

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Fundamentos y análisis jurídico para el debate en el Perú en torno a la cobertura del seguro obligatorio de accidentes de tránsito a favor de víctimas de accidentes de tránsito en el contexto de ausencia de contratación del SOAT o CAT.

Tesis para optar por el Título de Abogado, que presenta el bachiller:

Eduardo Roberto Hurtado Barboza

Asesor:

Héctor Augusto Campos García

Lima, 2022



INFORME DE SIMILITUD

Yo, **HÉCTOR AUGUSTO CAMPOS GARCÍA**, docente de la Facultad de **DERECHO** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado:

Fundamentos y análisis jurídico para el debate en el Perú en torno a la cobertura del seguro obligatorio de accidentes de tránsito a favor de víctimas de accidentes de tránsito en el contexto de ausencia de contratación del SOAT o CAT.

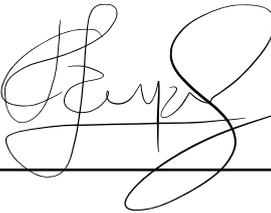
del/de la autor(a)/ de los(as) autores(as)

EDUARDO ROBERTO HURTADO BARBOZA

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 30% Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 26/11/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: **Lima, 10 de abril de 2023**

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: CAMPOS GARCÍA, HÉCTOR AUGUSTO	
DNI: 44780513	
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-4032-4419	

Resumen

Al fundamentar su funcionamiento en la contratación de la póliza y cobro de la prima, el SOAT deja en desamparo a muchas víctimas de accidentes de tránsito (a quienes llamamos en esta investigación víctimas en contexto de ausencia de contratación). En el Perú, el esquema complementario, el Fondo de Compensación, se muestra insuficiente porque continúa dejando sin protección a muchas víctimas de accidentes de tránsito. Reflexionar sobre el desamparo de estas víctimas implica no solamente estudiar los textos normativos y pronunciamientos judiciales y administrativos al respecto sino preguntarse por dos cuestiones principales: (i) las razones por las que como sociedad deberíamos contar con un esquema lo suficientemente amplio que garantice indemnizaciones a todas las víctimas de accidentes de tránsito; (ii) la viabilidad de un esquema de compensaciones sostenible en el tiempo que no condicione la protección a la contratación de la póliza y pago de la prima. Estas cuestiones involucran tanto a la dogmática, análisis económico del derecho y filosofía política: conocer sus límites y aportes. Esta investigación concluye que existen razones de peso para que nuestra sociedad cuente con un mecanismo organizado de compensación de daños en los accidentes de tránsito que debe ser apoyado por la labor estatal para hacerlo sostenible en el tiempo.

Palabras clave: Víctimas de accidentes de tránsito, esquemas de compensación, fiscalización estatal, incentivar la contratación del seguro obligatorio.

Summary

By basing its operation on contracting the policy and collecting the premium, the SOAT leaves many victims of traffic accidents helpless (whom we call in this investigation victims in the context of not contracting). In Peru, the complementary scheme, the Compensation Fund, is insufficient because it continues to leave many victims of traffic accidents unprotected. Reflecting on the lack of protection of these victims implies not only studying the normative texts and judicial and administrative pronouncements in this regard, but also asking about two main questions: (i) the reasons why as a society we should have a sufficiently broad scheme that guarantees compensation to all victims of traffic accidents; (ii) the viability of a compensation scheme that is sustainable over time that does not condition protection on contracting the policy and paying the premium. These issues involve both dogmatics, economic analysis of law and political philosophy: knowing its limits and contributions. This research concludes that there are compelling reasons for our society to have an organized compensation mechanism for damages in traffic accidents that must be supported by state efforts to make it sustainable over time.

Keywords: traffic road victims, complementary schemes, encourage contracting compulsory insurance.

Índice

Resumen	2
Índice	4
Introducción	7
1. Capítulo 1: Las Víctimas en Contexto de Ausencia de Contratación en el Esquema del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito.	16
1.1. Cómo Nace y Qué es el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito en el Perú: Antecedentes Históricos y Definición.	18
1.1.1.	189
1.1.2. Surgimiento en el Perú del seguro obligatorio de accidentes de tránsito.	31
1.2. ¿Cómo Funciona el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito en el Perú? Aspectos Técnicos.	40
1.2.1. Estructura técnica: la mutualidad, la prima, el riesgo.	41
1.2.2. Intervención estatal.	49
1.3. Las Víctimas en Contexto de Ausencia de Contratación en el Perú.	52
1.3.1. Casos hit and run: fondo de compensación.	55
1.3.2. Supuesto del artículo 17° del Decreto Supremo N° 024-2002-MTC	59
1.4. La Poca Consistencia de la Regulación Peruana: Preguntas a Responder para un Sistema Coherente y Sostenible.	63
2. Capítulo 2: Las Herramientas Necesarias para Responder las Preguntas Planteadas.	68
2.1. Estado de la Cuestión en Perú.	69
	4

2.2.	¿Por Qué la Dogmática no es Adecuada para esta Investigación?	76
2.2.1.	El límite de la dogmática en el derecho: a propósito de una recurrente discusión.	77
2.2.2.	El enfoque dogmático en el problema de las víctimas en contexto de ausencia de contratación.	85
2.3.	¿Qué Aporta el Análisis Económico del Derecho a esta Investigación?	89
2.3.1.	El AED en el Perú: ¿perpetuación de la injusticia o defensa del bienestar social? o ¿el abanderamiento del libertarismo o neutralidad metodológica?	90
2.3.2.	De regreso a un imprescindible debate: POSNER, DWORKIN y CALABRESI.	94
2.4.	¿A qué Apunta el Enfoque Filosófico?	115
3.	Capítulo 3: Fundamentos y Estructura de un SOAT Inclusivo y Sostenible	124
3.1.	Hacia una Argumentación Razonable sobre el Modelo de Gestión de Daños en los Accidentes de Tránsito.	127
3.1.1.	Breve exposición de argumentos recurrentes en la filosofía política: Rawls, Hayek, Nozick, Nussbaum y Sen.	128
3.1.1.1.	Rawls y los Accidentes de Tránsito..	129
3.1.1.2.	Nozick y Hayek.	141
3.1.1.3.	El enfoque de las capacidades: Injusticias manifiestas (Sen) y el umbral de la dignidad humana (Nussbaum)	159

3.2. Análisis Funcional de una Estructura Eficiente.	172
3.2.1. Análisis del sistema actual: el <i>precio</i> en las primas de vehículos menores, la falta de competencia y la escasa fiscalización.	173
3.2.1.1.El <i>precio</i> en las <i>primas</i> .	174
3.2.1.2.Concentración del mercado asegurador y competencia.	180
3.2.1.3.Escasa fiscalización.	190
3.2.2. Propuesta para acercarnos al objetivo de cobertura global del SOAT	197
3.2.2.1.Propuesta para una mayor contratación de la póliza del SOAT.	198
3.2.2.2.Propuesta de esquemas complementarios que compartan parcialmente el costo de los daños en los accidentes de tránsito.	205
Conclusiones	218
Referencias	228

Introducción

El 15 de mayo del 2021, el bus identificado con placa V5G-591 de la empresa AVA tours se volcó en la autopista que va desde La Libertad a Lima. El resultado, once personas muertas y muchos heridos. Los cuerpos de los fallecidos permanecieron durante dos días regados dentro y

fuera del bus sin que ninguna funeraria recogiera los cadáveres; principalmente, porque dicho vehículo no contaba con la póliza del seguro obligatorio de accidentes de tránsito vigente (en adelante, SOAT). La vigencia del SOAT permite que las funerarias cobren los gastos por sepelio directamente de las aseguradoras, agilizando y simplificando el trámite que realiza un particular por su cuenta. Dado que en este caso no estaba presente el SOAT, las víctimas y sus familiares debían correr con los gastos por su cuenta.

La madrugada del 6 de diciembre del 2021, al atender un accidente de tránsito, bomberos del Perú trasladaron a la clínica más cercana, clínica Javier Prado, a un menor de 15 años de edad. Con gran sorpresa, el personal administrativo y el médico de turno negaron el ingreso al menor que se encontraba inconsciente, alegando que este no se encontraba identificado y que ese era requisito necesario para que la aseguradora les envíe la *carta de garantía* que cubriría los gastos médicos.

Desde su creación, el SOAT conllevaba una promesa de indemnización célere, incondicional y masiva contrario al reclamo judicial por medio de *responsabilidad civil* que tienen que exigir las víctimas en un juzgado. Lo que haría posible esta promesa, se pensó, era el pago de la *prima* de las pólizas de seguro. A través de este dinero las aseguradoras montarían una maquinaria organizativa posible que incentiva a la mayoría de los involucrados en un accidente de tránsito (funerarias, hospitales, clínicas, centros de salud, entre otros) para una indemnización a la altura de los requerimientos de un accidente de tránsito. De esta forma el pago de la *prima* se convierte en el combustible que hace posible el funcionamiento de los incentivos y que las indemnizaciones lleguen de forma célere e incondicional a las víctimas.

Sin embargo, ante su ausencia, las funerarias, las clínicas, e incluso los hospitales¹, muestran reticencia a brindar servicios a los perjudicados en un accidente de tránsito ante la falta de pago de los servicios que brindan. Hay una legítima desconfianza sobre quien terminará cubriendo los gastos ocasionados por el accidente de tránsito. Esta desconfianza se basa en no poder recuperar el dinero que invierten en los gastos que requiere trasladar y tratar al herido o muerto, según sea el caso. Los dos casos narrados al inicio de esta introducción son un claro ejemplo de ello. Ninguna funeraria se hubiera presentado en el lugar de los hechos sin que medie un contrato de servicio previo, que es lo que ofrece el SOAT. Esta descripción es un juicio de hecho más que uno de valor que permite ver que la desconfianza legítima de cobrar por los servicios que brindan algunos actores (centros médicos y funerarias, principalmente) es consecuencia de que la maquinaria de incentivos que representa el SOAT puede dejar en desprotección a muchas víctimas de accidentes de tránsito.

A pesar de que el artículo 4 del texto normativo que regula el funcionamiento del SOAT, Decreto Supremo N 24-2002-MTC (en adelante reglamento del SOAT), señala que este debe cubrir a todas las personas que sufran lesiones o muerte como consecuencia de un accidente de tránsito sean ocupantes o *terceros no ocupantes* de un vehículo a motor, lo cierto es que ese mismo texto normativo ha condicionado los beneficios del SOAT a la contratación de la póliza. La consecuencia clara es que la maquinaria se paraliza, pudiendo generar desprotección a las víctimas que se encuentren fuera de la contratación de la póliza de seguro obligatorio. A este tipo de víctimas se les denomina a lo largo de esta investigación, *víctimas en contexto de ausencia de contratación*.

¹ Véase el caso de la madre de la exministra Ana Jara: <https://elcomercio.pe/lima/sucesos/ex-ministra-ana-jara-denuncia-madre-fallecio-falta-atencion-essalud-noticia-453708-noticia/?ref=ecr>

¿Qué hacer con este tipo de víctimas? ¿Qué tipo de protección deben tener? ¿Deben litigar por algún tiempo hasta obtener una indemnización por parte del Poder Judicial?

La presente investigación se centra en estas preguntas. No pocas respuestas se han dado últimamente a raíz de los recientes pronunciamientos de la Corte Suprema en relación con *uno* de los grupos dentro de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*: personas que se encuentran en un vehículo sin SOAT que choca con otro que si tiene SOAT. Este supuesto se encuentra en el artículo 17, cuarto párrafo, del reglamento del SOAT, cuya redacción da pie a interpretaciones contrarias.

Algunos han tratado de armonizar los textos normativos, no solo referentes al SOAT sino la constitución misma, para alegar una protección y extender la cobertura del SOAT a dicho tipo de víctimas. Esta forma de resolver la desprotección de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*, buscando armonía en el sistema legal positivo, es característico de la *dogmática*. Un derecho es descubierto de entre el entramado normativo a favor de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* si las calificamos como *terceros no ocupantes*.

También es posible acercarse a la problemática de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* a través de las *consecuencias económicas* de ampliar la cobertura sin que exista contratación de la póliza, pago de la *prima*. Se alega, por ejemplo, que una ampliación de la cobertura sin que medie la contratación afectaría el buen *funcionamiento del mercado*. Esto ocurre, se dice, porque se desincentiva la contratación y las aseguradoras pagan montos no previstos inicialmente, no siendo rentable llevar a cabo la empresa, por lo que cesaría su funcionamiento en un plazo determinado. Este es un argumento que se ha sostenido tanto en INDECOPI como en el Poder Judicial. Este acercamiento es propio del *análisis económico del derecho*.

La presente investigación pretende sostener que el problema de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* no se termina con la interpretación normativa ni con evaluar las consecuencias negativas del mercado o la afectación a las aseguradoras. El problema de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* trasciende a uno estructural de cómo entendemos las tareas del Estado ante una cuestión tan recurrente y de graves consecuencias como lo son los accidentes de tránsito; y ello es parte, inevitablemente, de una discusión de *filosofía política*. Sin embargo, tampoco es suficiente conocer las exigencias al Estado si no se puede articular una normativa coherente que considere las consecuencias económicas de su regulación para poder alcanzar los fines deseados.

A lo largo de esta investigación se van a mostrar los límites de los tres siguientes enfoques al abordar la problemática de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*: *dogmático*, *análisis económico del derecho* y *filosófico*. Cada uno de estos enfoques nos dice algo sobre las víctimas de accidentes de tránsito, pero dejan otros vacíos que pueden ser respondidos por los otros enfoques:

Por ejemplo, ¿cuentan, las víctimas, con algún derecho que debe ser derivado mediante interpretación de los textos normativos vigentes? Pero ¿que si el texto normativo deja algunas víctimas sin protección y a otras no?

A su vez, ¿es perjudicial un esquema de compensación que desincentive la contratación de la póliza? No obstante, ¿el buen funcionamiento del mercado está por encima de un esquema amplio de cobertura no sujeta a la contratación de la póliza?

Además, ¿un mínimo de indemnización de los daños de los accidentes de tránsito es tarea del Estado para todos y cada uno de sus ciudadanos independientemente de la contratación? Sin

embargo, ¿cómo hacemos para estructurar un sistema incluyente y sostenible en el tiempo que alcance este objetivo?

Es fundamental conocer los límites de los enfoques que nos acercan a los problemas con relevancia jurídica. La protección a las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* supera los supuestos de hecho previstos por el reglamento del SOAT. Si bien la situación de un grupo de ellos ha sido objeto de discusión en sede judicial, existen otros dos grupos: *hit and run* (no se sabe si hubo contratación del SOAT) y donde la ausencia del SOAT es absoluta. No todos están regulados en Perú.

