

InDret

¡Cuidado, niños! Responsabilidad por culpa y diversidad de víctimas

Juan-José Ganuza

**Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales
Universitat Pompeu Fabra**

Fernando Gómez

**Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra**

**Working Paper n°: 163
Barcelona, octubre de 2003**

www.indret.com

Abstract

Es un hecho fácilmente comprobable que no todos podemos permitirnos ser igual de precavidos ante la eventualidad de sufrir un accidente. Los costes de precaución que pesan sobre quienes pueden ser víctimas varían fuertemente (piénsese en niños o minusválidos, entre otros). En la ya muy extensa literatura de análisis económico del Derecho sobre los accidentes, sin embargo, no parece haberse prestado atención al problema de la interacción estratégica en situaciones en las que causante y víctima eligen simultáneamente el nivel de precaución a adoptar y en las que los costes en precaución de las víctimas difieren entre sí no ha sido objeto de estudio en la literatura, a pesar de que el hecho de que los costes de precaución varíen en función del tipo de víctima es, como ya se ha advertido, un factor relevante en múltiples situaciones.

En el presente trabajo tratamos de colmar esta laguna en el tratamiento económico del Derecho de daños. En primer lugar, caracterizamos la regulación óptima dentro del modelo general de accidentes bilaterales cuando hay dos tipos de víctimas en cuanto a su coste de cuidado: los daños resultantes del accidente son idénticos para ambos, pero el coste de adoptar las medidas de precaución es más alto para un tipo que para el otro. Los esfuerzos en precaución realizados por la víctima y por el causante son sustitutivos con lo cual si hay información perfecta ("First best", la solución más eficiente) el nivel de precaución que el causante decide adoptar debe ser superior cuanto mayor sea el coste para la víctima. Nos ocupamos del escenario en el cual el causante no puede de ninguna forma, al adoptar el cuidado, conocer el tipo de víctima al que se enfrenta, mientras que este dato puede ser verificado a posteriori por los tribunales. En este caso, no es posible alcanzar la solución perfectamente eficiente a través de reglas de responsabilidad, en concreto, no es posible alcanzarla con la utilización de una regla de negligencia basada en los niveles de precaución eficientes.

En la "segunda solución eficiente" ("second best") el causante adopta un nivel de precaución intermedio mientras que los dos tipos de víctimas reaccionan de la forma más adecuada a tal nivel intermedio. Esta solución puede alcanzarse fácilmente mediante una fórmula de negligencia que imponga a los potenciales causante precisamente ese nivel de precaución de la "segunda solución eficiente". Sin embargo, los tribunales no pueden alcanzar la "segunda solución eficiente" utilizando una regla de negligencia con los niveles de precaución diversificados de la solución más eficiente.

Sobre esta base, procedemos a continuación a examinar la situación en la que no es posible distinguir perfectamente el tipo de víctima, es decir, situaciones en las que se tiene conocimiento imperfecto (o, simplemente, es imposible conocer de qué tipo de víctima se trata). Describimos la solución óptima en este supuesto y analizamos las alternativas legales cuando los tribunales no pueden verificar con seguridad las declaraciones de los causantes relativas a si tenían conocimiento del tipo de víctima antes de adoptar un determinado nivel de precaución. Contrariamente a lo que cabría esperar, demostramos que no existe ninguna diferencia entre la ingenuidad y la desconfianza por parte de los tribunales: cuando los tribunales utilizan una regla de confianza absoluta y cuando la regla es de total desconfianza respecto de tales declaraciones, los efectos sobre la conducta son los mismos.

Finalmente, relacionamos las conclusiones obtenidas del modelo con las normas y doctrinas existentes en los ordenamientos jurídicos tanto del Common Law como del Civil Law y analizamos algunas posibles explicaciones del porqué los Tribunales son proclives a modificar los estándares de precaución del causante en función del tipo de víctima incluso cuando la probabilidad de que el causante observara la clase de víctima es muy baja.

Sumario

1. Introducción
 2. El modelo
 - 2.1. La solución eficiente (First best solution)
 - 2.2. La "segunda solución eficiente" (Second best solution)
 3. Soluciones con una regla de culpa o negligencia
 - 3.1. Regla de negligencia modificada y conocimiento del tipo de víctima
 - 3.2. Regla de negligencia uniforme e ignorancia del tipo de víctima
 4. Conocimiento imperfecto del tipo de víctima
 - 4.1. El caso de referencia
 - 4.2. Oportunismo del causante
 - a) Plena confianza
 - b) Plena desconfianza
 5. Implicaciones del modelo y la aplicación de la regla de la culpa o negligencia
 - 5.1. Accidentes simultáneos en los que puede conocerse el tipo de víctima
 - 5.2. Accidentes simultáneos e imposibilidad de conocer el tipo de víctima
 6. Extensiones y conclusiones
- Apéndice
- Bibliografía

1. Introducción

El modelo económico general de accidentes y responsabilidad civil, en su versión más simple, asume un mundo compuesto por una población homogénea de causantes y víctimas potenciales: se considera que los potenciales causantes son idénticos en cuanto a los beneficios derivados de su actividad eventualmente dañosa, a los costes de adoptar medidas de precaución y a su riqueza. Lo mismo sucede con las víctimas, pues de ordinario se supone que son perfectamente intercambiables desde cualquier punto de vista. Shavell (1987) y Schäfer/Schönenberger (1998) son sólidas referencias para el estudio de este modelo económico general.

Pero en muchos accidentes del mundo real no se cumplen estos supuestos, pues tanto el causante como la víctima forman parte de una población heterogénea de potenciales causantes y de potenciales víctimas. Algunos causantes obtienen mayores, en ocasiones mucho mayores, beneficios que otros al realizar una actividad que puede causar daños a terceras personas. Otros causantes afrontan mayores, o mucho mayores, costes en la adopción de medidas de precaución que otros. A su vez, algunos causantes son más ricos o mucho más ricos que otros.

Estas desviaciones de los supuestos básicos ya han sido, en su gran mayoría, analizadas en la literatura del análisis económico del derecho.

La heterogeneidad de causantes en lo que a su habilidad y coste de adoptar medidas de precaución se refiere, también ha sido analizada desde una perspectiva económica. De igual modo, los beneficios y los costes de utilizar estándares de precaución medios o generales en lugar de estándares individualizados y subjetivos también han sido debidamente tratados en trabajos previos: Landes y Posner (1987), Shavell (1987), Schwartz (1989), Miceli (1997), Edlin (1998). También se han estudiado las diferencias en la riqueza de los distintos causantes y su impacto en las reglas de responsabilidad (Arlen (1992), Landes y Posner (1987) y Segerson (1995))¹.

Pero la cuestión relativa a la heterogeneidad de las víctimas ha recibido menor atención en la literatura. El tratamiento más extenso de la heterogeneidad de las víctimas se ha centrado en el daño sufrido por la víctima. Landes y Posner (1987), Miceli (1997) y, sobre todo, Kaplow y Shavell (1996) han analizado, en presencia de víctimas heterogéneas, la utilización de la compensación media frente a la compensación individualizada del daño sufrido.

Pero las víctimas no difieren exclusivamente en el daño que son susceptibles de padecer si ocurre el accidente; no tienen la misma habilidad ni les cuesta lo mismo adoptar medidas de precaución. Para determinadas clases de víctima, algunas (o muchas) medidas para reducir la probabilidad de que ocurra un accidente son más costosas que para otras. Pensemos, por ejemplo, en los niños en comparación con los adultos. La adopción de medidas de precaución es, en la mayoría de actividades en las cuales el participante puede salir dañado, más costosa para niños que para

¹ La utilización de la responsabilidad extracontractual como mecanismo de redistribución también ha sido ampliamente tratado en la literatura aunque con diferentes objetivos, tanto teóricos como de política jurídica: Kaplow y Shavell (1994, 2000), Sanchirico (2000, 2001) y Avraham, Fortus y Logue (2002).

adultos. No correr en las aceras, detenerse a mirar si vienen coches antes de cruzar la calle, utilizar determinadas herramientas con fuerza y habilidad, o abstenerse de entrar ilegalmente en una propiedad privada que promete cierta emoción o diversión, es, por regla general, más fácil para los adultos que para los niños. Para los niños por debajo de cierta edad y en determinadas actividades, incluso las precauciones más elementales son muy costosas de adoptar.

