es una lotería injusta, pues premia a las víctimas pobres de dañadores ricos. La decisión de imponer sanciones graduadas en función de la riqueza del infractor está justificada para conductas claramente antisociales por cuya realización la sociedad no sólo no obtiene beneficio alguno, sino que además considera absolutamente intolerable (es decir, considera como un perjuicio) el beneficio o satisfacción privados conseguidos por el infractor. Un ejemplo es el del criminal sadomasoquista que obtiene utilidad - placer perverso- con su crimen.

2.3. ¿Qué es preferible, su aplicación a iniciativa pública o privada?

- En ocasiones, la víctima es quien está en mejor situación para identificar al causante a menor coste. Así suele suceder en derecho de contratos y en muchos casos de responsabilidad civil en los cuales es preferible la iniciativa privada de aplicación de la medida.
- En otras, los costes de identificación del causante de daños son muy elevados para la víctima, sea ya porque, por ejemplo, ignore quién la perjudicó o porque tema sus represalias. En ellos, puede resultar preferible la iniciativa pública (o una regla de responsabilidad colectiva).
- En unas terceras, el acto ilegal perjudica a la víctima, pero, además, a la sociedad por lo que la aplicación pública resulta indicada.
- A veces, el daño conjunto o colectivo es grave, pero es socialmente muy difuso ya que su entidad individual es reducida y nadie en particular tiene incentivos para poner en marcha la maquinaria del derecho. Entonces, la iniciativa pública está claramente indicada. Mas también hay iniciativas privadas colectivas, como las acciones de clase.

3. Instrumentos no jurídicos para minimizar los costes de los accidentes

Los instrumentos no jurídicos son de origen y aplicación no estatales y, entre ellos, destacan las normas sociales. Éstas pueden alinearse con los instrumentos del derecho para tratar de conseguir los mismos objetivos y finalidades, pero también pueden contradecirlos, contrarrestando o incluso anulando su eficacia.

3.1. Las normas sociales

Hemos definido las normas sociales de forma negativa –son todas aquéllas que el Estado no crea o no aplica- y como todo lo que se caracteriza negativamente, su naturaleza es muy diversa: así, son normas sociales las reglas que definen –y modifican- las lenguas vivas; las deportivas; las que versan sobre los comportamientos socialmente más apropiados para tal o cual circunstancia –saludo, tratamientos, *manières de table*, comportamiento, etiqueta y hasta lenguaje corporal según el tipo de acontecimiento social –conferencia de prensa, invitación a cenar, boda, funeral, etc-; normas morales o religiosas; usos, plantillas, procedimientos o estándares seguidos por una empresa, una industria o un mercado, etc. ⁴.

⁴ Kaushik BASU (1998); Richard A. POSNER (1997); Eric A. POSNER (2000); Richard A. POSNER y Eric B. RASMUSSEN (1999); Robert ELLICKSON (1991); Robert ELLICKSON (1999); Stewart MACAULAY (1963); Lisa BERNSTEIN (1992); Lisa BERNSTEIN (1996); Lisa BERNSTEIN (1999); Lisa BERNSTEIN (2001).

Las sanciones que acompañan o siguen a la infracción de las normas sociales reflejan esta diversidad y permiten una caracterización positiva de las normas sociales⁵:

a) Normas autoejecutivas

Así, hay normas autoejecutivas (*self-enforcing*), pues, con frecuencia, su infracción misma desencadena la aplicación automática de la sanción, v. gr., la ocurrencia de conducir en contradiirección acaba en colisión con otro vehículo.

b) Sentimientos de culpa o remordimiento: normas que imponen sanciones psicológicas

En otros supuestos, las sanciones son psicológicas: así, la infracción de una norma perteneciente al código moral internalizado por el infractor genera en éste un sentimiento de culpa o autorreproche.

c) Vergüenza, humillación y pérdida de reputación: normas que imponen sanciones bilaterales o multilaterales

En otros las sanciones son psicosociológicas y requieren, para su aplicación, que alguien en la comunidad conozca la infracción. Además o a falta de autoexigencia ética, el infractor puede sentir vergüenza y hasta quien no ha internalizado el código moral cuyas normas ha infringido puede sentirse humillado y sufrir las consecuencias de la pérdida de reputación asociada al conocimiento público de la infracción cometida. De hecho, la regulación legal de la difamación es una construcción jurídica creada para tratar de controlar la posibilidad y el alcance de la divulgación de informaciones infamantes en la comunidad, con los consiguientes efectos de pérdida de autoestima y de reputación de la víctima, que no excluye, en principio, la aplicación de normas sociales con esos mismos efectos cuando las informaciones eran verdaderas. Juega entonces la información (y sus costes) que de la infracción tiene una o más personas o toda la colectividad.