La estrategia a la que se recurre en esta investigación para mostrar los límites de los enfoques es apoyarse en discusiones recurrentes de la academia nacional y extranjera. El *dogmático y filosófico* a través del conocido encuentro entre el profesor Fernandez Sesarego y el profesor Leysser León a propósito del *daño al proyecto de vida y a la persona*. El *económico y filosófico* a través de las críticas y defensas de la academia nacional (Freddy Escobar, Hernando Nieto, Alfredo Bullard y Betzabé Marciani) y extranjera al *análisis económico del derecho*, con especial énfasis en el debate Posner, Calabresi y Dworkin, y las críticas del profesor Jules Coleman a Kaplow y Shavell.

También se va a mostrar brevemente el tipo de argumento *filosófico* que *fundamenta* un sistema de gestión de daños a través de la posición de Diego Papayannis. Como en la responsabilidad civil, la *justicia entre las partes* fundamenta el entramado normativo; para tener un sistema de compensación de víctimas de accidentes de tránsito que no excluya a ciertas víctimas ante la ausencia de la póliza los argumentos deben trascender a lo que dice la norma y mostrar cual es la razón de ser de dicho sistema.

Robert Nozick o Friedrich von Hayek son autores que se encuentran en contra de una cobertura a todas las víctimas de accidentes de tránsito independientemente de la contratación de la póliza. Por otro lado, las exigencias de la *justicia procedimental de trasfondo* al interior de la teoría de John Rawls haría posible argumentar una cobertura a todas esas víctimas para mantener la *equidad* en la sociedad. Asimismo, se puede construir un argumento por el cual la exigencia de una indemnización mínima a todas y cada una de las víctimas de accidentes de tránsito sea una exigencia para mantener a todos por encima del *umbral mínimo de dignidad*; siendo ello finalidad del Estado según el *enfoque de capacidades* propuesto por Amartya Sen y seguido por Martha Nussbaum.

No se pretende en esta investigación mostrar argumentos concluyentes sobre la discusión de cómo y a qué debe apuntar la estructura básica del Estado. Si se pretende mostrar algunas posiciones encontradas (esto es lo que implica el enfoque *filosófico*: dar las razones que fundamentan una tarea particular del Estado) y *tomar postura* principalmente por *enfoque de capacidades* y el razonamiento de la teoría rawlsiana. La cercanía del *enfoque de capacidades* con la piedra angular de las constituciones modernas, es decir la *dignidad*, conlleva un atractivo particular.

El tomar postura no significa que existen respuestas *únicas*. Chile, Bolivia, Uruguay, Ecuador, Brasil y Perú consagran en sus constituciones el derecho a la salud y a la integridad física, pero todos difieren en cómo afrontan un problema tan recurrente, masivo y consecuencias graves como la protección a las víctimas de accidentes de tránsito. Algunos de estos países se preocupan por un esquema que no condicione las indemnizaciones a la contratación de la póliza; otros, por protecciones parciales.

Conociendo las razones para un sistema que no abandone a las víctimas de accidentes de tránsito por el hecho de estar ausente la contratación de la póliza, se debe pensar cómo estructurar dicho sistema para hacerlo sostenible. En ese punto se notará claramente que el enfoque *económico* complementa al *filosófico* para poder tener una regulación normativa adecuada que no necesite de elucubraciones interpretativas como las que se presentaron a propósito del artículo 17 del reglamento del SOAT.

Por un lado, la estructura del sistema de compensación a víctimas de accidentes de tránsito no puede prescindir del cobro de las *primas*, pero, por otro lado, tampoco puede excluirse a las víctimas por ausencia de contratación de la póliza dado los argumentos que se puedan dar a partir del enfoque *filosófico*. El sistema de compensación debe *incentivar la contratación de la póliza* y a su vez idear esquemas complementarios para proteger a las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*.

Para la primera finalidad es importante tomar algunas herramientas del *análisis económico* y aterrizar el análisis en las peculiaridades del Perú: (i) la eficacia y calidad en la fiscalización a la obligación de contratar por parte de la Policía Nacional del Perú; (ii) el nivel de concentración del mercado de seguros en el ramo del SOAT; (iii) el *precio de las primas* en algunos vehículos a motor como las motos. La idea es analizar los factores que influyen en la contratación del SOAT y proponer algunas modificaciones para incrementar la contratación. A mayor contratación menos víctimas desprotegidas.

Aclárese desde ahora, sin embargo, que el problema real no es la falta de contratación. La falta de contratación es un defecto del sistema de contratación de pólizas elegido para afrontar las consecuencias negativas de los accidentes de tránsito que, ciertamente, puede ser perfectible. Por lo tanto, el verdadero problema es cómo afrontar las consecuencias negativas de los accidentes de

tránsito. Existen razones, económicas y filosóficas, para elegir el sistema de contratación de pólizas para lidiar con las consecuencias negativas de los accidentes de tránsito, pero no hay razones para que se mantenga un sistema de contratación exclusivo donde ante la falta de contratación se deje a la víctima a su suerte si entendemos que este es un deber de la estructura básica de la sociedad.

En esta investigación se entiende que no es excluyente incentivar la contratación y buscar esquemas que, al mismo tiempo, integren a las víctimas que no cuentan con la protección del seguro. Por ello se busca como primer finalidad incentivar la contratación. No obstante, advierte previamente que buscar una protección global de todas y cada una de las víctimas implica un debate que está por encima de contratar o no una póliza de seguro: un debate sobre la estructura básica de la sociedad.

Con respecto a la segunda finalidad, *esquemas complementarios que no dependan de la contratación*, se va a mostrar como otros países de la región asumen esta tarea: Brasil, Ecuador y Uruguay; mostrando que es posible adoptar el modelo uruguayo o brasilero (antes de su modificatoria). Estos esquemas requieren de la participación del Estado, pero no de forma exclusiva; al contrario, trasladan al privado el desarrollo de la acción indemnizatoria.

Es importante resaltar que el éxito de un sistema de compensación amplio depende de incentivar la contratación así como contar con esquemas complementarios de indemnización. Si falla el primero, poco a poco fallará el segundo.

De esta forma, la presente investigación se divide en tres partes. El primer capítulo dedicado a entender que es, como funciona y a qué se enfrentan las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*. El segundo capítulo, muestra el estado de la cuestión en Perú y cómo los enfoques utilizados son insuficientes por separado para dar una respuesta al problema en cuestión. Aquí se conocen los límites de los enfoques. Por último, el tercer capítulo, muestra los

clásicos argumentos libertarios de Nozick, el pensamiento de Hayek, la teoría de John Rawls y el *enfoque de capacidades* de Sen y Nussbaum, tomando posición por este último. Además, estudia y propone alternativas a la regulación actual para así conseguir un esquema de compensación que no desampare a las víctimas de accidentes de tránsito y sea sostenible en el tiempo.



1. Capítulo 1: Las Víctimas en Contexto de Ausencia de Contratación en el Esquema del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito.

La presente investigación se enmarca en el estudio del sistema de gestión de daños identificado como seguro obligatorio de accidentes de tránsito, más conocido como SOAT. Su esquema en un escenario de contratación ideal y cero fugas luego de acaecido el accidente de tránsito, debiera cubrir a todas las víctimas de accidentes de tránsito por los tipos de daños y

montos que el sistema prevé. En ese supuesto no habría argumentos por los cuales las aseguradoras se nieguen a desembolsar las indemnizaciones más que algunas pocas excepciones previstas en la ley².

Sin embargo, dicho escenario, que requiere principalmente de una masiva contratación del seguro obligatorio, difícilmente se configura, sobre todo en un país como el Perú donde alrededor del 50% de vehículos no cuenta con el seguro obligatorio. Esta realidad expone a muchas de las víctimas de accidentes de tránsito a que se vean privadas de las compensaciones céleres que ofrece el SOA. El contexto desfavorable en el que se encuentran, debido principalmente a la falta de contratación, las diferencia claramente de las demás víctimas; por ello, se les denomina a lo largo de esta investigación como *víctimas en contexto de ausencia de contratación*.

Conscientes del problema de la falta de contratación, algunos países (Uruguay, por ejemplo) han incorporado al esquema tradicional del seguro obligatorio un fondo de compensación por medio del cual todas o algunas de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* tienen los mismos, o similares, beneficios que las otras víctimas protegidas por el seguro. También se ha creído conveniente en algunos países (este es el caso de Uruguay y Brasil) el imputar a las aseguradoras que comercializan el seguro obligatorio³, o al Estado de ser este quien administre los aportes de las primas, el realizar las coberturas de forma directa (este es el caso de Ecuador).

² Artículo 37 del Decreto Supremo N° 024-2004-MTC.

³ Tómesese en cuenta que el traslado al consumidor final dependerá de la elasticidad del servicio.. No todo traslado es inevitable. Dejar de contratar el seguro, aun siendo obligatorio, puede resultar atractivo si las empresas incrementan el precio considerablemente. La contratación también es importante para las aseguradoras porque es a partir de ellas que se genera la utilidad. Véase los factores que influyen en la determinación del precio en la oferta y demanda en: Colander, 2016: 129-130. y Dorman, 2014: 91.

En el Perú, adoptar estos esquemas ha sido gradual; sin embargo, actualmente no se brinda cobertura a todas las víctimas en contexto de ausencia de contratación. El presente capítulo pretende mostrar cuáles son algunos problemas al tomar esta decisión legislativa.

Algunas preguntas que se asoman de forma preliminar son: ¿De dónde sale el dinero para cubrir dichos daños si no hubo contratación? ¿A qué aseguradora se le imputa el pago de los daños si hubo fuga de quien manejaba el vehículo? ¿Cuáles son las implicancias de legislar a favor de indemnizar parcialmente los daños de accidentes de tránsito en contexto de ausencia de contratación? ¿A quiénes afecta dicha decisión? Y de ser así, ¿Está justificada dicha afectación? ¿La forma en la que se lleva a cabo actualmente es la mejor? ¿Quiénes terminan cubriendo el incumplimiento de quienes no contratan?

Para poder alcanzar el objetivo de este capítulo se tiene que entender qué es y cómo funciona el seguro obligatorio de accidentes de tránsito. Por ello, el presente capítulo se divide en cuatro partes. El primero destinado a va a mostrar el significado del seguro obligatorio de accidentes de tránsito en el Perú a través del desarrollo histórico en el que se gesta; el segundo, a mostrar el carácter técnico en el que se desenvuelve: básicamente a responder la pregunta sobre cómo funciona; el tercero, a mostrar el tratamiento en el Perú de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*; el último, dedicado a formular las problemáticas a partir de lo desarrollado previamente.

1.1 Cómo Nace y Qué es el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito en el Perú:

Antecedentes Históricos y Definición.

El seguro obligatorio de accidentes de tránsito en el Perú es una forma distinta de afrontar los daños de los accidentes de tránsito que la ofrecida por la responsabilidad civil. Enmarcado

dentro de los denominados seguros *no-fault*, aquella institución se diferencia de su predecesora en aspectos sustanciales.

Sin duda, la diferencia fundamental está en prescindir de la evaluación del comportamiento para gatillar los montos dinerarios que den soporte a las víctimas. La sola verificación del accidente de tránsito, por regla general, es suficiente en el caso del seguro obligatorio de accidentes de tránsito. De esto se sigue que dicho monto no está supeditado a una declaración de responsabilidad, como sí sucede en la responsabilidad civil. La unión necesaria entre el causante del daño y la víctima desaparece en los seguros *no-fault*. Esto a su vez, permite que el monto dinerario que cubre a las víctimas no se exija luego del accidente sino antes.

La principal razón por la que se da este cambio en el caso de los accidentes de tránsito se explica a partir de la *tensión entre la institución jurídica de la responsabilidad civil y su ámbito de aplicación: los daños que nos causamos unos a otros en el ámbito de la circulación vial*. Los daños producto de los accidentes de tránsito rebasaron por completo a la responsabilidad civil. Siendo masivos, cotidianos y de consecuencias no deseadas se gestó una nueva institución: el seguro obligatorio de accidentes de tránsito.

Sin embargo, el paso de una institución a otra fue gradual y no libre de obstáculos. Este apartado está dedicado a dar cuenta de forma breve el *iter* por el que se abre paso el seguro obligatorio de accidentes de tránsito como seguro *no-fault*.

1.1.1. Breve recuento histórico: de la responsabilidad civil, pasando por el seguro de responsabilidad civil, al seguro obligatorio de accidentes de tránsito.

Existen tres momentos que pueden dar cuenta de lo que hoy es el seguro obligatorio de accidentes de tránsito. El primero, sin duda alguna, es la flexibilización en la determinación de la

responsabilidad civil; el segundo, la preocupación por un resguardo financiero para cubrir las responsabilidades y pagar las compensaciones; y, por último, el tercero, la aparición de esquemas que se alejan esencialmente del concepto de responsabilidad para brindar compensación a las víctimas de los accidentes de tránsito como preocupación principal.

Lo que impulsó el cambio de la normativa fue la preocupación por los daños como consecuencia de los accidentes de tránsito. Poco a poco la responsabilidad civil se veía impotente al momento de dar respuesta a los daños ocasionados por las nuevas invenciones en el mundo. La era de la industrialización introdujo nuevas fuentes de daños y desafió los límites de la institución en mención. Así, las consecuencias dañosas de la circulación vial se presentaron como uno de los retos que la sociedad debía afrontar.

No fue, sin embargo, el vehículo a motor el que generó el cambio. Los *objetos* o *cosas* como fuente de daños iban minando progresivamente el concepto de *negligencia* en la que estaba anclada la determinación de responsabilidad hasta el siglo XIX.

Tunc (1971) señala que históricamente:

Emergió la doctrina moderna que imponía responsabilidad objetiva en personas y empresas por tales daños, tanto como un “precio” por llevar a cabo la actividad o poseer la cosa, o en la teoría que la actividad, siendo ultra peligrosa, es llevada bajo su propio riesgo, o sobre la base que la política pública favorece la imposición de responsabilidad objetiva sobre la conducción de la actividad o tener la cosa, en vista de la factibilidad general de asegurarse contra tal riesgo de daño. Esta moderna doctrina toma varios nombres: “responsabilidad sin culpa”, “negligencia sin culpa”, “responsabilidad presunta”, “culpa *per se*”, “responsabilidad objetiva” o “responsabilidad de riesgo”. (pág. 20)

En el área de los accidentes de tránsito, este hecho es sin duda el primer momento hacia el camino al seguro obligatorio de accidentes de tránsito: la *flexibilización de la determinación de responsabilidad*. Este cambio normativo caló de distinta forma en los países.