El hecho de que los costes de adoptar medidas de precaución sean diferentes afecta, como es lógico, a la determinación de los niveles de precaución óptimos. Si se mantienen constantes el resto de factores, cuanto mayor sea el coste de adoptar medidas de precaución para la víctima, menor debiera ser el nivel óptimo de precaución. Es este un aspecto que la mayoría de ordenamientos jurídicos reconocen: el nivel de precaución que se exige a los menores de edad es inferior al exigido a los adultos. Así, aun siendo “general” u “objetivo” y teniendo en cuenta que no se analizan las habilidades ni las condiciones individuales de cada niño, el nivel de precaución estándar para un niño no es el exigido a un adulto, sino el típico de un niño de esa edad. Muestras de esta actitud en diferentes ordenamientos jurídicos (tanto en sistemas de *Common Law* como de *Civil Law*) pueden encontrarse en Von Bar (1998) y en Prosser y Keeton (1984).

En el modelo de accidentes bilaterales, si las medidas de precaución de causantes y víctimas están correlacionadas (son sustitutivas, por ejemplo) cuanto más bajo sea el nivel de precaución óptimo de un grupo de potenciales víctimas, mayor es el nivel de precaución óptimo para el causante. Además, la cuestión relativa a la interacción entre víctimas heterogéneas y el causante cuando eligen simultáneamente el nivel de precaución no ha sido tratada en la literatura de análisis económico del derecho, que ha restringido su atención, explícita e implícitamente, a los accidentes unilaterales, a la responsabilidad objetiva o a ambas.

La finalidad del trabajo es, precisamente, analizar la interacción entre los niveles de precaución que adoptan las víctimas heterogéneas y el causante en un régimen de responsabilidad por culpa y cómo la aplicación de las diferentes soluciones jurídicas pueden acercarnos, en mayor o menor medida, a los niveles óptimos de precaución tanto para las víctimas como para los causantes.

La estructura es la siguiente: en la sección 2ª presentamos el modelo y describimos la solución eficiente y la “segunda solución eficiente”. En la sección 3ª examinamos algunas de las opciones para alcanzarlas utilizando una regla de negligencia que defina los niveles de precaución debidos. En la sección 4ª se analizan las soluciones óptimas y las soluciones legales cuando el causante puede observar el tipo de víctima con probabilidad positiva pero inferior a 1. La sección 5ª analiza las implicaciones principales del modelo en la aplicación de una regla de negligencia y las compara con las reglas y doctrinas existentes en los diferentes ordenamientos jurídicos. Concluimos discutiendo el alcance y las implicaciones del modelo.

2. El modelo

Estudiamos el modelo de un accidente bilateral en el cual tanto el comportamiento del causante como el de la víctima afectan a la probabilidad de acaecimiento del accidente, teniendo en cuenta

que hay diferentes tipos de víctimas. En particular, consideremos que hay dos tipos de víctima, θ_1 y θ_2 . La probabilidad *ex ante* de que la víctima sea del tipo θ_1 es α y de que sea del tipo θ_2 es $1-\alpha$. Suponemos que los actores son neutrales al riesgo y que es costoso para el causante y para la víctima adoptar medidas de precaución. Sea $C(x)$ el coste del esfuerzo en precaución para el causante, x . Suponemos que $\frac{\partial C(x)}{\partial x} > 0$ y que $\frac{\partial^2 C(x)}{\partial x^2} > 0$. Aunque el daño resultante del accidente es idéntico para ambos tipos de víctimas, D , sus costes de precaución, y , difieren para cada una de ellas, $C(y, \theta)$. Suponemos que $\theta_2 > \theta_1$ y que $\frac{\partial C(y, \theta)}{\partial y} > 0$, $\frac{\partial C(y, \theta)}{\partial \theta} > 0$ y $\frac{\partial^2 C(y, \theta)}{\partial \theta \partial y} > 0$. Finalmente, la probabilidad de que ocurra un accidente depende de las medidas de precaución adoptadas por la víctima y y por el causante x , $p(x, y)$. Se supone que $\frac{\partial p(x, y)}{\partial y} < 0$, $\frac{\partial^2 p(x, y)}{\partial y^2} > 0$, $\frac{\partial p(x, y)}{\partial x} < 0$, $\frac{\partial^2 p(x, y)}{\partial x^2} > 0$ y que los esfuerzos en precaución de la víctima y del causante son sustitutivos $\frac{\partial^2 p(x, y)}{\partial x \partial y} > 0$. A su vez, suponemos que los ordenamientos jurídicos regulan el comportamiento mediante el uso de reglas de negligencia, que son aplicadas por los tribunales.

2.1. La solución eficiente (First best solution)

Comenzamos describiendo la solución eficiente: el causante puede conocer el tipo de víctima antes de escoger el nivel de precaución que adoptará.

$$\text{Max } \alpha [-p(x_1, y_1)D - C(x_1) - c(y_1, \theta_1)] + (1-\alpha) [-p(x_2, y_2)D - C(x_2) - C(y_2, \theta_2)]$$

$$x_1, x_2, y_1, y_2$$

El siguiente lema muestra, tal y como se anticipó, que la víctima peor posicionada (cuyos costes de adoptar medidas de precaución son los más elevados) adoptará un nivel de precaución inferior, lo cual es intuitivamente plausible dado el coste superior del tipo de víctima θ_2 .

Lema 1 $y_1^* > y_2^*$

Puesto que hemos supuesto que los esfuerzos en precaución del causante y de la víctima son sustitutivos, el siguiente lema es una consecuencia directa del lema 1: en el nivel óptimo, el esfuerzo en precaución del causante es superior cuanto mayores sean los costes de la víctima.

Lema 2 $x_1^* < x_2^*$

2.2. La “segunda solución eficiente”(Second best solution)

En la segunda solución eficiente “*second best*”, el causante no puede conocer el tipo de víctima por lo que adopta el mismo nivel de precaución para ambos.

$$\text{Max}_{x_1, y_1, y_2} \quad \alpha[-p(x, y_1)D - C(y_1, \theta_1)] + (1 - \alpha)[-p(x, y_2)D - C(y_2, \theta_2)] - C(x)$$

Debido a que los costes de ambas víctimas son diferentes, la víctima menos capacitada para adoptar medidas de precaución ejerce unos esfuerzos en precaución inferiores, de forma similar a lo que sucede con la solución eficiente.

Lema 3 $y_1^{**} > y_2^{**}$

El siguiente lema explica que la “segunda solución eficiente” conduce al causante, tal y como se desea, a adoptar un nivel de precaución intermedio. Además, el esfuerzo en precaución es creciente en relación con la probabilidad de encontrarse, *ex ante*, con una víctima con elevados costes de precaución.

Lema 4 $x^{**} \in [x_1^*, x_2^*]$ y decrece con α . Si $\alpha = 1$ entonces $x^{**} = x_1^*$, si $\alpha = 0$ entonces $x^{**} = x_2^*$

Además, dado que el causante lleva a cabo unos esfuerzos en precaución intermedios y que los esfuerzos en precaución de la víctima y causante son sustitutivos, la víctima menos hábil incrementa sus esfuerzos en precaución mientras que la más hábil los reduce.

Lema 5 $y_1^{**} < y_1^*$ y $y_2^{**} > y_2^*$

Cabe destacar que la situación de las víctimas peor posicionadas es mejor en la solución eficiente ya que, en la “segunda solución eficiente”, los esfuerzos en precaución del causante se reducen y, por consiguiente, las víctimas se ven forzadas a incrementar su precaución para compensar la reducción.

3. Soluciones con una regla de culpa o negligencia

3.1. Regla de negligencia modificada y conocimiento del tipo de víctima

Iniciamos el análisis con el caso más simple, cuando el causante puede observar el tipo de víctima. Mostraremos que una regla de negligencia modificada en función del tipo de víctima puede conducirnos a la primera solución eficiente. Esta regla establece dos niveles de precaución

distintos, según la víctima sea de uno o de otro tipo y obliga al causante a pagar por los daños D si ocurre el accidente y sus esfuerzos en precaución fueron inferiores a \bar{x}_i , donde i es el tipo de víctima.

Lema 6 Si $\bar{x}_1 = x_1^*$ y $\bar{x}_2 = x_2^*$ una regla de negligencia modificada conduce a la solución eficiente (replica los resultados del *first best*).