Con ello, salimos del ámbito de la psicología y entramos en el de la sociología: se infringen normas morales y sociales y, así, las sanciones al incumplimiento de normas sociales dependen en muchos casos de que su infracción sea conocida por alguien. Se distingue entonces entre sanciones bilaterales (cónyuge que, conocedor de la infidelidad del otro, resuelve divorciarse) y multilaterales (ostracismo, pérdida de reputación o de prestigio profesional).

3.2. Dinámica de las normas sociales: su internalización y papel en la conformación de preferencias individuales

Las distinciones anteriores ayudan a entender la evolución posible de las normas sociales (Kaushik BASU (1998)), como es el caso de muchas reglas de educación, morales o religiosas:

⁵ Tomada, con modificaciones, de POSNER/RASMUSEN (1999).

comienzan por limitar nuestra capacidad de actuar y, en este sentido, nuestra utilidad; luego las internalizamos y, con el tiempo, acaban por definir nuestra identidad o modo de ser incorporándose a nuestras preferencias.

Así, lo que empezó como una educación obligatoria que nos resultaba impuesta desde fuera, acaba siendo un honor del que nos enorgullecemos y un signo de identidad en el que nos reconocemos. Empezamos siendo conducidos por nuestros padres a la parroquia o a la sinagoga, luego asumimos los códigos morales y religiosos de conducta de una u otra fe y acabamos por ser católicos creyentes o judíos practicantes; comenzamos recibiendo aburridas clases de ortografía, aprendemos las reglas de la lengua escrita y concluimos reconociéndonos como miembros de la comunidad que se expresa en nuestra lengua materna.

En otros casos, en cambio, las normas sólo sirven para situarnos en uno de los muchos equilibrios posibles, indiferentes entre sí desde otros puntos de vista: da igual circular por la izquierda o por la derecha siempre que todos lo hagamos por la misma mano; es indiferente contar en base doce, diez o en base dos siempre que todos lo hagamos del mismo modo.

Las normas sociales pueden suplir la necesidad de la existencia y aplicación de reglas de derecho, pueden alinearse con ellas y reforzar su eficacia o pueden, por último, contrarrestarla.

A partir de un cierto grado de densidad del tráfico, en los cruces o intersecciones con señal de ceda el paso a favor de los automovilistas que provengan de una dirección determinada, una práctica social generalizada en nuestro país prescinde de la preferencia y todos los conductores se turnan, de uno en uno, en el cruce. La norma social supera la rigidez de la señal de ceda el paso o de stop aproxima nuestro sistema al de la regla "Fifo" *-First in, first out-* de otras culturas.

Una norma social contraria al hurto, inculcada por los padres y educadores informales o enseñada luego en las escuelas y, finalmente, internalizada por los miembros de una comunidad permite en el límite prescindir de los artículos de los delitos contra el patrimonio de los códigos penales, así como de costosas inversiones en seguridad privada. Parecidamente, una norma social de laboriosidad permite mejorar la productividad y, por tanto, salario de los trabajadores y los beneficios de las empresas que los emplean, al tiempo que ahorra costes de control y aplicación de normas disciplinarias.

La Ley Bono sobre listas de delincuentes sexuales y maltratadores varios (Ley 5/2001, de 17 de mayo, de Prevención de Malos Tratos y de Protección a las Mujeres Maltratadas) establece en su art. 11 que el Gobierno remitirá a las Cortes un Informe en el que se reproduzcan las Sentencias firmes condenatorias sobre violencia doméstica cuando se cuente con el consentimiento de la víctima.