Por un lado, un grupo de países, principalmente los del *common law*, entre ellos Estados Unidos e Inglaterra, exigían que “para obtener compensación la parte dañada debía ser capaz (bajo la regla del *res ipsa loquitur*) de probar que el automovilista tenía un deber de cuidado para con aquel, que lo había vulnerado, y producto de ello le había causado daño.” (Tunc, 1971, pág. 8). La regla *res ipsa loquitur* permitía deducir a través de las circunstancias que existió *negligencia* en el automovilista. De esta forma, la determinación de responsabilidad se hacía más sencilla.

Otro grupo de países dejó de lado la *negligencia* para volver más estricta la determinación de responsabilidad. Por ello, se aplicaban reglas especiales para determinar la responsabilidad, “si no precisamente a los accidentes de tránsito, al menos al daño causado por cosas en general, o por cosas o actividades peligrosas, las cuales, por supuesto, incluían a los carros y manejar.” (Tunc, 1971, pág. 8)

Es el caso de Francia, según TUNC (1971), “donde el derecho aplicable al daño causado por los carros es equivalente al aplicable a los daños causados por cualquier otra cosa” (pág. 22), “la responsabilidad objetiva impuesta por las cortes en base al artículo 1384 de su Código Civil carga al “custodio” del carro: *i.e.*, el propietario, a menos que alguien más ha recibido o tomado control del mismo.” (pág. 9). Sin embargo, se excluía de responsabilidad de mediar acto de la víctima o por una tercera persona o un evento fortuito, que hubieran convertido el daño en

inevitable (Tunc, 1971, págs. 14-20)⁴. No existía en Francia un límite para recuperar los daños bajo las reglas generales aplicables a los daños causados por las *cosas*.

Un último grupo de países reguló específicamente normativa para el caso de los accidentes de tránsito. Dentro de estos países, se encontró, por ejemplo, Dinamarca, quien en 1903 reguló una normativa que “hacía al propietario del vehículo responsable por los daños causados por su operación a menos que pueda probar que él, o la persona que manejaba el vehículo, estaba libre de negligencia.” (TUNC, 1971, pág. 11). Esto implicaba que el deber de probar recaía en él y que por ello podía ser quien cargue con el costo del daño si no había prueba o no pudiese probar la falta de negligencia. La víctima debía solo interponer la demanda y probar el daño.

Por otro lado, Alemania reemplazó el *Motor Vehicule Law* de 1909 por el *Road Traffic Law* de 1965 en el que “los daños causados por la operación de un vehículo a motor, es la responsabilidad objetiva impuesta en la persona en posesión (*Halter*) del vehículo. Esto es, la persona quien ejerce el control inmediato sobre el vehículo y tiene derecho para hacerlo. Normalmente es el propietario pero puede ser también el depositario.” (Tunc, 1971, pág. 9).

Por su parte, Suecia, en 1916, “impuso responsabilidad objetiva al propietario del vehículo a menos que pueda probar que el daño no se debió ni a su negligencia ni a un defecto del vehículo” (Tunc, 1971, pág. 11). Noruega, en 1912, yendo más lejos “impuso responsabilidad objetiva al propietario del vehículo, independientemente de cualquier negligencia por parte del conductor.” (Tunc, 1971, pág. 11).

⁴ El autor señala que: “En Francia, la exclusión de responsabilidad fue introducida por una decisión de 1928, pero, luego de innumerables dificultades, esta fue dejada de lado por tres decisiones del 20 de Diciembre de 1968” (Tunc, 1971).

Estas legislaciones especiales, a diferencia de Francia, tenían limitaciones en cuanto al tipo de daño y al límite en la compensación. En Alemania, el *German Road Traffic Law*, por ejemplo, señalaba que los montos máximos recuperables bajo la regulación especial eran:

- (1) En el caso de muerte o daños personales, un monto dinerario de DM 250.000 (US \$68,300), o una anualidad de DM 15.000 (US \$ 4,100);
- (2) En el caso de los daños a la propiedad, un monto dinerario de DM 50.000 (US \$ 13,660) (Tunc, 1971, pág. 21).

Por montos mayores a los señalados y por tipos de daños distintos se dejaba de aplicar la regulación especial y regían las reglas generales de responsabilidad. Sin embargo, posteriormente, “algunas legislaciones modernas incorporaron la idea que el daño a la propiedad no merecía la misma protección que los daños personales. E incluso con respecto a las más recientes existe mayor rechazo con respecto a la compensación del daño “moral”, dolor y sufrimiento que en relación a la compensación de las pérdidas económicas.” (Tunc, 1971, pág. 22) Cuestión similar ocurría en Noruega, donde el máximo de compensación era de 200.000 coronas por muerte o daños personales, y hasta la mitad del monto por daños a la propiedad. (Tunc, 1971).

A pesar de las modificaciones en las reglas de responsabilidad a favor de las víctimas, subsiste la preocupación sobre la capacidad financiera del responsable al momento de responder económicamente por los daños causados. A partir de esto se realiza el segundo gran cambio: *los resguardos financieros*.

Independientemente de contar o no con una regulación especial para determinar la responsabilidad civil en los accidentes de tránsito, algunos países exigían a los conductores un **especial resguardo financiero** que cubra una posible indemnización. Esto se tradujo en una

exigencia de contratar un seguro obligatorio de responsabilidad civil o, según el país, de mostrar la solvencia necesaria para cubrir los daños; esto último, precisamente, incentivaba a contratar el seguro de responsabilidad civil sin ser obligatorio.

En Noruega, luego de la modificación de la legislación especial en 1926, se terminó por exigir en 1961 un seguro de responsabilidad civil. Incluso, se otorgó derecho a las víctimas de accionar directamente contra las aseguradoras (Tunc, 1971). De la misma forma, en Finlandia “el Acta de Seguro a Motor de Tercera Persona, basado en similares principios, fue decretado el 26 de junio de 1959, y se convirtió en obligatorio el primero de junio de 1960” (Tunc, 1971, pág. 12). Una característica especial de esta regulación era que “en los casos de muerte o daños personales, el dueño del vehículo, el conductor, y sus familiares eran, a condición de excluirlo expresamente en el contrato, cubiertos como si fueran cualquier otra víctima del accidente.” (Tunc, 1971, pág. 12) Más adelante, se prohibió incluso las exclusiones de estas personas en el contrato de seguro.

En el caso de Alemania, se exigió bajo la legislación especial de 1965 que sobre los daños objeto de esta legislación se contrate un seguro de responsabilidad civil para el dueño del vehículo y el conductor autorizado (Tunc, 1971, pág. 25). Todas las compañías que ofrecían seguros estaban obligadas a brindarlo y de no verificarse los pagos de las *primas* de los asegurados se notificaba a la autoridad competente para que se revoque la licencia de conducir del obligado a contratar. Bajo esta normativa no existía acción directa de las víctimas hacía las aseguradoras, por lo que al obtener aquellas una sentencia de responsabilidad no podían hacerla valer contra estas (Tunc, 1971). Más adelante, en el mismo año 1965, se reguló la acción directa (Tunc, 1971).

Debido a que las víctimas tenían la vía expedita para reclamar bajo las reglas generales los daños y montos no previstos en la legislación especial, los obligados a contratar el seguro podían contratar una cobertura mayor al exigido.

Sin embargo, siempre se mostró como un problema el incumplir la obligación de contratar el seguro de responsabilidad o que el responsable se fugue del accidente. En ese punto, TUNC sostiene que, dependiendo del nivel de intervención estatal, se crearon en algunos países esquemas para hacer frente a estos daños. Estos esquemas complementarios estaban diseñados como respaldo al resguardo financiero que otorgaba el seguro obligatorio de responsabilidad civil.

En Suecia, por ejemplo, “la víctima de un automovilista no asegurado o no identificado podía reclamar compensación de cualquier aseguradora de automóviles licenciada correctamente, y en la práctica, tales esquemas eran sostenidos por una asociación de todas las aseguradoras de ese tipo.” (Tunc, 1971, pág. 26).

Otro caso es el de Francia, donde un rol equivalente al apenas descrito lo desarrollaba el *Fonds de Garantie*; “el cual fue fundado mediante un estatuto en 1951. De hecho, el estatuto fue decretado con el acuerdo, e incluso el requerimiento, de las aseguradoras, quienes esperaban por este medio evitar la imposición de un seguro obligatorio, lo cual consideraban el primer paso para la nacionalización del seguro.” (Tunc, 1971, pág. 27)

Por último, en Inglaterra, un consorcio de aseguradoras conocido como *Motor Insurer's Bureau*, cubría los daños reconocidos en juicio si luego de siete días de ser obligatorio el pago este no se realizaba, sin importar si hubiera o no contrato de seguro. Para tal motivo, el consorcio era notificado del litigio y tenía la oportunidad de cuestionar la responsabilidad. Posteriormente, en 1968, la cobertura se extendió a los casos *hit and run* (Tunc, 1971).

Este tipo de fondos no aseguraban, sin embargo, que todas las víctimas de accidentes de tránsito tengan un mínimo de compensación. Solo los casos donde se demostraba que se merecía ser compensado por existir un responsable o porque este había fugado eran cubiertos. Por ello,

seguían siendo complementos a los respaldos financieros que muchas veces dependían de la voluntad de las aseguradoras y no de una obligación legal.

A diferencia de los seguros obligatorios de responsabilidad civil, con o sin esquemas complementarios, países como Estados Unidos, regularon “leyes de responsabilidad financiera” y/o “leyes de responsabilidad de seguridad” (Tunc, 1971, pág. 6). Lo común en estas regulaciones era que “dejan libre a cualquiera para manejar un vehículo a motor sin tener que estar asegurado contra una posible responsabilidad hasta el momento en que esté envuelto en un accidente de tránsito causando daños personales o a la propiedad por encima de un monto fijado, o hasta que sea declarado culpable de una falta de conducir seria.” (Tunc, 1971, pág. 28).

Cuando la primera falta o accidente acaecía, el conductor debía “probar” o proporcionar “seguridad” de su capacidad de afrontar el pago de indemnizaciones en los accidentes futuros (Tunc, 1971). De esta forma, se dejaba sin resguardo a la primera víctima y solo los “*bad drivers*” se veían obligados a cumplir con la ley, que normalmente incentivaba voluntariamente a contratar un seguro de responsabilidad civil. Sin embargo, según señala TUNC un porcentaje no despreciable de vehículos no contaban con el seguro en mención (Tunc, 1971).

Asimismo, en algunas partes de Canadá se llegó a incorporar un sistema de “*impounding act*” donde era posible retener el vehículo envuelto en un accidente de tránsito para cubrir los montos de los daños (Tunc, 1971). Esto ocasionó que algunos adquirieran el seguro de responsabilidad.

Una opción distinta a la de incentivar la contratación del seguro obligatorio de responsabilidad era el llamado ““*The voluntary uninsured motorist cover*” introducida por un grupo de aseguradoras en *New York* en 1955 y sugerido por ellas como una alternativa a la legislación de los seguros obligatorios” (Tunc, 1971, pág. 29). Este sistema consistía en contratar

un seguro para el dueño del vehículo, sus cohabitantes, pasajeros gratuitos, y “protegerse en contra del riesgo de no poder realizar una demanda válida o no poder ejecutar la sentencia en contra de un vehículo no asegurado por daños personales, muerte (normalmente no daños a la propiedad) resultantes de un accidente de tránsito.” (Tunc, 1971, pág. 29). Sus beneficiarios a su vez serían cubiertos sin importar que estén dentro del vehículo.

Similar a ello se encontraba el “*Medical payments*” que “proporcionaba pagos limitados a los ocupantes heridos de un carro asegurado, y estaba destinado a sufragar gastos médicos de bolsillo.” (Tunc, 1971, pág. 29)

Este era a grandes rasgos el panorama de cómo muchos de los países afrontaban los daños de los accidentes de tránsito durante poco más de la primera mitad del siglo XX. Muchas de estas regulaciones, sin embargo, no satisfacían la protección a las víctimas. Las legislaciones especiales aun reforzadas con los seguros obligatorios de responsabilidad civil o las normas de respaldo financiero no aseguraban que la indemnización no tardara e incluso que esta termine realmente en las manos de la víctima.

En este contexto, el primer país en el mundo que incorporó un sistema de *seguro no-fault* fue Canadá en 1946 en la jurisdicción de *Saskatchewan*. *The Saskatchewan Act* se basó parcialmente en el reconocido “*Columbia Plan*” llevado a cabo por *Columbia University’s Committee to Study Compensation for Automobile Accidents* en 1932 (Tunc, 1971)⁵.

⁵ El *Columbia Plan* fue uno de los primeros trabajos que allanó el camino a los seguros *no-fault*. Su contenido se puede apreciar en algunas legislaciones como la de los países nórdicos o Alemania. Este trabajo se basó en el esquema previsto para los accidentes industriales, en especial el esquema de pagos previsto para los trabajadores. El plan proponía hacer responsable al propietario del vehículo, sin ningún análisis de culpa, únicamente por los daños personales y muerte dejando de lado el sufrimiento y la pena; dicha responsabilidad tenía como respaldo un seguro obligatorio. Se contemplaba que los pagos se realicen de forma periódica y no en un solo monto. De tener como consecuencia del accidente una discapacidad, estos se pagaban de acuerdo a su “naturaleza, extensión, y duración.” Sin embargo, durante la primera semana de discapacidad ningún pago era realizado, con excepción de los gastos médicos. Estos siempre se pagaban independientemente de las características de la discapacidad.

Este hecho constituye el tercer momento que marca el camino al seguro obligatorio de accidentes de tránsito:

Mientras otros sistemas crean a lo mucho un régimen especial de responsabilidad, el cuál es reforzado por un seguro de responsabilidad, *Saskatchewan Act* toma total ventaja de las potencialidades del seguro. Establece, para el beneficio de prácticamente todas las víctimas de accidentes de tránsito, un esquema de seguro obligatorio en dos niveles: la primera capa proporciona un seguro de pérdida para casos de lesiones personales o daños al automóvil; la segunda capa proporciona seguro de responsabilidad civil (Tunc, 1971, pág. 30).

Saskatchewan Act, administrado por el gobierno, consistía en una cobertura de daños personales según la cual “se paga una *prima* por seguro de accidentes “el cual se extiende a la protección de cada persona dañada por el manejo; dentro o fuera, u operando un vehículo a motor en movimiento o quien es golpeado o atropellado por el vehículo. Dichas personas tienen el derecho de los beneficios independientemente de la culpa de alguna de las partes, y sin importar si el conductor que causó el daño estuviera asegurado” (Tunc, 1971, pág. 30). Sin embargo, se excluyen los daños de dolor o sufrimiento; aunque no los daños a los vehículos, pero condicionado a un deducible de 200 dólares canadienses.