Así pues, de acuerdo con el lema 6, si los tribunales son capaces de determinar los niveles de precaución óptimos para el causante en relación con cada tipo de víctima, una regla de negligencia modificada conduce directamente a la solución eficiente siempre que el causante pueda tener conocimiento del tipo de víctima con carácter previo a la adopción de las medidas de precaución.

3.2. Regla de negligencia uniforme e ignorancia del tipo de víctima

Si el causante no puede tener conocimiento del tipo de víctima, una regla de negligencia modificada no parece ser, en principio, una buena alternativa en términos de eficiencia. Una regla de negligencia uniforme, en cambio, proporciona el efecto deseado, aunque tampoco permite alcanzar el mejor de los mundos posibles. Si la regla de la culpa establece un único nivel de precaución \bar{x} coincidente con el nivel de precaución del causante en la “segunda solución eficiente”, podemos, por tanto, alcanzar esta “segunda solución eficiente” con facilidad. En este caso no es posible llegar a la solución más eficiente, pues el causante no es capaz de conocer el tipo de víctima, pero, tal y como muestra el siguiente lema, mediante una regla de negligencia uniforme (que combina, de acuerdo con las probabilidades esperadas, lo mejor para uno y otro tipo de víctima) puede alcanzarse la “segunda solución eficiente”.

Lema 7 Si $\bar{x} = x^{**}$, mediante una regla de negligencia uniforme se alcanza la segunda solución eficiente

4. Conocimiento imperfecto del tipo de víctima

4.1. El caso de referencia

Supongamos que el causante puede observar el tipo de víctima con probabilidad σ , que es una probabilidad conocida. A su vez, supongamos que las víctimas no saben si el causante puede conocer sus características². Teniendo en cuenta estas restricciones de información, la solución

² Nótese que cuando las víctimas conocen si el causante puede conocer sus características nos encontramos ante la solución eficiente (en caso de que el causante esté informado) o en la “segunda solución eficiente” (si el causante no está informado).

eficiente es el resultado del siguiente problema de maximización en el cual x_N es el esfuerzo intermedio realizado por el causante cuando no tiene conocimiento del tipo de víctima:

$$\begin{aligned} & \text{Max} \\ & \sigma \left[\alpha \left[-p(x_1, y_1)D - C(x_1) \right] + (1 - \alpha) \right] + \left[(1 - \alpha) \left[-p(x_2, y_2)D - c(x_2) - C(y_2, \theta_2) \right] \right] + \\ & x_1, x_2, x_N, y_1, y_2 \\ & (1 - \sigma) \left[-\alpha p(x_N, y_1)D - (1 - \alpha) p(x_N, y_2)D - C(x_N) \right] - \alpha C(y_1, \theta_1) - (1 - \alpha) C(y_2, \theta_2) \end{aligned}$$

Nótese que si $\sigma = 1$ nos encontramos ante el mismo problema que en la primera solución eficiente, mientras que si $\sigma = 0$, el problema coincide con el de la "segunda solución eficiente". El lema expuesto a continuación representa la solución a este problema.

Lema 8 $x_1^* < x_1^{*N} < x_N^{*N} < x_2^{*N} < x_2^*$ y $y_1^* > y_1^{*N} > y_1^{**} > y_2^{**} > y_2^*$.

La solución eficiente en caso de que no se conozca perfectamente el tipo de víctima consiste en que las víctimas adopten niveles de precaución intermedios (denominados y_1^{*N} y y_2^{*N}) situados entre la solución eficiente y la "segunda solución eficiente". De este modo, cuando el causante tenga conocimiento del tipo de víctima adoptará (con respecto al primer óptimo, la solución más eficiente) menos precaución si los costes de ésta son altos y más precaución en caso contrario. Si el causante no puede tener ningún tipo de conocimiento de la víctima escogerá un nivel de precaución intermedio, de forma similar a la "segunda solución eficiente".

En caso de que los tribunales puedan verificar si el causante, en efecto, tuvo o no tuvo conocimiento del tipo de víctima es fácil alcanzar esta solución utilizando una regla de negligencia, que puede formularse de dos maneras:

- a) Si el causante ha observado el tipo de víctima, debe tratarse de una regla de negligencia modificada basada en el tipo de víctima, tal y como ocurre en la solución eficiente. Esta regla de negligencia modificada establece dos niveles de precaución diferentes en función del tipo de víctima y el causante tiene que pagar unos daños D si el accidente ocurre y sus esfuerzos en precaución fueron inferiores a \bar{x}_i , donde i es el tipo de víctima. Los niveles de precaución deben ser $\bar{x}_1 = x_1^{*N}$ y $\bar{x}_2 = x_2^{*N}$.
- b) si el causante no tuvo conocimiento del tipo de víctima, debe tratarse de una regla de negligencia que requiera un único nivel de precaución $\bar{x} = x_N^{*N}$.

4.2. Oportunismo del causante

En este apartado analizamos un supuesto más realista: la información previa es imperfecta y los tribunales no pueden verificar si el causante pudo conocer el tipo de víctima. Concretamente, pretendemos analizar el siguiente juego, en el que la secuencia de acciones es:

1. Los tribunales determinan los niveles de precaución exigidos.
2. El tipo de víctima y la posibilidad del causante de observar el tipo de víctima son factores que vienen determinados por la naturaleza.
3. Los causantes y las víctimas eligen el nivel de precaución.
4. El accidente ocurre o no, dependiendo de los niveles de precaución adoptados y la probabilidad del mismo .
5. En caso de accidente, el causante declara si observó el tipo de víctima y los tribunales realizan el juicio de responsabilidad basándose en la declaración (según la actitud de confianza o desconfianza hacia el causante que posteriormente se expondrá), el tipo de víctima y la regla de negligencia.

Solucionamos este juego por inducción retrospectiva. Nos fijamos, en primer lugar, en el juicio de responsabilidad por parte de los tribunales para, posteriormente, analizar la elección del nivel de precaución y, finalmente, los niveles óptimos de precaución establecidos por los tribunales.

Consideremos que los tribunales pueden utilizar un sistema de negligencia modificada que establezca tres niveles de precaución debida: un nivel de precaución elevado para los causantes que tienen conocimiento de que la víctima tiene costes altos, x_2 ; un nivel de precaución bajo para aquellos causantes que conocen que el coste de la víctima es bajo, x_1 , y un nivel intermedio para los que son incapaces de observar el tipo de víctima, x_N . Por tanto, en este escenario hay un amplio espacio para el comportamiento oportunista del causante, puesto que puede observar que el coste de la víctima de adoptar medidas de precaución es elevado y posteriormente declarar (aspecto respecto del cual los tribunales no pueden afirmar con seguridad su veracidad o falsedad) que no conocía qué tipo de víctima era. Con ello podría adoptar medidas de precaución inferiores y ahorrar costes de precaución. En este contexto es decisiva la actitud que los tribunales adopten acerca de la credibilidad de las declaraciones de los causantes. Consideremos que los tribunales pueden inclinarse por dos posturas radicalmente opuestas:

1. Una de plena confianza en las declaraciones de los causantes
2. Una de plena desconfianza: los tribunales nunca creen las afirmaciones de los causantes cuando quepa la posibilidad de comportamiento oportunista. Por tanto, si el causante afirma que no pudo conocer el tipo de víctima y ésta, en efecto, es una víctima con alto coste, los tribunales podrían exigir el nivel de precaución correspondiente a una víctima de alto coste. En otras palabras, cuando la actitud adoptada por los tribunales sea de desconfianza y las víctimas tengan altos costes, a los causantes se les exigirá el nivel de precaución establecido para este tipo de víctimas (alto), independientemente de que aquéllos pudieran o no haber realmente conocido el tipo de víctima.

a) Plena confianza

En caso de que los tribunales consideren siempre ciertas las declaraciones del causante cuando afirma que no tuvo conocimiento del tipo de víctima, si ésta es de alto coste de precaución, el causante no adoptará la precaución necesaria en ningún caso, ni siquiera cuando en realidad conoció que la víctima era de coste elevado. Por consiguiente, el causante nunca adoptará un nivel de precaución superior al requerido en casos de desconocimiento, x_N . De este modo, los causantes que observen el tipo de víctima, sea de bajo o de alto coste, tienen una estrategia dominante: si observan que el coste de la víctima es bajo, elegirán en todo caso x_1 , mientras que, en caso contrario, siempre elegirán x_N .