Por su parte, las leyes estatales estadounidenses, conocidas con la denominación de *Megan's Law*, aparte de establecer el registro obligatorio de convictos por agresiones sexuales a menores en la policía local de las localidades en las que residan, posibilitan, desde el 8 de mayo de 1996, que los residentes que lo soliciten conozcan su identidad.

Sin embargo, no todas las normas sociales son buenas. Muchas no lo son: los códigos de silencio de comunidades cerradas o las reglas de grupos de delincuencia organizada.

La estimación de las normas sociales es relativa a un código de valores dado: éste puede ser la legalidad vigente, el nivel de bienestar social, etc. Así, una norma social que legitime el soborno o la desobediencia civil es jurídicamente negativa por contraria a las leyes, pero puede ser económicamente positiva si mejora el bienestar de la sociedad.

Desde una perspectiva dinámica, el derecho puede influir en la génesis, aplicación más o menos intensa, así como en la modificación de las normas sociales y, recíprocamente, éstas inciden a su vez sobre el desarrollo del derecho. En la medida en que las personas o grupos de personas que patrocinen una nueva norma social no puedan apropiarse de los beneficios de su aplicación, las normas sociales son bienes públicos y el derecho puede incentivar su desarrollo con ventaja para la sociedad. Como en lo fundamental el derecho de daños es un instrumento jurídico de desarrollo jurisprudencial, con frecuencia recibe e impulsa normas sociales, juridificándolas y precisando las consecuencias jurídicas de su incumplimiento: las emergentes constelaciones de casos que conforman la jurisprudencia de los Tribunales perfilan nuevos supuestos de responsabilidad civil (responsabilidad por daños morales, por acoso sexual, por *mobbing*, y finalmente la jurisprudencia deja el paso a la legislación y reglamentación de los supuestos de que se trate.

4. El Derecho de Daños como instrumento de control social: un ejemplo sencillo aplicado a la instalación de dispositivos ABS para vehículos

Para ilustrar cómo el derecho, y el derecho de daños en particular, contribuye a pasar de peores a mejores situaciones puede servir un ejemplo inspirado en otro que se puede encontrar en SCHÄFER/OTT (2000) y que hemos reformulado para adaptarlo al sistema de frenado ABS (*Anti-Block System*) para automóviles. Éste es un dispositivo electrónico antibloqueo que controla la presión de líquido de los frenos y de esta forma evita que las ruedas se bloqueen cuando se ejerce una presión excesiva sobre el pedal, generalmente en situaciones de alto riesgo. En 1978, Mercedes Benz instala el primer sistema ABS en un coche de serie como sistema opcional. Aunque, con posterioridad, muchas firmas lo han incorporado en sus vehículos como equipo de serie, todavía no es obligatorio.

Es indudable que este dispositivo mejora la capacidad de frenado de un vehículo bajo cualquier circunstancia por lo que evita accidentes individuales y también colectivos. Pero además, si todos disponen del mismo, contribuye a disminuir en gran medida la probabilidad de colisión entre vehículos. Es este segundo efecto el que nos interesa destacar aquí.

En un sencillo ejemplo, dos conductores (C1 y C2) barajan la posibilidad de instalar sendos sistemas de frenado ABS. La utilidad anual que cada conductor obtiene del disfrute de su automóvil es de 1200 €, y sus costes esperados serán de 600 € que resultan de una probabilidad del 6% de sufrir un accidente que le comportará daños por valor de 10.000 € ($0,06 \times 10.000$). La instalación de un dispositivo de ABS tiene un coste de 100 € anuales ya que este sistema requiere de revisiones periódicas. Pero disponer de él reduce la probabilidad de sufrir un accidente de un 6% a un 2%, por lo que los costes esperados bajarán a 200 € ($0,02 \times 10.000$).