De cualquier forma, la legislación no impedía acudir a las reglas generales de la responsabilidad civil para obtener los montos de los daños que sobrepasaran lo entregado por el esquema de pagos compensatorios. Pero incluso en estos casos, el esquema preveía una cobertura para el responsable de hasta \$ 35, 000.00 dólares canadienses, tope que podía incrementarse por el pago de un monto extra en la *prima* que era voluntario.

De esta forma, el esquema funcionaba como una respuesta a los daños personales sin importar la responsabilidad y, en un segundo momento, como una cobertura, hasta cierto tope, a

favor de los responsables si las víctimas decidían reclamar los montos bajo las reglas generales de responsabilidad.

Dentro de las ventajas del esquema, el tiempo de respuesta a las víctimas era una de las más llamativas. Los reclamos para daños menores se resolvían en menos de dos semanas mientras el caso de muertes en menos de dos meses. A su vez, las *primas* eran bastante bajas, en 1968, el costo promedio variaba de \$6 a \$84 por año dependiendo del vehículo. Por último, el porcentaje promedio del costo administrativo con relación al costo de la *prima* fue de 16.9%, monto bastante menor comparado a otros esquemas (Tunc, 1971)

Al inicio, *Saskatchewan Act* no realizaba coberturas a los casos *hit and run*, situación que cambió en 1957. Tampoco se cubría accidentes por vehículos robados, sin embargo, esta situación también cambió en 1959. Ya en 1964 la legislación fue modificada para incorporar una cobertura general a todos los casos de vehículos no asegurados. No era necesario ningún fondo ya que al estar administrado por el gobierno no se necesitaba negociar con las aseguradoras.

A partir de la influencia de *Saskatchewan Act*, Puerto Rico incorporó en 1968 un esquema de compensación automática financiada por todos los propietarios de vehículos con un pago al momento del registro anual de vehículos. Todos los *daños menores* eran compensados de forma inmediata y automática. No se restringía la acción bajo las reglas de responsabilidad en los reclamos por encima de \$ 1, 000.00 por dolor y sufrimiento, y \$ 2, 000.00 por pérdidas económicas; de ser menores, a diferencia de *Saskatchewan Act*, no se permitía a la víctima ningún reclamo judicial (Tunc, 1971, pág. 32).

Por otro lado, en *British Columbia*, se incorporó en 1970 un modelo similar al de *Saskatchewan* pero administrado por aseguradoras privadas, lo que implicaba exigir la contratación de un seguro obligatorio de accidentes de tránsito. El plan consistía en:

“proveer para todas las víctimas, incluidas los conductores y el propietario del vehículo y cualquier pasajero, independientemente de la negligencia, compensaciones fijadas en: (i) todos los gastos razonables de medicina, cirugía, servicios de hospital y ambulancia esenciales para el tratamiento o rehabilitación del asegurado, (ii) gastos funerarios por el monto de \$ 500.00 canadienses; (iii) pagos por muerte determinados en el esquema, de un monto de \$ 5 000.00 canadienses si la muerte es de quien sustenta el hogar siempre que el dependiente sobreviva, más \$ 1 000.00 canadienses por cada sobreviviente después del primero; (iv) beneficios por incapacidad total en un máximo de \$ 50.00 canadienses por semana, más \$ 10.00 canadienses por cada dependiente más que el primero, pagable por 104 semanas.” (Tunc, 1971, pág. 33).

Además de esto, se “cubre contra la responsabilidad civil por un monto de al menos \$ 50 000.00 canadienses en caso de daños personales y muerte y \$ 50 000.00 canadienses por daños a la propiedad a quienes no se encontraban en el vehículo.” (Tunc, 1971, pág. 33). De esta forma, la legislación proveía “un sistema de compensación a dos niveles: beneficios *no-fault* limitados para todas las víctimas y compensación bajo responsabilidad civil para quienes tengan derecho.” (Tunc, 1971, pág. 33). Se deduce, sin embargo, los montos otorgados del primer nivel al segundo de activarse la responsabilidad civil. Como puede observarse, el primer nivel es independiente del concepto de *responsabilidad*, y ello representa el tercer gran momento del que se habló al inicio de este acápite.

Por último, esta legislación, basada en la contratación del seguro obligatorio de accidentes de tránsito, necesitó de un fondo para cubrir los casos de no contratación, *Traffic Victim's Indemnity Fund*, a diferencia de *Saskatchewan*, que como se vio, fue gradualmente ampliando la cobertura a todas las víctimas de accidentes de tránsito.

A partir de este breve recuento histórico que da cuenta de la progresiva evolución de las instituciones que enfrentan los accidentes de tránsito se puede ver que no es uniforme la adopción del seguro obligatorio de accidentes de tránsito como esquema que prescinde de la determinación de responsabilidad civil, sobre todo los que incorporan esquemas complementarios para garantizar cobertura a todas las víctimas. Este hecho, que es bastante importante para la presente investigación, se abordará en el apartado 1.4 que es dedicado a la formulación del problema.

1.1.2. Surgimiento en el Perú del seguro obligatorio de accidentes de tránsito.

En el Perú, según relata el historiador Orrego Penagos (2008), el primer vehículo que entró en circulación fue en 1899 en Huaraz; traído desde Europa por el empresario minero Arturo Wertheman. Es recién en 1905 que Abraham y Miguel Elguera se convirtieron en los primeros comerciantes de automóviles en Lima.

Ya en 1907 el parque automotor ascendía básicamente a 25 autos y una moto (Orrego Penagos, 2008). Bajo este panorama los accidentes de tránsito debieron ser incipientes. Lamentablemente no hay registro sobre los accidentes ocurridos en esa fecha. Sin embargo, el parque automotor siguió creciendo hasta llegar a niveles significativos a partir de finales de 1970.

Para 1980 la cantidad de accidentes de tránsito alcanzó alrededor de 70.000 por año, reduciéndose considerablemente hasta 1995 a poco más de 50 000, con un parque automotor de 862 589 vehículos.

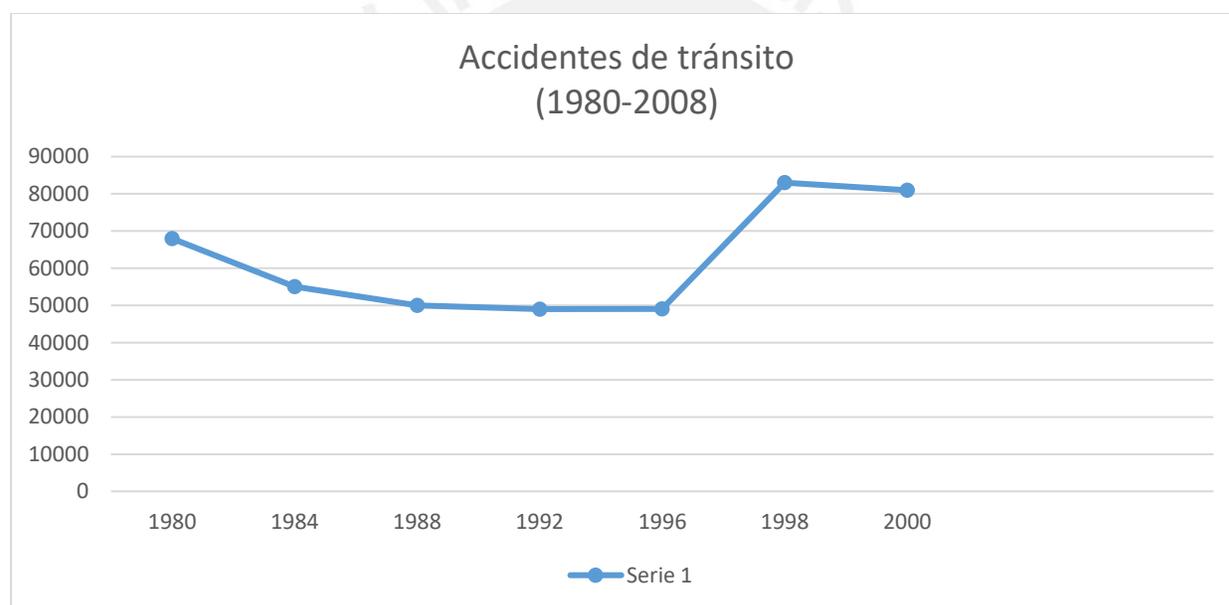
A partir de 1996, en palabras de Chía y Huamaní, se produjo en el Perú un quiebre estructural que elevó los accidentes de tránsito a hasta más de 80.000 casos por año en 1998. Según los autores, esto se explica a partir de 3 cambios en la política normativa del gobierno de Alberto Fujimori. “El primero es el de la apertura a la importación de vehículos usados que se da con el

Decreto Supremo N° 076-91-EF de 1991; el segundo se da con la creación de la Zona Franca de Tacna con el Decreto Legislativo 842, en la que además se permite la reparación, reacondicionamiento y modificación de mercancías; y el tercero, con el Decreto Legislativo 843 también en 1996 en el que restablece la importación de vehículos usados.” (Chia Ramirez & Huamani Antonio, 2010, pág. 19).

La gráfica a partir de esa fecha hasta fines del siglo XX es como sigue:

Figura 1

Accidentes de Tránsito por Año de 1980 a 2008



Nota. Adaptada de Gráfico N°03, de Chia Ramirez & Huamani Antonio, 2010, Accidentes de tránsito en el Perú: ¿casualidad o causalidad? Una aplicación de los modelos de cointegración y elección discreta.

De forma paralela al incremento en los accidentes de tránsito como fuente de muertes y lesiones se generó una gran preocupación mundial sobre el tema. En 1974, mediante Resolución WHA27.59, la Organización Mundial de la Salud declaró como problema de salud pública de suma

gravedad los daños producidos por los accidentes de tránsito. En dicha resolución se “hizo un llamamiento a los Estados miembros para que resuelvan el problema” (Defensoría del Pueblo, 2012, pág. 121).

Posteriormente, un estudio realizado por Jacob, Aeron-Thomas y Astrop para The Transport Research Laboratory “estimó que el costo de los accidentes de tránsito en el mundo ascendía aproximadamente a 518 000 millones de dólares anuales. Según la OMS, ello representaría entre el 1% y el 3% del producto nacional bruto de los países” (Defensoría del Pueblo, 2012). Además de ser considerados como “una epidemia de magnitud mundial para la OMS, ya que generaron alrededor de 1.2 millones de víctimas mortales cada año en todo el mundo, y en promedio 35 millones de víctimas no mortales.” (Chia Ramirez & Huamani Antonio, 2010, pág. 55).

Un punto de especial importancia en los trabajos dedicados al tema era visibilizar que las víctimas de los accidentes de tránsito no se configuraban solo por la suma del número de muertos y heridos sino que “tiene un efecto multiplicador proporcional a la cantidad de personas afectadas con familias a su cargo.” (Chia Ramirez & Huamani Antonio, 2010, pág. 56).

Para fines de 1999, las políticas del gobierno de Alberto Fujimori habían ya echado raíces como el “combo perfecto para el crecimiento de los accidentes de tránsito.” (Chia Ramirez & Huamani Antonio, 2010, pág. 56) El país se convertía en uno que cobraba más víctimas sin contar con el mayor parque automotor de la región. La apertura a vehículos usados que eran garantía de mayor riesgo en la circulación vial, la posibilidad de modificar dichos vehículos cambiando la carrocería y el timón, potenciando aún más el riesgo, representan un claro desinterés e incluso un acto casi doloso en el incremento del número de accidentes de tránsito.

¿Cómo respondía el Estado peruano ante los daños generados en los accidentes de tránsito? Quien deseaba reclamar por este tipo de daños debía iniciar, en la casi totalidad de los casos, un proceso judicial cuyo propósito era determinar la responsabilidad civil para así poder recién obtener, si ello ocurría, la indemnización correspondiente.

En aquellos años, el panorama de la responsabilidad civil no era nada alentador. En 1993, Alejandro Falla realizó un trabajo de investigación denominado “La Responsabilidad Civil Extracontractual en el Perú: Análisis de un Fracaso”. El autor demostró que en el Perú no se cumplían ninguno de los fines que se le otorga a la responsabilidad civil.

Sostuvo que “el fracaso social de la responsabilidad civil en nuestro país si bien se encuentra vinculado con la existencia de una “administración judicial ineficiente” (...) y con las características estructurales de nuestro sistema procesal (...), es sobre todo producto de los “costos administrativos” propios de su actual configuración y estructura.” (Falla, 1993, pág. 123).

El problema, según Falla, radicaba en que “nuestro sistema de responsabilidad civil ha sido diseñado para operar sobre la base de decisiones tomadas, caso por caso luego del accidente, por una autoridad judicial con la colaboración de abogados.” (Falla, 1993, pág. 125)

El juicio de responsabilidad civil requiere necesariamente de “la evaluación de la conducta tanto de la víctima como del presunto responsable –en algunos casos sólo la del primero: responsabilidad objetiva-, el análisis de las circunstancias que rodearon a la producción del accidente, la valoración de los daños y la determinación del monto de la indemnización; todo ello realizado caso por caso.” (Falla, 1993, pág. 125).

Los recursos necesarios para poner en marcha todo el análisis descrito son lo que el autor denomina costos administrativos. La consecuencia de que aquellos sean altos genera el fracaso de

la responsabilidad civil representada en su finalidad de “procurar la reparación económica de daños, (...) la reducción en la frecuencia y gravedad de los accidentes, y la distribución del coste de los accidentes.” Todo ello deriva en una “situación no sólo injusta, sino además económicamente ineficiente.” (Falla, 1993, pág. 127).

Al mostrar que la causa del fracaso es la propia configuración y estructura de la responsabilidad civil, el autor se muestra a favor de sistemas que reemplacen todo el análisis lógico jurídico caso por caso posterior al acaecimiento del daño. Por eso sostenía que “ninguna modificación sustancial se obtendrá en los hechos sin una reforma estructural de todo el sistema de responsabilidad civil extracontractual, esto es, sin una reforma que comprenda la modificación de los supuestos y premisas con que el mismo opera.” (Falla, 1993, pág. 54).