Nos encontramos ante un supuesto distinto de los supuestos típicos de información asimétrica, pues los problemas de incentivos del causante que no conoce los costes de la víctima (causante desinformado, en adelante) son superiores a los problemas de incentivos de los causantes informados al respecto. Si tenemos en cuenta, tal y como hemos supuesto anteriormente, que los tribunales determinan (x_1, x_N, x_2) en función de parámetros poblacionales, los tribunales pueden optar por tres estrategias diferentes adoptando x_1 , x_N o un nivel intermedio entre ambos $x'(y)$, donde $x'(y) \in \arg \max \{ -(1-\alpha)p(x, y)D - C(x) \}$. El causante desinformado elige entre las tres posibilidades en función de las siguientes condiciones:

1. El causante desinformado elige x_1 , si el vector (x_1, x_N, y_2) satisface la siguiente condición:

$$(a) x_1 > x'(y_2) \text{ y } -(1-\alpha)p(x_1, x_2)D - C(x_1) > -C(x_N)$$

La segunda parte de la condición muestra que, en caso de que la víctima tenga un coste elevado, el causante prefiere realizar un nivel de esfuerzo inferior x_1 y asumir el riesgo de pagar los daños a ejercer un nivel de esfuerzo intermedio x_N (establecido por los tribunales y, en realidad, el nivel de esfuerzo máximo que los tribunales exigen si adoptan una actitud de plena confianza) y evitar el pago de los daños. La primera parte de la condición excluye la adopción de un nivel de precaución intermedio entre x_1 y x_N . Denominemos H_1 al conjunto de vectores (x_1, x_N, y_2) que satisfacen esta condición.

2. El causante desinformado escoge $x'(y)$ si el vector (x_1, x_N, y_2) cumple la siguiente condición:

$$(a) x_1 < x'(y_2) \text{ y } -(1-\alpha)p(x'(y_2), y_2)D - C(x'(y_2)) > -C(x_N)$$

La segunda parte de la condición muestra que, ante una víctima con coste elevado, el causante prefiere realizar un nivel de esfuerzo mediano, $x'(y_2)$, y asumir el riesgo de pagar los daños a ejercer un nivel de precaución intermedio (en la práctica el superior, dada la total credulidad de los tribunales) x_N . La primera parte de la condición muestra que el causante preferirá incrementar el nivel de precaución con la finalidad de reducir la probabilidad de accidente, ya que será considerado responsable en caso de que la víctima tenga altos costes de precaución. Denominaremos H_2 al conjunto de vectores (x_1, x_N, y_2) que satisfacen esta condición.

3. El causante desinformado escoge x_N si el vector (x_1, x_N, y_2) satisface una de las siguientes condiciones:

- a) $x_1 \geq x'(y_2)$ y $-(1-\alpha)p(x_1, y_2)D - C(x_1) < -C(x_N)$, o
- b) $x_1 < x'(y_2)$ y $-(1-\alpha)p(x'(y_2), y_2)D - C(x'(y_2)) < -C(x_N)$

El causante prefiere adoptar el nivel de esfuerzo en precaución x_N y evitar el pago de daños, que adoptar un nivel inferior x_1 , o un nivel intermedio entre x_1^* y x_N^* y pagar daños si ocurre el accidente y el coste de precaución de la víctima es alto. Denominemos H_3 al conjunto de vectores que satisfacen las condiciones anteriores.

Las tres estrategias conducen a tres equilibrios diferentes.

El primer equilibrio es un equilibrio conjunto parcial (*partial pooling equilibrium*) en el cual coinciden los causantes que no conocen el tipo de víctima y aquellos que tienen conocimiento de que las víctimas son de bajo coste. Así, los niveles de precaución eficientes en este equilibrio se obtienen del siguiente problema³.

$$\begin{aligned} \text{Max } & \sigma \left[\alpha \left[-p(x_1, y_1)D - C(x_1) \right] + (1-\alpha) \left[-p(x_N, y_2)D - C(x_N) \right] \right] + \\ & x_1, x_N, y_1, y_2 \\ & (1-\sigma) \left[-\alpha p(x_1, y_1)D - (1-\alpha)p(x_1, y_2)D - C(x_1) \right] - \alpha C(y_1, \theta_1) - (1-\alpha)C(y_2, \theta_2) \\ \text{s.a. } & (x_1, x_N, y_2) \in H_1. \end{aligned}$$

Además de la restricción de compatibilidad de incentivos, este problema refleja el caso de referencia de desconocimiento del tipo de víctima, con la restricción adicional $x_1 = x_N$. Por tanto, el bienestar es claramente inferior que en el caso de referencia, caracterizado en la sección 4.1.

El siguiente lema caracteriza la solución a este problema.

³ Nótese que x_2 no está presente en el problema de maximización ya que el oportunismo conduce a x_N .

Lema 9 $x_1^{*N} < x_1^{*NE} < x_N^{*N}$, y $y_1^{*N} > y_1^{*NE}$ y $x_2^{*NE} < x_2^{*N}$

La solución eficiente en este equilibrio (denominada NE en este caso) es, en caso de desconocimiento del tipo de víctima o víctima con bajo coste, un nivel de precaución intermedio (x_1^{*NE}) entre el óptimo en el caso de referencia para víctimas inobservables (x_N^{*N}) y el óptimo para víctimas con bajo coste x_1^{*N} . Por su parte, el nivel de precaución óptimo para las víctimas con bajo coste es inferior que en el caso de referencia ($y_1^{*N} > y_1^{*NE}$). Para víctimas con alto coste, por su parte, el nivel de precaución es superior que en el caso de referencia ($y_2^{*N} < y_2^{*NE}$); a su vez, el nivel de precaución respecto a las víctimas con coste elevado es inferior si la política de los tribunales es de confianza ($x_2^{*NE} < x_2^{*N}$).

Con esta solución óptima, la situación de las partes ¿mejora o empeora con respecto al caso de referencia? Las víctimas con bajo coste y los causantes que pueden conocer el coste de la víctima y éste es alto salen ganando en este caso; por su parte, la situación de las víctimas con alto coste y los causantes que pueden conocer el tipo de víctima y ésta resulta tener bajos costes empeora. El efecto en los causantes que no pueden tener conocimiento del tipo de víctima es ambiguo.

El segundo equilibrio es un equilibrio de separación (*separating equilibrium*) en el cual los causantes que no conocen el tipo de víctima eligen un nivel de precaución intermedio entre x_1 , elegido por los causantes que tienen conocimiento de que las víctimas son de bajo coste y x_N , elegido por los causantes que conocen que las víctimas son de alto coste. De este modo, el nivel de precaución eficiente bajo este equilibrio es la solución al siguiente problema⁴.

$$\begin{aligned} \text{Max} \quad & \sigma [\alpha [-p(x_1, y_1)D - C(x_1)] + (1 - \alpha) [-p(x_N, y_2)D - C(x_N)]] + \\ & x_1, x_N, y_1, y_2 \\ & (1 - \sigma) - \alpha p(x'(y_2), y_1)D - (1 - \alpha) p(x'(y_2), y_2)D - C(x_1)] - \alpha C(y_1, \theta_1) - (1 - \alpha) C(y_2, \theta_2) \\ \text{s.a.} \quad & (x_1, x_N, y_2) \in H_1. \end{aligned}$$

Podría pensarse que con este equilibrio es posible replicar el caso de referencia eligiendo $x_1 = x_1^{*N}$ y $x_N = x_2^{*N}$. Sin embargo, en realidad ello no es posible, ya que los causantes desinformados eligen su nivel de precaución de forma individual teniendo en cuenta, exclusivamente, a las víctimas con alto coste, único caso en el que se les considera responsables, y no a todas las víctimas, como ocurre en el caso de referencia. Con la excepción de $x'(y_2)$, la caracterización de los niveles óptimos de este equilibrio es muy similar al caso anterior.

que x_2 no está presente en el problema de maximización ya que el oportunismo conduce a $x_2 = x_N$.