Los *pay-offs* de una y otra opción para C1 y C2 figuran en la tabla siguiente:

		C2	
		ABS	NoABS
C1	ABS	900	600
	NoABS	600	600

Supongamos que C2 opta por instalar el ABS. Entonces C1 hará lo propio, pues $900 > 600$ como podemos observar en la primera columna. Por el contrario, si C2 resuelve no instalarlo, C1 tampoco lo hará, pues estaremos en la segunda columna, $600 > 500$. Si partimos de la decisión de C1 llegaremos a la misma conclusión, resultando las dos situaciones de equilibrio señaladas en la tabla. Se observa que existe un equilibrio eficiente (casilla superior izquierda) y otro ineficiente (casilla inferior derecha) que se corresponden con sendos equilibrios de Nash. A cuál de ellos se llegará, dependerá de circunstancias externas como señalan SCHÄFER y OTT para un ejemplo similar: si C1 sabe que C2 ha instalado el ABS, hará lo propio, pero si sabe que no lo ha hecho, tampoco lo hará él, pues un solo ABS no disminuye suficientemente la frecuencia y gravedad de las colisiones entre vehículos. *A priori*, bajo un sistema de ausencia de responsabilidad (*no liability rule*), no hay garantías de que ninguna de las dos partes se comportará correctamente tras asumir que la otra lo hará.

Supongamos ahora una situación en la que existe una serie de n conductores $C1, C2, C3, \dots, Cn$, para $1 < n < \infty$ y p es la probabilidad de que un conductor haya instalado el sistema ABS en su vehículos. Entonces los beneficios esperados para C1 serán:

$$\begin{aligned} \text{Beneficios en caso de ABS} &\rightarrow B(\text{ABS}) = p \cdot 900 + (1-p) \cdot 500 = p \cdot 400 + 500 \\ \text{Beneficios en caso de No ABS} &\rightarrow B(\text{NoABS}) = p \cdot 600 + (1-p) \cdot 600 = 600 \\ &(\text{donde probabilidad: } p \in [0,1]) \end{aligned}$$

C1 optará por instalar ABS siempre que:

$$\begin{aligned} B(\text{ABS}) &> B(\text{NoABS}), \text{ entonces:} \\ p \cdot 400 + 500 &> 600, \\ p &> 0,25 \end{aligned}$$

De donde resulta que C1 instalará el ABS en su automóvil siempre que la probabilidad sea superior a 25%, esto es, cuando más de una cuarta parte de los vehículos dispongan de él, pero no lo hará si la proporción es inferior, pues no le saldrá a cuenta. El ejemplo ilustra un caso típico de instalación de dispositivos en los que se produce un efecto de externalidades de red *-network externalities-* ya que a mayor número de usuarios de un mismo producto o servicio, mayor será la

utilidad que cada uno de ellos obtendrá de él. Pero, a pesar de que todos los interesados coincidan en que la difusión generalizada del producto sería socialmente beneficiosa, la existencia de dos equilibrios puede comportar que los sucesivos intentos de comercializar el uso del producto fracasen debido a que la red no esté lo suficientemente extendida para crear los incentivos privados necesarios para la instalación. Pero un cambio de jurisprudencia o, por supuesto, de legislación podría dar un vuelco a esta situación: por ejemplo, si el Tribunal Supremo, ante un caso de reclamación de daños y perjuicios por colisión entre dos vehículos, resuelve que la falta de instalación de ABS es negligencia y que ésta reduce o anula la indemnización a que tendría derecho el actor, entonces ningún conductor podrá reclamar si no disponía de ABS y, en cambio, deberá pagar los daños resultantes al otro vehículo. Los pagos para C1 se verían modificados de la manera siguiente:

		C2, C3, C4,... Cn	
		ABS	NoABS
C1	ABS	900	1100
	NoABS	0	600

(donde indemnización esperada: $I = 0,06 \times 10.000 = 600$)

Si instala ABS, en caso de colisión será indemnizado por aquél que fue negligente porque no lo instaló. En cambio, si no instala el sistema deberá pagar una indemnización a quién lo había instalado, o bien, en caso de que el otro tampoco lo hubiera instalado cada uno asumirá sus propios daños.

Podemos observar cómo independientemente de la decisión de los demás individuos, para C1 resulta más beneficioso instalar ABS ya que los pagos de la fila superior son siempre superiores a los de la inferior. De esta forma, el precedente jurisprudencial habría inducido los incentivos privados necesarios para la generalización del producto, que de otra forma no hubiera podido producirse.

5. Conclusiones

Desde Calabresi, se defiende que uno de los objetivos básicos del derecho de daños, sino el primordial, es la minimización de los costes sociales: conminar a los causantes potenciales de daños con tener que pagar sus costes, resulta una buena medida de incentivar la conducta adecuada.