Al comentar el proyecto de reforma elaborado por De Trazegnies, el cual proponía un sistema de seguros, mostraba su acuerdo debido a que “el proyecto planteaba un sistema que minimizaba la intervención judicial, internalizaba los costos de las actividades y bienes riesgosos antes del accidente, limitaba la intervención de los abogados, introducía el sistema de tarificación de daños e indemnización, etc.” (Falla, 1993, pág. 57).

Si la respuesta que brindaba la responsabilidad civil a los daños comunes era insatisfactoria, esto empeoraba con los daños ocasionados en los accidentes de tránsito. Este tipo de daños requería una respuesta inmediata; postergar la indemnización a un pronunciamiento que esté condicionado a un debate nada corto aumentaba las consecuencias perjudiciales. La masividad, su especial gravedad y el incremento exponencial hacen especial a este tipo de daños cuya atención representa un costo mayor que otros.

El no contar con un respaldo financiero inmediato incentivaba a algunos centros de salud a ser reacios en la atención de emergencias a pesar de estar obligados. No es anecdótico el caso de

la madre de la exministra Ana Jara, la que murió debido a que se le negó la atención por no contar con el documento de identidad (esto permitiría asegurar de alguna forma algún indicio mínimo que les permitirá cobrar los gastos en los que incurran) (Diario Correo, 2017).

En la época del reinado de la responsabilidad civil lo más probable es que los centros de salud privados no tuvieran cómo recuperar los recursos invertidos en la atención de las víctimas ya que para ello, o la víctima debería ser solvente y además tener la predisposición de pagar voluntariamente, o litigar por años para poder obtener un monto que, según señala Falla, descontando de los costos administrativos –abogados, tasas judiciales, tiempo transcurrido-, muchas veces era irrisorio (Falla, 1993).

Bajo estas premisas es posible tener una idea sobre la tensión que existía entre la responsabilidad civil como institución jurídica en el Perú y los daños como consecuencia de los accidentes de tránsito (Falla, 1993)⁶.

El Perú de las últimas décadas del siglo XX era un país donde no calaba la preocupación mundial sobre los daños ocasionados a causa de los accidentes de tránsito; un lugar donde el gobierno de turno se esforzaba por incrementar el riesgo en la circulación vial, dónde la forma de dar respuesta a los daños era injusta y además ineficiente.

Mientras el vacío continuaba en el Perú, medio siglo antes ya se verifica las primeras implementaciones del seguro obligatorio vehicular en Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia,

⁶ Debido a que las conclusiones de Falla son a partir de un deficiente sistema, se podría argumentar que uno eficiente bastaría para dar respuesta a las exigencias de los accidentes de tránsito. Sin embargo, esto es erróneo. Falla sostiene que el problema no solo está en cómo funciona el sistema sino en cómo está estructurado. Podría tener un buen funcionamiento y, por ejemplo, otorgar indemnizaciones no irrisorias o con mayor celeridad pero su propia estructura jamás permitirá la celeridad que exigen los daños en los accidentes de tránsito.

Portugal y Suiza. Para la década de 1970 todos los países europeos contaban con el seguro obligatorio, con excepción de la Unión Soviética (De Trazegnies Granda, 2016, pág. 161).

Para 1980, en el *survey* realizado por el Departamento Económico de la *Swiss Reinsurance Company* de Zurich, se afirmaba que “el seguro de vehículos automotores es hoy en día obligatorio en más de 80% de países, en particular en todos los países europeos, Australia y Nueva Zelanda, en la mayor parte de los Estados Unidos de Norteamérica y provincias del Canadá y en la mayoría de los países de Latinoamérica, África y Asia” (De Trazegnies Granda, 2016, pág. 161).

La particularidad del Estado peruano de alejarse de una tendencia mundial a todas luces beneficiosa generaba en De Trazegnies (2016) la cuestión de si:

“¿Somos acaso un país tan atípico que no podemos hacer lo que todo el mundo puede hacer? ¿Estamos tan atrasados que resulta “irreal” proponer entre nosotros una ventaja moderna que es perfectamente natural en países con similares dificultades a las nuestras como las naciones de África y de Asia? La Uganda de Idi Ammin implantó el seguro obligatorio de automóviles ¿Debemos ser tan pesimistas respecto del Perú para pensar que tenemos menos capacidad que Uganda para organizarnos adecuadamente?” (pág. 162).

El mismo De Trazegnies responde estas cuestiones señalando como causa al subdesarrollo como fenómeno total. De esta forma el subdesarrollo no se limita a lo económico sino trasciende a todo aspecto de la vida en sociedad y a los actores de la misma.

Sostiene el autor que cuando se presentó el Proyecto de la Comisión de Reforma del Código Civil de 1936 la *Comisión de Asesores de las Compañías de Seguros* mostró su rechazo mediante

una carta dirigida al Ministro de Justicia. Las observaciones que hicieron al proyecto se basaban principalmente en asuntos gramaticales y no jurídicos.

Comenta el autor que las objeciones fueron por un lado de carácter *principista* al señalar que el proyecto se sustentaba “en el principio de una solidaridad que resulta forzada, porque su contratación deviene en obligatoria, y desprovista a la vez de un elemento consustancial al seguro privado, cual es la elección del riesgo, ya que el Estado no podría dar seguro contra accidentes de toda la población, y menos contar con reaseguros sobre una cobertura indeterminada.”; y por otro de carácter *realista*, sosteniendo que “el seguro obligatorio es muy problemático y todavía no opera en el terreno de la realidad” (De Trazegnies Granda, 2016, pág. 250).

Lejos de encontrar argumentos sólidos en las objeciones al proyecto, el autor evidencia que “no hay una sugerencia, una propuesta, una mejora, un intento de contribuir de manera constructiva (aunque fuera desde otra perspectiva) al establecimiento de un sistema moderno de responsabilidad extracontractual con la ayuda del seguro, nada; *ergo*, hay que dejar las cosas como están, como fueron pensadas hace 50 años: el Código Civil de 1936 no debe tocarse.” (De Trazegnies Granda, 2016, pág. 251).

Estas vacilaciones ante la implementación de un sistema que se sustenta en un paradigma totalmente distinto al de la responsabilidad civil tradicional (la socialización de los daños), apoyado por la indiferencia de los civilistas, muestran, según el autor, el subdesarrollo como fenómeno total. De esta crítica no se escapaba la forma de estudiar Derecho Civil. Las siguientes líneas reflejan el pensamiento del autor:

“En realidad, frente a las novedades que ofrece la vida moderna, se plantean dos posibilidades para el Código Civil: abandonar progresivamente ciertas áreas a la legislación especializada, reduciendo su campo de aplicación pero evitando incorporar dentro de su

seno a las nociones jurídicas que considera ajenas a su propia tradición; o abrirse a lo nuevo, repensar imaginativamente las situaciones, aceptar las contribuciones de la técnica moderna (no sólo en los aspectos tecnológicos sino también en lo social y organizativo) y dar a luz nuevas instituciones y nuevos sistemas debajo del manto del Código.

La primera de las posibilidades mencionadas es más del gusto de los civilistas clásicos a quienes preocupan los nuevos conceptos (...).

El encasillamiento del Derecho Civil dentro de unas murallas que cada vez más se convierten en ruinas responde tanto a la dinámica de los defensores tradicionales como a la de los sitiadores revolucionarios. Los primeros –los juristas civilistas clásicos –intentan conservar la plaza sin cambio alguno y no tienen más remedio que retroceder ante los asaltos de la modernidad, para quedar relegados a las habitaciones íntimas de la antigua fortaleza.” (De Trazegnies Granda, 2016, págs. 156-158)⁷.

En este contexto -de tensión entre una institución jurídica que quedaba rezagada por las características de los daños generados por los accidentes de tránsito; un *nuevo* sistema que en el resto del mundo ya no era nuevo; la pasividad en el estudio del Derecho Civil para las innovaciones que requería el seguro obligatorio- se promulgó en 1999 la Ley 27181 denominada Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre. Dicha ley dispone en su artículo 30 que todo vehículo

⁷ El autor realiza una crítica similar al comentar cómo nace el seguro obligatorio para los accidentes de trabajo: “En una u otra forma, ante la impasibilidad de los civilistas que inmediatamente se rindieron frente al hecho, este seguro obligatorio se desprendió del Derecho Civil en vez de integrarse dentro de los preceptos del Código. Evidentemente, un sistema de reparación de daños de este tipo requería nuevos conceptos y algo de imaginación jurídica creativa para ser integrado conceptualmente dentro del Código Civil; **la falta de voluntad de esa disciplina jurídica para contribuir con una reflexión fresca sobre el tema movilizó otras fuerzas que hicieron suyo el nuevo campo teórico: la indiferencia de los civilistas entregó el campo a los laboristas.**” (énfasis agregado) (De Trazegnies Granda, 2016)

automotor debe contar con “póliza vigente de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, según los términos y montos establecidos en el reglamento correspondiente.”⁸.

A continuación, el desarrollo de la estructura del seguro obligatorio de accidentes de tránsito.

1.2 ¿Cómo Funciona el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito en el Perú? Aspectos Técnicos.

La ley 27181 da vida al seguro obligatorio de accidentes de tránsito en el Perú. Si bien la norma delimita los rasgos esenciales en su artículo 30⁹, es el reglamento, el Decreto Supremo N° 24-2002-MTC, que termina por definirlo. Ya se había señalado que este seguro era uno de tipo *no-fault*, alejado del concepto de responsabilidad civil. ¿Pero qué significa exactamente ello?

Si se repara en el carácter histórico desarrollado en el apartado 1.1, el seguro obligatorio de accidentes de tránsito no es, en principio, un respaldo financiero al responsable de los daños. Es primordialmente un sistema de compensación de víctimas de accidentes de tránsito¹⁰. Esto es

⁸ Inciso 30.1 del Artículo 30 de la Ley 27181. Si bien esta ley no es la primera que concibe una protección para los daños derivados de los accidentes de tránsito, sí es la que establece el seguro *no-fault* de carácter general. La anterior normativa era dispersa y nunca terminó de ser ejecutada cuando se dicta la Ley 27181. Revisar: Decreto Legislativo N° 420 de 1987 que principalmente establecía “La responsabilidad civil derivada de daños irrogados a terceros por todo vehículo automotor, acoplado y/o sea acoplado, afectado al servicio público o privado, deberá estar cubierta con un contrato de seguro, según las cláusulas y condiciones que determine la autoridad competente de acuerdo con las normas vigentes en la materia.” Así mismo véase el Decreto Supremo N° 08-96-MTC que si bien parecía establecer un seguro *no-fault* este era de carácter restringido al transporte interprovincial de pasajeros.

⁹ La primera versión del artículo 30, inciso 1, de la Ley 27181 es como sigue: “Todo vehículo automotor que circule en el territorio de la República debe contar con una póliza vigente de Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, según los términos y montos establecidos en el reglamento correspondiente. Su aplicación es progresiva, de acuerdo al reglamento respectivo”

¹⁰ Decreto Supremo N° 024-2002-MTC, Artículo 28.- El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito actúa bajo la modalidad de un seguro de accidentes personales y cubre los riesgos de muerte y lesiones que sufran las personas, sean ocupantes o terceros no ocupantes de un vehículo automotor, como consecuencia de un accidente de tránsito en el que dicho vehículo haya intervenido.

así debido a que prescinde totalmente de la figura del responsable civil para otorgar los montos dinerarios a las víctimas.

No niega la existencia de un responsable civil, sino que para cierto tipo de daños y hasta ciertos topes, no le interesa quién lo sea; los pagos se dan de forma inmediata e incondicional¹¹. Si posteriormente, promovido por la víctima, se determina la responsabilidad civil de quien contrató el seguro en mención, los montos pagados previamente se descontarán de la cuantificación total de los daños que se determine¹².

En este punto, en un segundo momento, el seguro en mención se convierte plenamente en un soporte para el responsable, además de haber ya garantizado una compensación. Protege, o trata de proteger, entonces, a todos los participantes del accidente de tránsito.

A partir de esta breve explicación, este apartado está pensado para mostrar precisamente cómo está estructurado el seguro obligatorio de accidentes de tránsito en el Perú como seguro *no-fault*. La explicación se va a dividir en dos partes. La primera, dedicada a los conceptos técnicos que definen el sistema y la segunda, a la necesaria intervención estatal que requiere para su funcionamiento.

¹¹ Decreto Supremo N° 024-2002-MTC, Artículo 14.- El pago de los gastos e indemnizaciones del seguro a que se refiere el presente Reglamento se hará sin investigación ni pronunciamiento previo de autoridad alguna, bastando la sola demostración del accidente y de las consecuencias de muerte o lesiones que éste originó a la víctima, independientemente de la responsabilidad del conductor, propietario del vehículo o prestador del servicio, causa del accidente o de la forma de pago o cancelación de la prima, lo cual deberá constar expresamente en el contrato de la póliza de seguro.

¹² Decreto Supremo N° 024-2002-MTC, Artículo 19: El derecho que, según este Reglamento, corresponda a las víctimas o sus beneficiarios, no afectará al que se pueda tener, según normas del derecho común, para cobrar indemnizaciones de los perjuicios de quien(es) sea(n) civilmente responsables del accidente. (...) No obstante, los pagos de indemnización efectuados en virtud de este seguro, se imputarán o deducirán de las que pudiere estar obligado el propietario o conductor del vehículo asegurado o prestador del servicio de transportes en razón de la responsabilidad civil que respecto de los mismo hechos y de las mismas personas le pueda corresponder según la norma de derecho común.

1.2.1 Estructura técnica: la mutualidad, la prima, el riesgo.

El seguro obligatorio de accidentes de tránsito en el Perú se comercializa a través de pólizas de seguro denominadas SOAT o CAT, dependiendo, respectivamente, de si lo brinda una empresa aseguradora o una asociación de fondo regional o provincial denominada AFOCAT. La única diferencia entre ellas es que la primera tiene alcance nacional y la otra, en principio¹³, solo a la región o provincia donde se emitió. En cualquiera caso, la estructura técnica que las explica proviene del concepto técnico del *seguro* y es a partir de este que se va a desarrollar el presente apartado.

En primer lugar, se debe mencionar al riesgo, que es el gran concepto que precede a cualquier seguro. Como señala Nuñez Del Prado, a pesar “que nuestra percepción de lo que es “riesgo” puede tener matices, (...) para el común de la gente “riesgo” es la posibilidad de perder, aunque algunos casos también implica ganar.” (Nuñez del Padro Simons, 2017, pág. 43).

El esquema tradicional del seguro solo toma en cuenta el *riesgo puro*: aquellos casos “en los que el resultado son solamente dos: perder o no perder” (Nuñez del Padro Simons, 2017, pág. 44). Los daños ocasionados producto de un accidente de tránsito son un claro ejemplo de este tipo de riesgo.