Finalmente, el tercer equilibrio es también un *partial pooling equilibrium* en el cual coincide el causante desinformado y los causantes que tienen conocimiento de que las víctimas son de alto coste. Entonces, los niveles de precaución eficientes en equilibrio son el resultado del siguiente problema⁵:

$$\begin{aligned} & \text{Max} \quad \sigma \left[\alpha \left[-p(x_1, y_1)D - C(x_1) \right] + (1 - \alpha) \left[-p(x_N, y_2)D - C(x_N) \right] \right] + \\ & x_1, x_N, y_1, y_2 \\ & (1 - \sigma) \left[-\alpha p(x_N, y_1)D - (1 - \alpha) p(x_N, y_2)D - C(x_N) \right] - \alpha C(y_1, \theta_1) - (1 - \alpha) C(y_2, \theta_2) \\ & \text{s.a. } (x_1, x_N, y_2) \in H_1. \end{aligned}$$

Este problema refleja el caso de referencia de desconocimiento del tipo de víctima con la restricción adicional $x_2 = x_N$, por lo que el bienestar debe ser inferior que en el caso de referencia. El siguiente lema caracteriza la solución a este problema.

Lema 10. $x_N^{*N} < x_N^{*NT} < x_2^{*N}$, $y_2^{*N} < y_2^{*NT}$, $y_1^{*N} > y_1^{*NT}$ y $x_1^{*NT} > x_1^{*N}$

La solución eficiente con una política de confianza (denominada en este caso NT) y conocimiento intermedio del tipo de víctima consiste en que el causante adopte un nivel de precaución (real o pretendido) (x_N^{*NT}) que se sitúe entre el nivel óptimo del caso de referencia cuando no es posible conocer el tipo de víctima (x_N^{*N}) y el óptimo para víctimas con alto coste (x_2^{*N}). Dado este nivel intermedio para el causante, el nivel de precaución óptimo para las víctimas con coste elevado es superior que en el caso de referencia ($y_2^{*N} < y_2^{*NT}$). Por su parte, el hecho de que el nivel de precaución óptimo del causante sea superior implica que las víctimas con bajo coste adoptarán un nivel de precaución inferior que en el caso de referencia ($y_1^{*N} > y_1^{*NT}$); a su vez, el nivel de precaución bajo una política de confianza es superior respecto a la víctima con bajo coste ($x_1^{*NT} > x_1^{*N}$).

Con esta solución óptima, la situación de las partes también mejora o empeora con respecto al caso de referencia. Las víctimas con bajo coste y los causantes que pueden conocer el coste de las víctimas y éste es elevado se ven favorecidas con esta política mientras que las víctimas con alto coste y el resto de causantes (aquellos con víctimas de bajo coste y aquellos con víctimas de alto coste a las que no es posible conocer) pierden. Es posible caracterizar de forma muy simple la probabilidad de oportunismo en caso de que el causante realice una declaración en la que afirma que no pudo distinguir a la víctima cuando el coste de ésta es elevado. Por el teorema de Bayes esta probabilidad es σ .

⁵ Nótese que x_2 no está presente en el problema de maximización ya que el oportunismo conduce a $x_2 = x_N$.

No está claro cuál de los equilibrios mencionados genera un mayor bienestar social ya que depende de los parámetros de la población y de la probabilidad de tener conocimiento del tipo de víctima. Por una parte, parece que si σ es elevada, el primer y el segundo equilibrio probablemente generen un excedente superior. Si la proporción de víctimas con coste elevado es alta, el tercer equilibrio puede generar un excedente mayor debido a que evita las ineficiencias derivadas de la elección, por parte del causante desinformado, del nivel de precaución bajo⁶.

b) Plena desconfianza

Si los tribunales no consideran cierta la declaración del causante en la que afirma que no tuvo conocimiento del tipo de víctima, y ésta resulta ser de alto coste de precaución, no hay lugar para que el causante informado se comporte de forma oportunista. Como en el caso anterior, el causante informado tiene una estrategia dominante: escoger x_1 cuando observe que la víctima es de bajo coste y elegir x_2 en caso contrario. El causante desinformado también puede optar por tres estrategias diferentes escogiendo x_1 , x_2 o un nivel intermedio entre ambos, $x'(y)$. El nivel intermedio, x_N , carece de toda relevancia propia en este caso. Por este motivo, la diferencia entre las políticas de confianza y desconfianza es simplemente una cuestión semántica en cuanto a la denominación del nivel más elevado de precaución impuesto por los tribunales, como x_2 o x_N . Puesto que la denominación de la variable de elección carece de relevancia efectiva sobre las conductas, y aunque pueda parecer paradójico, la realidad es que se alcanzan los mismos resultados con la actitud de plena confianza y con la de absoluta desconfianza. Ambas conducen al mismo equilibrio y a los mismos pagos, con lo cual, y de forma contraintuitiva, en definitiva resulta irrelevante la actitud crédula o suspicaz de los tribunales en cuanto a la credibilidad de las declaraciones de los causantes⁷.

5. Implicaciones del modelo y la aplicación de la regla de la culpa o negligencia

Es un rasgo común de la gran mayoría, sino de todos, los ordenamientos jurídicos, que determinados grupos de personas fácilmente identificables estén sujetas a estándares de precaución menos rigurosos que la persona media. El ejemplo más claro es, probablemente, el nivel de precaución exigido a los niños. La aptitud psicológica de los niños es como regla inferior a la de los adultos, así como su habilidad para adoptar medidas de precaución. Por ello, legalmente, al aplicar reglas de culpa o negligencia, no necesitan adoptar las precauciones propias del ciudadano medio, sino las que adoptaría un niño normal de su edad y experiencia. Tal y como se expresa en el caso inglés *Gough v. Thorne*⁸:

⁶ Una caracterización completa de esta solución óptima requiere la asunción de formas funcionales específicas.

⁷ Suponemos que este resultado también puede extenderse a las estrategias mixtas

⁸ [1966] 3 All ER 398[1966] 1 WLR.

El estándar es el de “una niña normal de 13 años y medio y no me refiero ni a una muy prudente ni a una muy atolondrada, simplemente a una niña normal de 13 años y medio”.

Esta posición en cuanto a la definición de precaución exigida a los menores prevalece tanto en los ordenamientos jurídicos europeos latinos y germánicos (Von Bar (1998), p. 98) como en los anglosajones y nórdicos (Von Bar (1998), p. 343). En el ordenamiento jurídico norteamericano, el *Restatement of the Law Third, Torts: Principios Generales*, establece una regla general para los niños en § 8.

“Cuando el agente es un niño, su conducta será negligente si no se corresponde con la conducta exigible a una persona razonable y precavida de su misma edad, inteligencia y experiencia...”.

En el ordenamiento español el Tribunal Supremo también ha negado reiteradamente que las actitudes desobedientes, imprudentes e irreflexivas de los niños constituyan una conducta negligente a tener en cuenta bajo la óptica de la concurrencia o compensación de culpas o culpa exclusiva de la víctima (negligencia comparativa o contributiva, en la terminología más internacional). A pesar de esto, es cierto que en determinados casos en que los niños, de forma imprudente o incluso criminal, han hecho caso omiso del peligro, se ha reducido o denegado la responsabilidad en virtud de la compensación de culpas o la culpa exclusiva: Ferrer y Ruisánchez (1999).

Pero en casos en los que, como habitualmente sucede, los niños (o cualquier otro tipo de víctima con altos costes de precaución) son las víctimas del accidente, ¿cómo se ven afectados los niveles de precaución exigidos a los causantes?

5.1. Accidentes simultáneos en los que puede conocerse el tipo de víctima

En la sección 3ª hemos mostrado que si el causante puede conocer el tipo de víctima es posible alcanzar la solución eficiente mediante una regla que imponga diferentes niveles de precaución al causante en función del tipo de víctima: un nivel de precaución elevado si los costes en precaución de las víctimas son altos y un nivel de precaución inferior, en caso contrario.

En la realidad, los ordenamientos intentan alcanzar la solución eficiente mediante una regla de negligencia que discrimine entre los estándares de precaución que debe adoptar el causante en función del tipo de víctima, siempre que el primero pudiera conocer de qué tipo de víctima se trataba al adoptar un determinado nivel de precaución.