Sin embargo, existen muchos otros instrumentos sociales, jurídicos y no jurídicos, a los que cabe recurrir para conseguir el mismo objetivo. En este artículo hemos visto como es posible realizar un metaanálisis sobre el grado de efectividad y eficiencia de cada uno de estos instrumentos

comparados entre sí. Así como sobre la posibilidad de que la aplicación de un instrumento desencadene el de otro que contrarreste el primero.

En particular, el artículo defiende que los juristas, por muy especializados que estén, deben considerar siempre las alternativas que se ofrecen desde las distintas ramas del derecho. Y, por último, los analistas del derecho que pretieran las normas sociales lo hacen a su costa y no a la de todos.

6. Bibliografía

Kaushik BASU (1998), "Social Norms and the Law", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 3, P-Z, Stockton Press, Peter Newman (ed.), New York: Stockton Press, 476-480.

Lisa BERNSTEIN (1992), "Opting Out of the Legal System: Extralegal Contractual Relations in the Diamond Industry", 21 *Journal of Legal Studies* 115.

Lisa BERNSTEIN (1996), "Merchant Law in a Merchant Court: Rethinking the Code's Search for Immanent Business Norms", 144 *University of Pennsylvania Law Review* 1765.

Lisa BERNSTEIN (1999), "The Questionable Empirical Basis of Article 2's Incorporation Strategy: A Preliminary Study", 66 *U. Chi. L. Rev.* 76.

Lisa BERNSTEIN (2001), "Private Commercial Law in the Cotton Industry: Creating Cooperation Through Rules, Norms, and Institutions", 99 *Mich. L. Rev.* 1724.

Robert COOTER (2000), *The Strategic Constitution*, Princeton University Press, Princeton (N. J.).

Robert ELLICKSON (1991), *Order without Law: How Neighbors Settle Disputes*, Harvard University Press, Cambridge (MA).

Robert ELLICKSON (1999), "The Evolution of Social Norms: A Perspective from the Legal Academy", *Program for Studies in Law, Economics and Public Policy*, Yale Law School, Working Paper n° 230, http://papers.ssrn.com/sol3/cf_dev/AbsByAuth.cfm?per_id=102257

Fernando GÓMEZ POMAR (2002), "Burden of Proof and Strict Liability: An Economic Analysis of Misconception", en Hans-Bernd SCHÄFER, Hans-Jürgen LWOWSKI (Editores), *Konsequenzen wirtschaftsrechtlicher Normen, Kreditrecht - Verbraucherschutz - Allgemeines Wirtschaftsrecht. Festschrift für Claus Ott zum 65. Geburtstag*, DUV Gabler Edition Wissenschaft.

Stewart MACAULAY (1963), "Non-Contractual Relations in Business", 28 *American Sociological Review* 55.

Mancur OLSON (1965), *Logic of Collective Action: Public Goods & the Theory*. Harvard Univ. Press.

Eric A. POSNER (2000), *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Cambridge (MA).

Richard A. POSNER (1997), "Social Norms and the Law", *American Economic Review*, vol 87, nº 2, 365-369.

Richard A. POSNER/ Eric B. RASMUSSEN (1999), "Creation and Enforcing Norms with Special Reference to Sanctions", 19 *International Review of Law and Economics*, 369-382.

Hans- Bernd SCHÄFER/ Claus OTT (2000), *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 3ª ed., Springer, Berlín, 217 y ss.

Steven SHAVELL (1993), "The Optimal Structure of Law Enforcement", *Journal of Law and Economics*, April, Vol. 36, No. 1, Part 2.

Steven SHAVELL/ A. Mitchell POLINSKY (1998), "Public Enforcement of Law", *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Vol. 3, Stockton Press, Peter Newman (ed.), New York.

Steven SHAVELL (2004), *Foundations of Economic Analysis of Law*, Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (MA).

Kenneth A. SHEPSLE/ Mark S. BONCHEK (1997), *Analyzing Politics*, W.W. Norton Cop., New York, London.

W. Kip VISCUSI/ John M. VERNON/ Joseph E. HARRINGTON, Jr. (2000), *Economics of regulation and antitrust*, 3rd ed., MIT Press, Cambridge (MA).