A partir de identificar el *riesgo puro* es que se puede realizar una evaluación para su administración. Según sostiene el autor citado, se debe tener en cuenta dos aspectos fundamentales. Por un lado, la *frecuencia*, que “es la cantidad de veces que la pérdida o siniestro puede repetirse” y por otro lado, la *severidad*, entendido como “el impacto económico de la pérdida, es decir cuánto es lo máximo que puede resultar en dinero” (Nuñez del Padro Simons, 2017, pág. 50).

¹³ Esto puede variar debido a los acuerdos interregionales entre AFOCATs.

De la evaluación del *riesgo* podría determinarse que el seguro no es la forma más adecuada de administración. Un riesgo con poca *frecuencia* y limitada *severidad* tendrá formas distintas de administración que las que ofrece el seguro.

Para el autor, los aspectos técnicos del funcionamiento del seguro en general son: *probabilidad e incertidumbre, la ley de los grandes números, la desviación, los datos estadísticos adecuados, la tabla de mortalidad y la ecuación de los seguros* (Nuñez del Padro Simons, 2017, pág. 50).

La *probabilidad e incertidumbre* son inherentes al riesgo, no se conoce con exactitud la cantidad ni calidad del daño encausado por el riesgo. Por ello, se echa mano de la *ley de los grandes números*, que consiste en obtener mayor predictibilidad del resultado en tanto se analice el mayor número de eventos posibles.

Sin embargo, el resultado obtenido aún de un gran número de eventos posibles no es exacto, existe en ese análisis lo que se conoce como *desviación*, que no es otra cosa que el alejamiento de la constante obtenida en el análisis anterior al repetir el estudio.

La finalidad del análisis descrito es obtener *datos estadísticos adecuados* para ser utilizados en la *ecuación de los seguros* con la finalidad de calcular la *prima* del seguro.

El cálculo de la *prima* es de vital importancia porque es con el conjunto de ellas que se afrontará el riesgo materializado, los gastos en los que incurre la aseguradora y la utilidad que brinde a quienes ofrecen el servicio de administración. De no realizar un adecuado cálculo por tener datos viciados podría darse el caso de no contar con el monto suficiente para realizar el pago

a los asegurados o beneficiarios. Normalmente, la aseguradora para evitar ello contrata un reaseguro¹⁴ y dicho monto lo incluye a su vez en el cálculo de la *prima*.

El conjunto de aportes de las *primas* constituye una *bolsa común* de la cual se sirve el conjunto de aportantes. Estos conforman una *mutualidad* para afrontar la materialización del riesgo de forma tal que en vez de asumir el costo total de aquel solo asuman el monto de la *prima*. En otras palabras, el riesgo individual se *transfiere* a la *mutualidad* mediante el pago de la *prima*¹⁵.

Sin embargo, la estructura de la *prima* no varía y puede representarse de forma sencilla de la siguiente forma:

$$\text{“Prima (tasa) = siniestralidad + gastos administrativos + gastos de adquisición} \\ \text{+ utilidad} \text{”}$$

Donde:

- Las pérdidas o *siniestralidad* que corresponden a las indemnizaciones pagadas a los asegurados que hayan tenido siniestros cubiertos por la póliza que se les emitió. Se incluyen también las reservas para los casos en trámite y para los incurridos y no reportados en ciertos ramos.
- Los *gastos administrativos* que son necesarios para administrar la compañía aseguradora, como los sueldos de los empleados y funcionarios, el alquiler del local si fuera el caso, los impuestos, etcétera.

¹⁴ En el caso del SOAT, ninguna de las empresas aseguradoras que lo ofrece cuenta con reaseguros.

¹⁵ Ahora bien, como se dijo, en el seguro obligatorio de accidentes de tránsito, el riesgo no es, en principio, el de ser declarado responsable, sino el de ser víctima de un accidente de tránsito. Sin embargo, como se puede observar, una parte de los sometidos al riesgo no pagan la *prima*: los peatones. Por lo que incluso siendo responsables ellos podrán ser beneficiados por la *bolsa común* de aportes.

- Los *gastos de adquisición* que corresponden a las comisiones que las aseguradoras pagan a los brókeres o corredores de seguros que son los que les traen clientes. Eventualmente podrían ser otras entidades como bancos y similares que vendan seguros en el mostrador.
- *Utilidad*, que es la que obtiene la aseguradora por su labor de administrar su cartera de clientes” (Nuñez del Padro Simons, 2017, pág. 74) (énfasis agregado).

Ahora bien, si la *prima* depende de cada uno de los componentes señalados, la reducción de cualquiera de ellos reducirá el monto de la *prima*; ello redundará, como se verá más adelante, en el atractivo de la contratación, según la ley de a menor precio mayor demanda.

Actualmente, por ejemplo, se está incentivando en Perú la compra del seguro obligatorio por medios electrónicos. De esta forma, los *gastos administrativos* y de *adquisición* se reducen, lo que a su vez reduce el costo de la *prima* (APESEG, 2018).

Lo mismo ocurre con la *siniestralidad*, si se reduce el número de accidentes, *frecuencia*, y/o la gravedad, *severidad*, de los mismos, el cálculo de la *prima* será menor en un futuro cercano. Tómese en cuenta que las propias aseguradoras realizan una discriminación en la *siniestralidad* de acuerdo al tipo de vehículo, al uso destinado¹⁶, e incluso al lugar donde circula¹⁷.

De la misma manera, si los accionistas de las aseguradoras decidieran reducir sus utilidades o estas estarían de alguna forma limitadas por ley¹⁸ pasaría lo mismo.

¹⁶ Este es el caso de INTERSEGURO.

¹⁷ Este es el caso de BNP PARIDAS CARDIF.

¹⁸ Este fue el caso de Ecuador, en el gobierno de Rafael Correa, Artículo 25 del Decreto Ejecutivo N° 809: “El FONSAT se financiará además, con los rendimientos financieros y actividades de autogestión, así como por otros aportes directos o indirectos, y **si las empresas de seguros obtuvieren una utilidad neta que supere el 5%, exclusivamente por las operaciones del SOAT, el excedente de dicho 5% se distribuirá en partes iguales entre la aseguradora y el FONSAT.**” (énfasis agregado) Actualmente no hay empresa privada que brinde pólizas de seguro obligatorio de accidentes de tránsito.

Otro ejemplo se da a partir de la competencia entre aseguradoras, entre ellas pueden reducir alguno de los factores que están a su alcance para brindar un precio más atractivo. Siendo el contenido de la póliza único, este factor no varía. Los gastos administrativos y los de adquisición son los que hacen la diferencia en este supuesto.

A continuación, se muestra el cálculo de la *prima* realizada por una aseguradora autorizada a comercializar la póliza del seguro obligatorio de accidentes de tránsito en el Perú: Protecta S.A. Compañía de Seguros.

En primer lugar, calculan la *prima pura de riesgo* que es básicamente la *siniestralidad*:

1. Determinar, por cada uso, marca y/o modelo, categoría y departamento, la probabilidad de ocurrencia de un siniestro.

Cálculo del f_t^i de cada subconjunto:

$$f_t^i = \frac{\text{Número de Siniestros } t^i}{\text{Número de Expuestos } t^i}$$

- *Número de Siniestros* t^i = Cantidad de siniestros con fecha de ocurrencia t del subconjunto i
 - *Número de Expuestos* t^i = Proporción de certificados vigentes al momento t del subconjunto i . (se asume uniformidad en el riesgo)
2. Determinar, por cada uso, marca y/o modelo, categoría y departamento, el costo medio de un siniestro:

Cálculo del c_t^i de cada subconjunto:

$$\text{Coste Medio } t^i = \text{Coste medio del subconjunto } i \text{ en el momento } t.$$

3. Aplicar la siguiente fórmula por cada subconjunto establecido:

$$\text{Coste } i^i = f_i^i \times c_i^i \quad (\text{Interseguro, 2018}).$$

Hasta aquí el cálculo no es otro que *frecuencia por severidad*, este último llamado *coste medio*, realizando la distinción por uso, marca, modelo, categoría y departamento. Sin embargo, para obtener la *prima comercial*, es decir el precio final para los miembros de la *mutualidad*, se realiza el siguiente cálculo.

$$\text{“Prima} = \frac{\text{Prima Pura} + \text{Coste de Asistencias}}{1 - \alpha - y - u}$$

$$1 - \alpha - y - u$$

$$\text{Prima Comercial} = \text{Prima} \times [1 + (\text{DE} + \text{FC})]$$

$$\text{Prima Comercial} + \text{IGV} = \text{Prima Comercial} \times (1 + \text{IGV})$$

- α = Costos de Administración: Esquema: [0%, 40%]
- y = Costos de Adquisición: En ese concepto entra el pago de las comisiones a Terceros. Esquema [0%, 50%]
- u = Margen de Utilidad: Esquema [0%, 50%]
- DE = Derecho de Emisión. Esquema: [0%, 10%]
- **FC = Fondo de Compensación: Valor Normativo**
- IGV = Impuesto General a las Ventas (en caso aplique): Valor Normativo.”

(Interseguro, 2018) (énfasis agregado)

El ejemplo que pone la aseguradora es el siguiente:

Tabla 1*Ejemplo de Cálculo de Prima Interseguro*

Cálculo: prima pura de riesgo		Cálculo: prima comercial + IGV	
f_t^i	0.058111	α = Costos de Administración	8.00%
c_t^i	831.1470	y = Costos de Adquisición	15.00%
Prima pura	48.30	u = Margen de Utilidad	6.86%
Coste Asistencias	6.00		
Prima pura final	54.30	PRIMA	77.42
		DE	3.00%
		FC	1.00%
		PRIMA COMERCIAL	80.51
		IGV	18.00%
		PRIMA COMERCIAL + IGV	95.00

Fuente: <https://www.interseguro.pe/wp-content/uploads/2019/10/Nota-T%C3%A9cnica-SOAT.pdf>

Del ejemplo real apenas mostrado se puede afirmar lo siguiente. Primero, que según el esquema de cobros que se realiza a los propietarios de los vehículos, el *riesgo* que afrontan es el de ser parte de un accidente de tránsito. Lo que se calcula es la probabilidad de que un tipo determinado de vehículo, en un lugar determinado y para un uso determinado, pueda ser parte de un accidente de tránsito que genere daños¹⁹.

Segundo, independientemente del *riesgo* al que se encuentre el vehículo determinado se le agrega un monto adicional denominado “Fondo de compensación”. Este monto nada tiene que ver con las características del vehículo, la ubicuidad de su desplazamiento o el uso al que está determinado sino con una obligación legal para cubrir accidentes distintos.

De acuerdo a cómo hemos descrito el ámbito del seguro, como transferencia del *riesgo* de un sujeto a una *mutualidad*, solo el primer cálculo se encuentra dentro de sus límites; el segundo, por el contrario, es parte de los *esquemas complementarios* que se han mencionado muy brevemente en el apartado 1.1 dedicado al desarrollo histórico que están pensados para las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*. En este caso, para los casos *hit and run*.

Esta diferencia es crucial para entender cuál será la problemática de la presente investigación en los apartados 1.3 y 1.4. Se retomará este tema crucial en el apartado 1.4.

¹⁹ Nótese que el *riesgo* puede variar. Puede ser la probabilidad de ser hallado responsable bajo las reglas de la responsabilidad civil. En el presente caso no entran en juego dichas reglas simplificando el contenido del concepto de *riesgo* al simple hecho de ser parte de un accidente de tránsito que acarree daños. Este *riesgo* puede representar el ser hallado responsable pero no en el sentido tradicional según las reglas de la responsabilidad civil sino bajo un concepto más amplio. Tal como lo expone HART pueden existir hasta cuatro sentidos de responsabilidad: 1. Responsabilidad como función; 2. Responsabilidad causal; 3. Responsabilidad como vulneración o sujeción normativa; y 4. Responsabilidad como capacidad. A la que corresponde el concepto de *riesgo* sería a la tercera: como sujeción normativa. (Hart & Honoré, 1985).

1.2.2 Intervención estatal.

La decisión de hacer obligatorio el seguro contra accidentes de tránsito es una consecuencia del rol que el Estado se arroga con relación a las víctimas de los accidentes de tránsito. El Estado deja parcialmente a un lado la tutela que brinda con la responsabilidad civil y asume un sistema nuevo. Si para aquel se necesitaba contar principalmente con un sistema judicial que no solo declare sino haga efectiva la responsabilidad, mediante, por ejemplo, la ejecución coercitiva de las sentencias, para el sistema del seguro obligatorio el Estado desarrolla un rol distinto. Este apartado está pensado para describir brevemente dicho rol.

El Estado debe, por un lado, asegurar el cumplimiento de la obligación que ha decretado, la de contratar la póliza; y, por otro lado, contar con una maquinaria institucional que haga funcionar el sistema de compensación de víctimas.

Con relación a lo primero, el actor principal es la Policía Nacional del Perú²⁰; sin dejar de lado a las entidades que ofrecen el servicio de la revisión técnica²¹, impedidas de brindar el certificado si el vehículo no cuenta con el seguro obligatorio; el notario público²², al extender el acta notarial de transferencia de propiedad vehicular; las autoridades municipales y regionales al extender habilitaciones o tarjetas de circulación vehicular para prestar el servicio público de transporte terrestre²³.

De este conjunto, es sin duda la Policía Nacional del Perú la que mayor labor tiene en la fiscalización de la contratación del seguro obligatorio. Las facultades con las que cuenta son:

²⁰ Artículo 38 del Decreto Supremo N° 024-2002-MTC.

²¹ Inciso b) de la Segunda Disposición Final del Derecho Supremo N° 024-2002-MTC.

²² Inciso c) de la Segunda Disposición Final del Derecho Supremo N° 024-2002-MTC.

²³ Inciso d) de la Segunda Disposición Final del Derecho Supremo N° 024-2002-MTC.

retener el vehículo hasta que se verifique la contratación²⁴, imponer una multa administrativa²⁵ y proceder de acuerdo con el protocolo cuando se verifique un delito tipificado en el artículo 273-A del código Penal²⁶.

Por otro lado, en relación con la maquinaria institucional, el Estado cuenta principalmente con INDECOPI, la Superintendencia de Banca y Seguros²⁷, el Ministerio de Transportes y Comunicaciones²⁸, y los sistemas de ejecución coactiva.

INDECOPI tiene un rol pasivo al recibir las denuncias de las víctimas de accidentes de tránsito con relación a la cobertura que ofrece el seguro obligatorio. Estos casos pueden tratar desde la denegación de la cobertura hasta la discusión sobre el monto por invalidez. En dichos casos INDECOPI no solo resuelve sobre la materia controvertida, sino que además tiene la facultad de multar a las empresas aseguradoras o AFOCAT's.