Por tanto, el estándar de precaución de los causantes que tratan habitualmente con víctimas menos capaces (niños, deficientes físicos o mentales) es, en gran medida, más riguroso que el correspondiente a causantes que llevan a cabo la misma actividad, pero no tratan con este tipo de víctimas con asiduidad. Por citar un ejemplo, el Código Civil español y el Tribunal Supremo español aplican estándares de precaución muy diferentes a profesores que trabajan con menores (en centros de educación primaria y secundaria) que a profesores de universidad, quienes tratan con adultos jóvenes, pero no con niños.

Incluso cuando la interacción con víctimas con costes de precaución elevados es poco frecuente o, simplemente, casual, la mayoría de ordenamientos jurídicos establecen deberes de precaución más rigurosos cuando el causante tuvo conocimiento del tipo de víctima o al menos pudo haberlo tenido razonablemente. El causante debe adoptar precauciones adicionales para contrarrestar el nivel de precaución inferior que cabe esperar de este tipo de víctima; no adoptarlas implicaría negligencia y la consiguiente responsabilidad por el daño causado a la víctima menos hábil (Seidelson (1981), Prosser y Keeton (1984), Von Bar (1998)). Por ejemplo, si hay niños en las inmediaciones, el potencial causante debe anticipar su comportamiento y, por tanto, se le requiere un nivel de precaución superior para escapar de la responsabilidad que el que se le requeriría en caso de que la víctima fuera adulta.

Esta posición también coincide con la solución eficiente en un mundo en el que se conoce el tipo de víctima. Que el causante no trate habitualmente con un tipo de víctima de altos costes de precaución, sino que de ordinario lo haga con víctimas heterogéneas, no implica que, en aplicación de la regla de negligencia, imponer un estándar de precaución superior en esas circunstancias no sea lo más aconsejable en términos de eficiencia.

5.2. Accidentes simultáneos e imposibilidad de conocer el tipo de víctima

La situación se complica cuando el causante no puede distinguir fácilmente el tipo de víctima.

La existencia de individuos con altos costes de precaución entre las potenciales víctimas implica que el nivel de precaución óptimo a adoptar es superior que en el caso de que las víctimas sean homogéneas. La mayoría de ordenamientos jurídicos parecen tener en cuenta los cambios en la composición de la población de víctimas potenciales y, al menos parcialmente, parece que actúan de acuerdo con el modelo presentado en la sección 2ª en la búsqueda de la segunda solución eficiente. A modo de ejemplo, si es probable que haya niños en las proximidades, el estándar de precaución necesario para no ser considerado negligente se incrementa. Los conductores están generalmente informados, mediante las señales y advertencias correspondientes, de que se acercan a las inmediaciones de un colegio y, por tanto, el conjunto de viandantes que pueden sufrir un accidente contiene una proporción superior de niños que en el resto de calles. La totalidad de ordenamientos jurídicos exigen mayor precaución a los conductores que circulan por zonas en las que existen señales de ese tipo. En nuestro modelo, es eficiente incrementar el nivel de precaución exigido (la proporción de víctimas con coste alto en la población de víctimas potenciales) cuando $1 - \alpha$ crece.

De forma similar, si en un determinado supuesto $1 - \alpha$ es inferior, también lo será el nivel de precaución óptimo para el potencial causante y el nivel de precaución exigido. De este modo, si es menos probable que el conjunto de víctimas potenciales contenga niños u otros grupos de víctimas potenciales con coste alto, el nivel deseable de precaución para aquellos que lleven a cabo una actividad dañosa se reduce. Podría pensarse que esto aporta una justificación teórica a

la doctrina de la “actividad de adultos” en el derecho de daños norteamericano⁹. Esta doctrina funciona como una excepción a la regla general de que los niños están sujetos a estándares de precaución diferentes, menos rígidos, que los de los adultos. Si los niños realizan actividades propias de adultos estarán sujetos a un estándar de comportamiento propio de adultos. En aquellas actividades en las que, por regla general, no se encuentran niños (conducción o carreras de fuerabordas, por ejemplo) los potenciales causantes esperan que $1-\alpha$ sea cero y, consecuentemente, que los costes de todas las víctimas potenciales sean bajos. Incrementar el nivel de precaución requerido al causante carece de sentido en estos casos.

Esta doctrina es aplicable a actividades en las que la participación de víctimas con altos costes está prohibida por ley (la conducción a niños o a ciegos, por ejemplo) debido a que si se realizan con poca precaución pueden derivarse graves consecuencias¹⁰.

Aun en el caso en que no haya señales específicas, si existen indicios generales de víctimas potenciales con costes de precaución elevados en las inmediaciones, la adopción de estándares de precaución más estrictos para los causantes potenciales está suficientemente justificada [Prosser y Keeton (1984), p. 200]. Algunos autores defienden la imposición de esta precaución extra por motivos de equidad: los individuos con costes de precaución elevados también tienen derecho a realizar determinadas actividades que les permitan tener una vida satisfactoria e independiente. Algunos argumentan que los niños tienen derecho a explorar el mundo y desarrollarse como seres humanos, interactuando con otros niños, con adultos y con el resto del mundo de forma libre y espontánea. Como mínimo en ciertas actividades, este derecho a la autosuficiencia justifica el coste extra en precaución exigido a los potenciales causantes, con un nivel de precaución superior en la regla de negligencia: Keating (2002), Ferrer y Ruisánchez (1999).

Cuando el porcentaje de víctimas con altos costes en una población es elevado, no está tan claro que la exigencia de un nivel de precaución más estricto sea consistente con nuestra caracterización de la “segunda solución eficiente”. Según nuestro modelo, la consecución de la segunda solución eficiente requeriría, en su forma más simple, una regla que determinara en cada ocasión un estándar de precaución intermedio entre la solución eficiente si los costes de precaución de la víctima son bajos y la solución eficiente en el caso contrario. Resulta dudoso que esto sea lo que los tribunales realmente hacen, pues cuando la presencia de niños es probable, parece que se eleva el estándar de precaución aunque, en realidad, la víctima resulte ser de costes bajos (un adulto). Además, la aplicación directa de la segunda solución eficiente implicaría que las víctimas con coste elevado se verían inducidas a adoptar niveles de precaución superiores que el adoptado en el *first best*, pues el causante elige el nivel de precaución intermedio requerido. Nada de esto aparece mencionado en la literatura ni en los casos cuando se trata la negligencia contributiva y la comparativa, ni se contempla ningún tipo de incremento en los niveles de

⁹ Una discusión acerca de esta doctrina y acerca de los límites del concepto “actividad de adultos” se encuentra en Prosser y Keeton (1984) y Dobbs (2000).

¹⁰ Algunos autores defienden un uso más amplio del estándar propio de adultos a los niños, restringiendo los estándares menos rígidos a aquellas actividades sin riesgo necesarias para el desarrollo de los niños [Forell (1985)].

precaución de las víctimas menos capaces en accidentes bilaterales cuando no es posible conocer el tipo de víctima¹¹.

Algunos autores, por añadidura, critican el tratamiento conjunto de adultos y niños para determinar un nivel de precaución medio (incluso si, como en este caso, se fija indirectamente el nivel de precaución del causante potencial y pueden haber dos tipos de víctimas): Landes y Posner (1987).

En determinadas áreas del derecho podría anticiparse la explicación de que la consecución de la “segunda solución eficiente” está lejos de ser la motivación que subyace a las reglas aplicadas por los tribunales. Aun en las circunstancias en que la observación por el causante del tipo de víctima es difícil, los tribunales utilizan reglas de negligencia diferenciadas en función del tipo de víctima. De este modo, si el coste de la víctima es elevado, el nivel de precaución que la regla de negligencia impondría al causante es el nivel óptimo más elevado para este tipo de víctima (aunque no para el conjunto de víctimas con alto y bajo coste) mientras que si el coste de la víctima es bajo, el estándar de precaución que la regla de negligencia establecería para el causante es el nivel óptimo inferior para este tipo de víctima, pero no para el conjunto de todas las víctimas¹².