No obstante, INDECOPI tiene un rol activo al momento de analizar temas de competencia desleal o donde se atente contra el libre mercado. Por ejemplo, concertando los precios de las *primas* de la póliza. De hecho, este es un caso real en Perú (Diario Correo, 2011).

Por el lado de la SBS, esta tiene un rol más activo y solicita constantemente información para fiscalizar la actuación de las aseguradoras y AFOCAT's. El ámbito de mayor supervisión son

²⁴ Reglamento Nacional de Tránsito.

²⁵ Reglamento Nacional de Tránsito.

²⁶ **“Artículo 273-A. Producción de peligro en el servicio público de transporte de pasajeros** El que presta el servicio público de transportes de pasajeros y/o el que conduce vehículos de dicho servicio, con o sin habilitación otorgada por la autoridad competente, que pueda generar un peligro para la vida, la salud o la integridad física de las personas al no cumplir con los requisitos de ley para circular y que, además, dicho vehículo no cuente con el correspondiente Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito vigente o no haya pasado la última inspección técnica vehicular, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno (1) ni mayor de tres (3) años e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 7.

²⁷ En adelante, SBS.

²⁸ En adelante, MTC.

los estados financieros donde se puede observar la estabilidad de las empresas. La finalidad es resguardar el patrimonio que las aseguradoras administran.

En cuanto al MTC, esta institución tiene facultades reglamentarias y podría modificar el Decreto Supremo N° 024-2002-MTC, así como regular el monto de las multas provenientes de infracciones al decreto en mención. Asimismo, se ha dispuesto que sea quien gestione una base de datos sobre la contratación del seguro obligatorio (APESEG, 2021).

Uno de los principales roles del MTC es la gestión del llamado Fondo de Compensación, que está destinado para los casos *hit and run*. En esta gestión intervienen también las empresas aseguradoras, pero finalmente es administrado por el MTC.

Por último, los sistemas de ejecución coactiva se presentan como necesarios al momento de hacer efectiva la multa aplicada al infractor del Decreto Supremo N° 024-2002-MTC.

Debe tomarse especial atención a que la participación estatal supone un costo. Y cada una de las instituciones arriba descritas lo representa. Piénsese en los costos de los depósitos municipales, de la cantidad y calidad de los policías para hacer efectiva la fiscalización, en el costo de fiscalizar a las entidades de revisión técnica y notarios, en la ejecución de las multas administrativas. Todos estos aspectos deben ser analizados cuando se toma en cuenta el sistema de seguro obligatorio de accidentes de tránsito

1.3 Las Víctimas en Contexto de Ausencia de Contratación en el Perú.

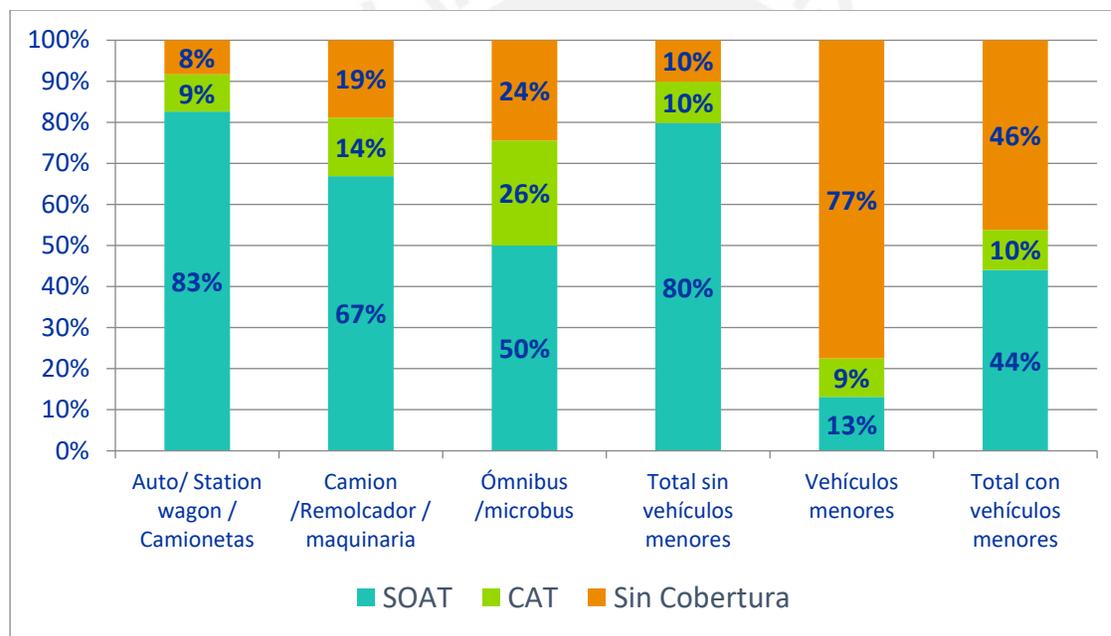
De acuerdo con la manera en que se ha desarrollado la estructura del seguro obligatorio de accidentes de tránsito en el Perú, si todos los obligados a contratarlo lo hicieran y todo vehículo participante de un accidente pudiera ser identificado en una fuga, todas las víctimas de accidentes de tránsito en el Perú tendrían la indemnización que la normativa prevé. En dicho escenario, los

esquemas complementarios para asegurar la indemnización a las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* no tendrían cabida. Bastaría con solicitar a la aseguradora del vehículo participante en el accidente el desembolso de los montos previstos.

Sin embargo, en Perú se está lejos de contar con al menos un nivel de contratación aceptable. El siguiente cuadro muestra que solo el 54% de vehículos a motor que deberían contar con el seguro obligatorio de accidentes de tránsito, efectivamente cuenta con dicho seguro.

Figura 2

Porcentaje de Vehículos Asegurados por Tipo 2019



Nota. Reproducida de Superintendencia de Banca y Seguro, 2019, *¿Qué tan seguro vivimos los peruanos? Conferencia de prensa para informar sobre el balance en el uso de los seguros obligatorios de accidentes de tránsito (#SOAT y #CAT) en el Perú.*

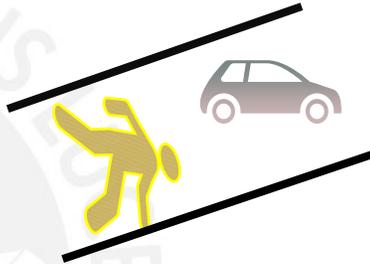
A su vez, durante los últimos diez años se ha detectado que en promedio el 10% de los accidentes de tránsito el vehículo participante se da a la fuga (Policía Nacional del Perú, 2019).

Bajo este escenario, se pueden dar tres supuestos en los que las víctimas no tengan la cobertura del seguro obligatorio de accidentes de tránsito que se regula bajo el esquema tradicional:

Supuestos de Víctimas en Contexto de Ausencia de Contratación

Tabla 2

Supuestos de Víctimas en Contexto de Ausencia de Contratación

Primer supuesto	Segundo supuesto	Tercer supuesto (<i>hit and run</i>)
		
<p>Asegurado–No asegurado</p>	<p>asegurado</p>	
<p>El primero se presenta cuando en un accidente al menos un vehículo de los participantes está cubierto por el seguro obligatorio y los demás no.</p>	<p>Existe una ausencia total del seguro obligatorio en un accidente de tránsito.</p>	<p>Cuando no se sabe si se contrató o no porque el vehículo o los vehículos se dieron a la fuga, estos casos son conocidos como <i>hit and run</i>.</p>

Fuente: Elaboración propia.

Teniendo en cuenta ello, se presentan dos alternativas: dejar que las víctimas en contexto de ausencia de contratación estén fuera del sistema de compensación que representa el seguro obligatorio de accidentes de tránsito y, por tanto, acudan al Poder Judicial o a otro mecanismo de resolución de controversias de ser posible; o que el mencionado sistema de compensación incorpore una protección para este tipo de víctimas.

De los tres supuestos donde se pueden *encontrar víctimas de accidentes de tránsito en contexto de ausencia de contratación*, actualmente, en el Perú se brinda cobertura a los casos *hit and run*, que tiene regulación en la Cuarta Disposición Final del Decreto Supremo N° 024-2002-MTC. El tercer supuesto arriba mencionado es dejado de lado mientras que el primero ha sido recientemente objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Suprema al interpretar el cuarto párrafo del artículo 17 del mismo cuerpo normativo, señalando que las víctimas de ese supuesto deben recibir cobertura.

En ese sentido, se podría decir que en el Perú se cubren dos de los tres supuestos en los que se pueden encontrar *víctimas en contexto de ausencia de contratación*. A continuación, la descripción de ambos supuestos.

1.3.1 Casos *hit and run*: fondo de compensación.

Con el primer reglamento a la “Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre”, dado por Decreto Supremo N° 049-2000-MTC, no había duda de que la cobertura del seguro obligatorio de accidentes de tránsito excluía a todos los supuestos donde se podía encontrar *víctimas en contexto de ausencia de contratación*.

Es en virtud del artículo 2 del Decreto Supremo N° 014-2002-MTC²⁹, publicado el 20 de abril de 2002, que se crea el “Fondo de Compensación de Seguros” cuya finalidad era “crear un fondo económico que permita cubrir los daños que se irroguen a las personas no identificadas que sufran accidentes de tránsito o las identificadas que hayan resultado dañadas por vehículos que a

²⁹ Esta norma se incorpora al Decreto Supremo N° 049-2000-MTC, que ya contaba con dos modificaciones dados por el Decreto Supremo N° 036-2001-MTC y 044-2001-MTC

su vez no hayan sido identificados y se den a la fuga, únicamente con las coberturas que corresponden a gastos médicos y fallecimiento.”³⁰

Posteriormente, mediante el artículo 1 del Decreto Supremo N° 001-2004-MTC se restringe el objeto del Fondo de Compensación únicamente a “las personas víctimas de accidentes de tránsito ocasionados por vehículos que no hayan sido identificados y se den a la fuga, únicamente el pago de las coberturas que corresponden a gastos médicos y de sepelio.”³¹

Asimismo, se señaló que “el patrimonio del fondo estará conformado por los aportes del Gobierno Central, aportes de las aseguradoras, donaciones de procedencia nacional y extranjera y el monto de las multas que se impongan por infracciones referidas al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, (...), así como por las indemnizaciones no cobradas.”³²

Del mismo modo, se señaló que “el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, expedirá las normas complementarias que sean necesarias para la implementación del Comité de Administración del Fondo de Compensación y establecerá, mediante convenios con las compañías aseguradoras, el monto con los que dichas compañías contribuirán al fondo y el plazo de dicha contribución.”³³

Una tercera modificación fue introducida mediante el artículo 1 del Decreto Supremo N° 024-2004-MTC. Básicamente se definía la composición del Comité de Administración y los órganos con los que contaría.

³⁰ Cuarta Disposición Final del Decreto Supremo 024-2002-MTC

³¹ Cuarta Disposición Final del Decreto Supremo 024-2002-MTC

³² Cuarta Disposición Final del Decreto Supremo 024-2002-MTC

³³ Cuarta Disposición Final del Decreto Supremo 024-2002-MTC

La última modificación a la Cuarta Disposición Final fue dada por el artículo 1 del Decreto Supremo N° 034-2011-MTC. Mediante dicho artículo se incluyó a las Asociaciones de Fondos Regionales o Provinciales contra Accidentes de Tránsito –AFOCAT, para el aporte al Fondo de Compensación.

Los aportes iniciales de las aseguradoras a favor del Fondo de Compensación se regularon en la Séptima Disposición Transitoria agregado al Decreto Supremo N° 024-2002-MTC mediante el Decreto Supremo N° 034-2011-MTC. En la mencionada norma se señaló que “mientras no se suscriban los convenios de aportación en donde se establezcan los términos y condiciones de los aportes, se considerará el 1% de aporte por cada SOAT o CAT vendido; asimismo, estos aportes tendrán periodicidad mensual.”

A su vez, el patrimonio del Fondo de Compensación en virtud del artículo 13 del Decreto Supremo N° 034-2011-MTC, podía ser objeto de fideicomiso aprobado previamente por el Comité de Administración.

El resumen de lo recaudado por el Fondo de Compensación desde que entró en funcionamiento es el siguiente:

Figura 3

Recaudación del Fondo de Compensación hasta el 2022

ESTADO DE CUENTA - FONDO DE COMPENSACIÓN DEL SOAT Y CAT 2022					
Mes: 2022	Recaudado		Cargos*		Saldo
Enero	S/	43,617,512.85	S/	360,220.47	S/ 43,257,292.38
Febrero	S/	881,529.02	S/	448.36	S/ 44,138,373.04
Marzo	S/	1,233,878.09	S/	6,064.89	S/ 45,366,186.24
Abril	S/	685,328.70	S/	368,190.66	S/ 45,683,324.28
Mayo	S/	663,284.55	S/	68.84	S/ 46,346,539.99
Junio	S/	982,159.95	S/	325,980.73	S/ 47,002,719.21
Julio	S/	710,704.98	S/	6,011.16	S/ 47,707,413.03
Agosto	S/	920,298.17	S/	1,447.04	S/ 48,626,264.16
Setiembre	S/	859,207.26	S/	284,346.30	S/ 49,201,125.12
Octubre	S/	873,907.68	S/	4,015.62	S/ 50,071,017.18
Noviembre			S/	-	S/ -
Diciembre			S/	-	S/ -
Total	S/	51,427,811.25	S/	1,356,794.07	S/ 50,071,017.18

Nota. Reproducido de Resumen de Abonos 31.10.22, MTC, 2022, (<https://www.gob.pe/institucion/mtc/informes-publicaciones/2736597-aportes-del-fondo-soat-y-cat-2022>)

Mostrado la estructura del Fondo de Compensación, cabría hacer dos apuntes necesarios. La primera es que parece no tener sentido la limitación de la cobertura de los casos *hit and run* únicamente a los daños por gastos médicos y sepelio cuando cada año el monto de reserva del fondo sigue aumentando; actualmente está en más de 50 millones.