Esta actitud es particularmente reseñable en el ámbito de la responsabilidad extracontractual de propietarios o inquilinos de inmuebles. La regla tradicional del *Common Law* es que los propietarios no tienen el deber de adoptar un cuidado razonable con los intrusos y, por tanto, si el intruso sufre daños el propietario o inquilino no será juzgado responsable. El nivel de precaución del propietario respecto al “intruso con bajo coste” es bajo (de hecho, en principio es

¹¹ En nuestro modelo se asume que la regla de negligencia funciona perfectamente por lo que, sin necesidad de complementarse con negligencia contributiva o comparativa, era capaz por si misma de inducir los niveles de precaución óptimos tanto al causante como a la víctima. La aplicación directa de la “segunda solución eficiente” en este contexto no requiere que se preste atención específica en la propia regla a los niveles de precaución de las víctimas. Pero en los casos reales no se observa un nivel de precaución más estricto en las víctimas de alto coste, lo que debe interpretarse como una evidencia indirecta de que los tribunales no están utilizando una regla de negligencia para tratar de alcanzar directamente la segunda solución eficiente.

¹² Considérese el caso extremo en el que $\sigma = 0$ cuando hay observación imperfecta, el modelo desarrollado en la sección 4^a. Asumamos que los tribunales utilizan una regla de negligencia diferenciada con dos niveles de esfuerzo en precaución \bar{x}_1 y \bar{x}_2 dependiendo del tipo de víctima (no es necesario que los tribunales establezcan un tercer nivel intermedio). Con esta regla el causante pagaría daños a la víctima si el primero es del tipo θ_1 y $x < \bar{x}_1$ o si la víctima es del tipo θ_2 y $x < \bar{x}_2$. Sin embargo, el causante sólo puede elegir un único nivel de esfuerzo ya que no puede conocer el tipo de víctima. De igual modo que en el caso normal, $\sigma \neq 0$, hay tres equilibrios:

a) El causante lleva a cabo \bar{x}_1 y asume el riesgo de pagar daños en caso de que la víctima sea de alto coste, b) el causante ejerce \bar{x}_2 y evita el pago de daños en todo caso y c) el causante escoge un nivel intermedio entre \bar{x}_1 y \bar{x}_2 y paga daños si la víctima es de alto coste. Más específicamente, tales resultados se obtienen cuando los tribunales emplean los niveles de precaución eficientes en el *first best* $\bar{x}_1 = x_1^*$ y $\bar{x}_2 = x_2^*$.

cero). La regulación legal es muy diferente cuando el intruso es un niño. Si los propietarios conocieron o pudieron conocer que el intruso podía ser un niño, surge un deber de precaución para con él. Esto es, cuando el potencial causante tenía conocimiento (o pudo haberlo tenido) de la presencia de víctimas con alto coste entre la población de potenciales intrusos, el estándar de precaución es más riguroso (positivo y no cero¹³). Curiosamente, en el derecho español la regla es similar, aunque no se expresa de forma tan clara. El Tribunal Supremo español ha entendido en varias sentencias que los propietarios de determinados inmuebles que están abandonados y son peligrosos (normalmente, minas o zonas industriales) deben adoptar las medidas de precaución adecuadas para evitar que personas inexpertas o inconscientes (léase, niños) sufran daños, y se les hace responsables de los daños causados si no las adoptan [Ferrer y Ruisánchez (1999)]. Casos similares en los que los intrusos son adultos se solucionarían de forma distinta, con menores exigencias de cuidado para los propietarios.

Cabe destacar que en estos casos los tribunales no requieren que se pueda conocer el tipo de la concreta víctima (en la mayoría de ocasiones el propietario ignora la intrusión) sino simplemente que el potencial causante conozca o pueda conocer la existencia de víctimas con alto coste. La finalidad es que el causante adopte medidas de precaución superiores por si las víctimas resultan ser de alto coste. En otras palabras, los tribunales diversifican el nivel de precaución en función del tipo de víctima a pesar de que, aparentemente, éste sea un factor inobservable.

A la vista de los resultados obtenidos en las secciones previas, podemos afirmar que esta regla es menos deseable en términos de eficiencia que una regla que aplique directamente la “segunda solución eficiente” exigiendo al causante un nivel de precaución uniforme equivalente al nivel de precaución óptimo del *second best*. Pero si lo que se pretende es alcanzar objetivos distintos de la eficiencia, la utilización de estándares de precaución diferenciados puede estar justificada incluso en el caso de que el tipo de víctima no pueda conocerse. Si la finalidad del ordenamiento jurídico es satisfacer algún tipo de preferencia rawlsiana en favor del bienestar del menos pudiente o favorecido (en este caso, el grupo de víctimas cuyo coste de precaución es elevado) un estándar diferenciado basado en el tipo de víctima puede representar una alternativa atractiva en términos de política jurídica, bajo las condiciones anteriormente mencionadas. En términos de justicia, la utilización de una regla de negligencia uniforme con independencia del tipo de víctima puede parecer inapropiada. Podría argumentarse que una regla uniforme lleva tanto al causante como a la víctima que más fácilmente puede adoptar cuidado, a reducir sus costes de precaución aprovechándose de los altos costes en precaución de ciertos grupos de víctimas. La presencia de estos grupos permite a los más hábiles reducir sus costes de precaución pues pueden anticipar que el potencial causante adoptará en todo caso (recuérdese que no puede tener conocimiento del tipo de víctima) más precauciones bajo la regla uniforme, precisamente, porque hay víctimas menos hábiles en el grupo. Por su parte, los causantes incurren en todo caso (frente a todas las víctimas) en costes de precaución inferiores que en el *first best* respecto a las víctimas con costes de precaución elevados. Además, una regla de negligencia uniforme conduce a estos últimos a incrementar su nivel de precaución pues saben que los potenciales causantes siempre adoptarán un nivel de precaución algo más bajo.

¹³ Una completa síntesis de los casos americanos en Prosser y Keeton (1984), p. 393 y Dobbs (2000), p.592.

Sobre todo en lo que se refiere a los grupos de víctimas con costes de precaución elevados más fácilmente identificables (niños, personas con alguna deficiencia mental o física) mucha gente, incluidos muchos tribunales, considera que los efectos que sobre ellos tendría la regla de negligencia uniforme son injustos. Puede alegarse que el bienestar de estos grupos, merecedores de especial protección por parte de la sociedad y de los ordenamientos jurídicos, justifica por sí solo la pérdida de eficiencia en el funcionamiento del derecho de daños.

De hecho, puede demostrarse que, en general, el uso de una regla de negligencia diferenciada basada en el tipo de víctima, aunque no es la óptima para alcanzar la segunda solución eficiente, mejora el bienestar de las víctimas con alto coste de precaución, en comparación con una regla de negligencia uniforme que implementa directamente el *second best* ¹⁴.

También cabe otra explicación para la preferencia de los tribunales por reglas de culpa diferenciadas en función del tipo de víctima. Este modelo puede ser eficiente si los tribunales consideran (y no se trata de un supuesto irracional) que no es posible distinguir entre desconocimiento total y conocimiento imperfecto del tipo de víctima. Dado que los tribunales no pueden verificar si el causante tuvo conocimiento realmente del tipo de víctima, nos encontramos de lleno en el ámbito de la sección 4ª de este trabajo. En este contexto, hemos mostrado que la eficiencia requiere reglas de negligencia diferenciadas y que, en equilibrio, el comportamiento de los causantes bajo este régimen diferenciado no puede distinguirse del régimen basado en la negligencia e inspirado por principios de justicia (si bien las víctimas adoptarían precaución cero en el segundo y no en el primero).

No disponemos de suficiente información acerca de los motivos de los tribunales para utilizar la regla diferenciada en distintos tipos de accidentes que nos permita explicar cuál es la explicación más convincente que subyace al uso de reglas diferenciadas en accidentes en los que es difícil conocer el tipo de víctima. Quizás ambas explicaciones (una, que difiere abiertamente de criterios de eficiencia, la otra, razonablemente compatible con ellos) no sean mutuamente excluyentes y la elección de los tribunales en diferentes ordenamientos jurídicos responde a una cierta ponderación entre justicia y eficiencia.

¹⁴ Tal y como se mencionó en la nota 12, la utilización de una regla de negligencia diferenciada cuando el causante no puede conocer el tipo de víctima puede generar 3 equilibrios. En el primero, los causantes adoptan el nivel de precaución requerido para las víctimas con alto coste. Puesto que este nivel de precaución debe ser superior que el de la segunda solución eficiente, el nivel de precaución de las víctimas menos hábiles con una regla de negligencia diferenciada es superior que con una regla de negligencia uniforme que aplica la segunda solución eficiente. En los dos equilibrios restantes, el causante no tiene en cuenta, total o parcialmente, la presencia de víctimas de alto o bajo coste y opta por un nivel de precaución por el cual solamente será responsable en casos de víctimas de alto coste. Como los causantes siempre serán considerados negligentes cuando la víctima sea de alto coste y ésta siempre será compensada, las víctimas de alto coste no adoptarán medidas de precaución. Si los daños pagados por el causante son suficientes para compensar el daño sufrido por la víctima, el bienestar de las víctimas con alto coste (que no el bienestar social) se maximiza si hay una regla de negligencia diferenciada: no tienen costes de precaución y son indiferentes entre que suceda o no el accidente (pues los daños se compensan). Además, si el nivel de precaución de las víctimas potenciales correspondiente a la segunda solución eficiente es, a pesar de todo, cercano a cero (cosa plausible en determinados accidentes dadas las funciones de costes de algunos grupos de víctimas con alto coste) la ineficiencia resultante de la regla diferenciada es relativamente pequeña y puede ser considerada por algunos como un coste asumible para maximizar el bienestar de los niños u otros grupos de potenciales víctimas peor situadas.

6. Extensiones y conclusiones

En la vida real las víctimas potenciales de accidentes son heterogéneas en términos de costes de precaución; algunas afrontan costes más elevados que otras. En el trabajo hemos analizado las implicaciones de esta heterogeneidad en el funcionamiento de la regla de culpa o negligencia.

En nuestra propuesta hemos optado por un modelo con dos tipos de víctimas diferenciadas por sus costes de adoptar medidas de precaución. La extensión del modelo a un mayor número de tipos sería sustancialmente obvia. Hemos decidido no extender el modelo a tipos de víctimas continuos por dos motivos, principalmente. En primer lugar, se reiterarían sustancialmente los resultados e implicaciones del modelo discreto con dos tipos. En segundo lugar, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, un modelo continuo no representaría la configuración real de los ordenamientos jurídicos, que no tienen en consideración el estándar de precaución de cada individuo, sino que, en su lugar, se construyen amplias categorías (excesivamente amplias, podría decirse, o únicamente una) para determinar los estándares de precaución debida.

En Derecho, es característica universal que los estándares de precaución son generales y medios, no hechos a medida de cada persona. En caso contrario, los costes de información serían inasumibles [Landes y Posner (1987)].

Nuestro modelo se basa en la premisa de que la precaución de las víctimas y de los causantes tienen el carácter de sustitutivos. Éste es el supuesto estándar que se realiza en la literatura del análisis económico del derecho en caso de accidentes bilaterales. Cabría la posibilidad de extender nuestro modelo al supuesto en que la relación entre la precaución adoptada por el causante y por la víctima sea de complementariedad. En este caso, el resultado del modelo se invertiría pues es más eficiente para los causantes adoptar un nivel de precaución superior si la víctima es de bajo coste que en caso contrario. Aun así, creemos que el supuesto de complementariedad es poco relevante para el funcionamiento real de las reglas de responsabilidad que aplican los distintos sistemas jurídicos.

Como resumen de los resultados principales del trabajo: hemos caracterizado los niveles de precaución eficientes para ambos tipos de víctimas. También hemos caracterizado los niveles de precaución de la segunda solución eficiente, que no puede ser mejorada en caso de que los causantes no puedan conocer el tipo de víctima al decidir qué nivel de precaución adoptarán. En cuanto a los efectos de la regla de negligencia al adoptar las medidas de precaución hemos considerado reglas de negligencia uniformes y diferenciadas (basadas en los costes de precaución reales de las víctimas concretas), como las que existen en los diferentes ordenamientos jurídicos. Cuando el causante puede conocer el tipo de víctima, puede alcanzarse la solución eficiente utilizando una regla de negligencia diferenciada. Si éste no es el caso, una regla de negligencia uniforme que exige un nivel de precaución igual al nivel óptimo de la segunda solución eficiente, permite fácilmente alcanzar el *second best*. La regla diferenciada no puede hacer lo propio y, por tanto, es menos eficiente que la regla uniforme cuando es imposible conocer el tipo de víctima.

También hemos analizado el caso en que el conocimiento del tipo de víctima es imperfecto (diferente del conocimiento perfecto y del desconocimiento total). Hemos caracterizado la solución óptima en este escenario y hemos examinado las diferentes alternativas legales cuando los tribunales no pueden verificar las declaraciones de los causantes relativas a si han observado o no a la víctima antes de adoptar la precaución. Contrariamente a lo que cabría esperar, hemos mostrado que no hay ninguna diferencia entre la utilización por parte de los tribunales de una actitud de total confianza o una de absoluta desconfianza. Finalmente, hemos analizado el uso real de diversas reglas y doctrinas en varios ordenamientos jurídicos empleando los resultados de nuestro modelo como base teórica. Concretamente, hemos estudiado cómo el uso de una regla diferenciada y la consiguiente pérdida de eficiencia en situaciones de desconocimiento prácticamente total puede estar justificado por una preferencia del bienestar de las víctimas con alto coste en detrimento de la *second best efficiency*, o puede ser eficiente en un contexto de conocimiento imperfecto.

Apéndice

Para la prueba de los lemas de las secciones 2-4, véase la versión en inglés.

Bibliografía

Jennifer ARLEN (1992), "*Should Defendants' Wealth Matter?*", 21 J. Leg. Stud., 413.

Ronen AVRAHAM, David FORTUS, y Kyle LOGUE (2002), "*Revisiting the Role of Legal Rules y Tax Rules in Income Redistribution*", John M. Olin Center for Law & Economics, University of Michigan, disponible en <http://papers.ssrn.com>

Christian von BAR (1998), *The Common European Law of Torts*, Volume I, Clarendon Press, Oxford.

Dan B. DOBBS (2000), *The Law of Torts*, West Group, ST. Paul, Minn.

Salvador DURANY (1999), "*Parents and Schools*", Indret 1/2000, 25.

Aaron EDLIN (1998), "*Due Care*", in Peter NEWMAN (editor), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Volume I, MacMillan, London-New York, 653.

Josep FERRER y Covadonga RUISÁNCHEZ (1999), "*Children and Teenagers*", Indret 1/2000, 1.

Caroline FORELL (1985), "*Reassessing the Negligence Standard of Care for Minors*", 15 N. M. L. Rev., 485.

Louis KAPLOW y Steven SHAVELL (1994), "Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income", 23 J. Leg. Stud., 667.

Louis KAPLOW y Steven SHAVELL (1996), "Accuracy in the Assessment of Damages", 39 J. L. & Econ., 191.

Louis KAPLOW y Steven SHAVELL (2000), "Should Legal rules Favor the Poor? Clarifying the Role of Legal Rules and the Income Tax in Redistributing Income", 29 J. Leg. Stud., 821.

Gregory C. KEATING (2002), "Pressing Precaution Beyond the Point of Cost-Justification", University of Southern California Law School, Law and Economics Research Paper Series, disponible en <http://papers.ssrn.com>

W. PAGE KEETON (General Editor) (1984), *Prosser y Keeton on the Law of Torts*, 5th edition, West Publishing Co. St. Paul, Minn.

William LANDES y Richard POSNER (1987), *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge (Ma).

Thomas MICELI (1997), *Economics of the Law. Torts. Contracts. Property. Litigation*, Oxford University Press, Oxford-New York .

Thomas MICELI y Kathleen SEGERSON (1995), "Defining Efficient Care: The Role of Income Redistribution", 24 J. Leg. Stud.

Chris SANCHIRICO (2000), "Taxes versus Legal Rules as Instruments for Equity: A More Equitable View", 29 J. Leg. Stud., 797.

SEIDELSON (1981), "Reasonable Expectations and Subjective Standards in Negligente Law: The Minor, the Mentally Impaired and the Mentally Incompetent", 50 Geo. Wash. L. Rev., p. 17.

Hans-Bernd SCHÄFER y Andreas SCHÖNENBERGER (1999), "Strict Liability versus Negligence", in Boudewjin Bouckaert y Gerrit de Geest (editors), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. II, Edward Elgar, Cheltenham.

Steven SHAVELL (1987), *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge (Ma).

Warren SCHWARTZ (1989), "Objective and subjective Standards of Negligence: defining the Reasonable Person to Induce Optimal Care and Optimal Populations of Injurers and Victims", *Georgetown L. J.* , 241.