Es obvio que aumentar la cobertura con relación al tipo de daños requiere un estudio técnico. Dicho estudio debería tomar en cuenta principalmente la opinión de las aseguradoras que son quienes, como se vio en el segundo cuadro del apartado 1.3, las que más aportan al fondo. Todo indica, sin embargo, que las aseguradoras estarían de acuerdo con dar utilidad a ese monto:

en diciembre del 2016, el entonces presidente de la Asociación Peruana de Empresas de Seguros, Eduardo Chávez de Piérola, propuso utilizar el patrimonio del Fondo de Compensación para cubrir los gastos médicos que superen las 5 UIT únicamente en el supuesto donde exista contratación del seguro obligatorio (Diario Gestión, 2016). Es cierto que su propuesta no buscaba beneficiar a las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*, pero lo relevante aquí es que es técnicamente posible utilizar el dinero del fondo.

El segundo apunte, relacionado con la anterior, es sobre cómo se ha determinado el monto que deben transferir las aseguradoras al Fondo de Compensación. Líneas arriba se señaló que el Decreto Supremo N° 024-2004-MTC disponía que el monto de la transferencia al Fondo de Compensación sería del 1% de cada SOAT o CAT vendido hasta que se firmen los convenios de aportes con cada aseguradora. Firmado el convenio, el artículo TERCERO de todos ellos señaló lo siguiente:

Por el presente convenio y de acuerdo con el artículo 16° inciso a) del Reglamento del Fondo de Compensación del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, el aporte de **LA EMPRESA** queda fijado en el 1% de la Prima Neta de Impuestos, en adelante prima neta, de cada vehículo con SOAT que **LA EMPRESA** reporta en forma mensual a la Superintendencia de Banca y Seguro. El primer aporte equivaldrá al 1% del total de las primas netas que **LA EMPRESA** reporte en el mes de julio del 2004 para el seguro del SOAT. (Congreso de la República del Perú, 2004).

No existe ninguna razón explícita en los convenios firmados por las aseguradoras y el MTC que justifique el cálculo del monto a transferir, 1% del valor de la *prima neta*, al Fondo de Compensación. ¿Podría ser mayor? ¿Podría ser menor? ¿Cómo se ha determinado esto? ¿Podría

el Fondo ser utilizado para cubrir otro supuesto de *víctimas en contexto de ausencia de contratación* distinto a los casos *hit and run*? ¿Cuál sería el inconveniente?

1.3.2 Supuesto del artículo 17° del Decreto Supremo N° 024-2002-MTC

Otro supuesto donde está ausente la contratación del seguro obligatorio de accidentes de tránsito es el regulado por el cuarto párrafo del artículo 17 del Decreto Supremo N° 024-2002-MTC. En el 2018, la Corte Suprema resolvió que la correcta interpretación del texto normativo en mención ordena a las aseguradoras y AFOCAT's cubrir los daños a los ocupantes del vehículo no asegurado que haya participado en un accidente conjuntamente con un vehículo asegurado por aquellas.

El párrafo objeto de interpretación fue incorporado el 13 de enero de 2004 mediante el artículo 2 del Decreto Supremo N° 001-2004-MTC:

En el caso que alguno de los vehículos que participa en el accidente de tránsito no contase con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, el propietario, el conductor y en su caso, el prestador del servicio de transporte responden solidariamente frente a los ocupantes de dicho vehículo, terceros no ocupantes, establecimientos de salud y compañías de seguros por el monto de los gastos incurridos y/o indemnizaciones que éstos hubieren pagado a los accidentados frente a los cuales, los sujetos antes mencionados, resulten responsables.
(Congreso de la República del Perú, 2004)

Hasta el 2009, la interpretación del texto normativo no favorecía a las víctimas de accidentes de tránsito que eran ocupantes de un vehículo no asegurado en el supuesto de colisión con un vehículo que sí tenía el seguro obligatorio. No había pago alguno de la aseguradora o AFOCAT para quien no fuera ocupante del vehículo asegurado o peatones accidentados.

A partir de octubre del 2009, mediante la Resolución N° 1784-2009/SC2-INDECOPI, INDECOPI se apartó de la antigua interpretación y resolvió que en estos supuestos es obligación de la aseguradora o AFOCAT brindar la cobertura a todas las víctimas del accidente en el que participe un vehículo asegurado por su compañía, pudiendo repetir contra el propietario del vehículo no asegurado por los montos pagados a las víctimas ocupantes de su vehículo.

Los pronunciamientos en sede administrativa llegaron al Poder Judicial para ser discutidos de manera definitiva. Luego de pasar por primera y segunda instancia, con pronunciamientos contrarios, la Corte Suprema resolvió recientemente en contra de las aseguradoras y a favor de las víctimas ocupantes de vehículos que no estaban asegurados.

La primera premisa de la Corte Suprema fue señalar que el Tribunal Constitucional había interpretado el seguro obligatorio de accidentes de tránsito de la siguiente forma: “*resulta evidente que su finalidad se encuentra orientada a proteger los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal, reconocidos en el artículo 2 inciso 1 de la constitución.*” (Acción de Amparo, 2004).

Luego, se señaló que:

en ese contexto, atendiendo a las normas señaladas en el quinto considerando de la presente resolución, se tiene que por lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 30 de la Ley N° 27181, Ley General de Transporte Terrestre, el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito – Soat tiene una cobertura que abarca todo tipo de persona que se encuentre involucrada en un accidente de tránsito, es decir, sea ocupante o un tercero no ocupante de vehículo automotor que haya sufrido alguna lesión o incluso la muerte. (Acción de Amparo, 2004)

A partir de estas premisas, la Corte Suprema concluye que:

“Siendo así, atendiendo a las normas invocadas en las causales denunciadas, esta Sala Suprema considera que si una persona resulta ser víctima en un accidente de tránsito y se encontraba en un vehículo que no contaba con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito- Soat, todos los gastos e indemnizaciones serán asumidos por el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito –Soat del vehículo que también participó y que sí cuenta con dicho seguro, pues la víctima tendrá la categoría de un tercero no ocupante del vehículo” (INDECOPI vs Pacífico, 2016).

Ahora bien, cabría decir que, según los argumentos de la Corte Suprema, no queda claro por qué se excluye en el Perú uno de los supuestos donde se generan las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*.

Recapitulando, las premisas de la Corte Suprema fueron:

P1: La finalidad del sistema está orientada a la protección de los derechos fundamentales de la vida y la integridad personal reconocidos en la constitución.

P2: De acuerdo con la Ley que da vida al seguro obligatorio de accidentes de tránsito, la cobertura abarca a todas las personas involucradas en un accidente de tránsito (ocupante o tercero no ocupante del vehículo).

C: Debe existir cobertura para los ocupantes de un vehículo no asegurado cuando se accidente conjuntamente con un vehículo que sí contaba con el seguro obligatorio.

El problema de la argumentación de la Corte Suprema es que comete una petición de principio. La conclusión se encuentra en la premisa 2. Lo que se debería mostrar es que a pesar de haber puesto como condición la contratación para acceder a la compensación, en un caso donde

no exista contratación se tenga que gatillar la compensación. Pero esto es imposible si no se acude a premisas ajenas al esquema tradicional, como lo es el Fondo de Compensación para los casos *hit and run*.

Según la argumentación de la Corte, de las premisas 1 y 2 habría que concluir que no se debe rechazar en ningún caso la cobertura a las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*. El razonamiento es circular porque la premisa 2 es demasiado amplia y no incorpora la importancia de la contratación de la póliza. Si la corte incorpora en el razonamiento la obligatoriedad de contratar la póliza como requisito de indemnización, sólo le quedaría admitir que las indemnizaciones se gatillan en los supuestos de *víctimas en contexto de ausencia de contratación* cuando exista una excepción tipificada o un esquema externo como lo es el Fondo de Compensación para los casos *hit and run*. Sin embargo, ello no es parte de la argumentación judicial.

Los esquemas complementarios parten del fracaso parcial del esquema tradicional y refuerzan el objetivo que se proponía en un inicio. El esquema tradicional exige contratación, el complementario no.

Es cierto que el sistema está pensado para que todos tengan cobertura, pero ello se da en un contexto de contratación ideal. En otras palabras, el ser víctima de un accidente de tránsito es una condición necesaria más no suficiente; a ello se le debe sumar la contratación. Entonces, no es cierto P2, a menos que exista un esquema complementario que prescindiera de la contratación para la compensación ¡pero esto es precisamente lo que debería mostrar la Corte Suprema! El argumento es sin duda circular.

Con todo, lo que ha hecho la Corte Suprema es crear, o para algunos reconocer, un esquema complementario únicamente para uno de los supuestos que es fuente de *víctimas en contexto de*

ausencia de contratación (ciertamente ha estado limitado por el texto normativo, el cuarto párrafo del artículo 17° del Decreto Supremo 024-2002-MTC).

Sea como fuere, lo relevante es notar que los mismos argumentos para proteger o negar a un grupo de víctimas en contexto de ausencia de contratación se pueden utilizar para el otro grupo. No se entiende por qué se deja de lado en el Perú a un tipo de víctima en especial: ambas se basan en volver innecesaria la contratación para gatillar la compensación. ¿Por qué hacerlo o por qué no?

1.4 La Poca Consistencia de la Regulación Peruana: Preguntas a Responder para un Sistema Coherente y Sostenible.

Llegado a este punto, se hace imperativo mostrar el objetivo de la presente investigación. Como se ha visto del apartado anterior, existe una serie de cuestiones que requieren respuesta para poder afirmar que se cuenta con un sistema coherente de compensación de daños en los accidentes de tránsito.

La pregunta central y de la que se derivan otras es la de si se debe tener un sistema de compensación de accidentes de tránsito global o uno restringido. Al analizar la legislación comparada se puede observar una diversidad en la amplitud de la protección:

Figura 4

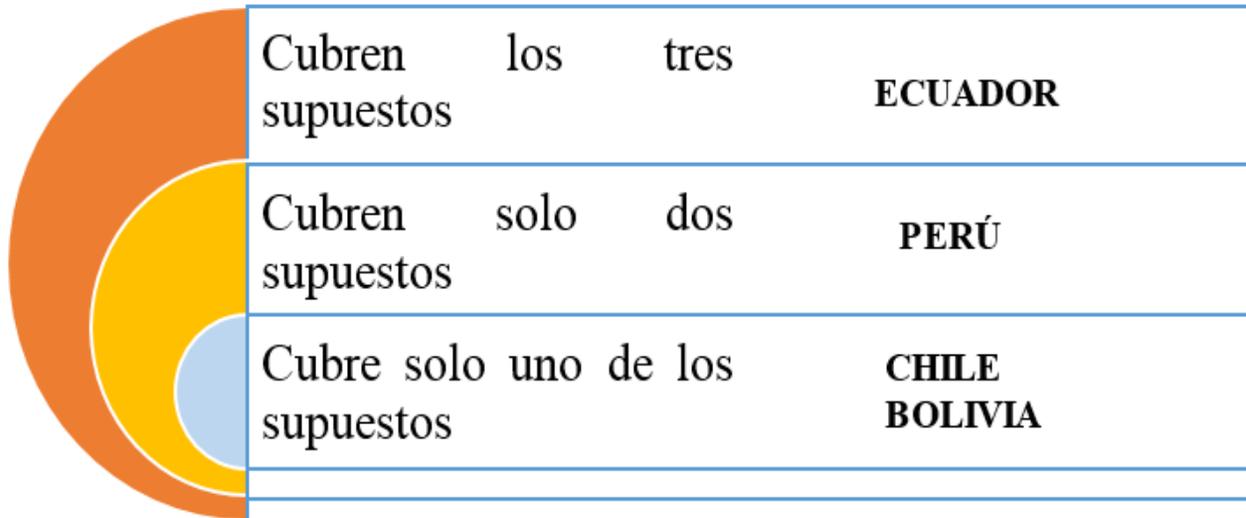
Diversidad de Seguros de Algunos Países con Respecto a los Accidentes de Tránsito.



Como se ha visto en el apartado 1.1, la tendencia histórica es regular a través del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT), que es principalmente un sistema de compensación de víctimas por encima de un sistema de seguro de responsabilidad civil. Muchos de los países que cuentan con el SOAT lo estructuran a través del cobro de *primas* mediante la contratación del seguro. Algunos incorporan *esquemas complementarios* para proteger a las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*. Sin embargo, la protección a las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* difiere:

Figura 5

Número de supuestos cubiertos por algunos países



34

Los *esquemas complementarios* en Ecuador, Uruguay y Brasil cubren a todas las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*. En Perú, solo a dos (los casos *hit and run* y el artículo 17 del reglamento del SOAT). En Chile y Bolivia solo hay un supuesto. En este último caso, el supuesto es distinto. En Bolivia solo se cubre los casos *hit and run* mientras que, en Chile, el supuesto similar al artículo 17° del Decreto Supremo 024-2002-MTC.

Observando este panorama cabe la pregunta de por qué no estar dentro del grupo de Chile y Bolivia, o por el contrario en el de Ecuador, Uruguay y Brasil. Un sistema coherente debe poder mostrar cuáles son las razones de la elección. Si las condiciones particulares de cada país son causa de la diferencia, estas deberían estar expuestas claramente. Esto es sumamente importante porque

³⁴ Chile: Ley N° 18.490; Bolivia: Ley N. 737; Ecuador: Decreto Ejecutivo N. 809: 207; Uruguay: Ley 18.412; Brasil: LEI No 6.194, DE 19 DE DEZEMBRO DE 1974.

si se desea ingresar a alguno de los modelos, se tendría que modificar las condiciones que lo impiden. Pero esto no sucede.

¿Qué hace que nuestra regulación sea distinta a las demás? ¿Por qué la protección a las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* se queda a medio camino en el Perú? La pregunta central de si debemos tener un sistema de compensación global o uno restringido regresa con mayor fuerza luego de ver algunas legislaciones extranjeras.

Ahora bien, independientemente de la amplitud del sistema de compensación de daños de accidentes de tránsito, resulta relevante saber quién asume la carga de dicha tarea. Como se ha visto, en un escenario ideal de contratación masiva y cero fugas, no serían necesarios los *esquemas complementarios*. La compensación se imputa a todos los obligados a contratar la *prima* calculada a través del *riesgo*. Debido a que este escenario ideal no ocurre, es que los *esquemas complementarios* como los Fondos de Compensación requieren de una nueva fuente de ingresos.

Como se ha visto en el caso peruano, apartado 1.2.1 “estructura técnica”, la normativa peruana exige a las aseguradoras que realicen un aporte dinerario al Fondo de Compensación, monto que compone la mayoría del fondo. Sin embargo, las aseguradoras terminan trasladando este monto al cálculo del monto de la *prima* (esto se vio con el ejemplo real del cálculo de Protecta S.A. Compañía de Seguros). Es decir, que es el grupo de personas que cumplen con pagar la *prima* obligatoria quienes asumen, en gran parte, la cobertura de un grupo de *víctimas en contexto de ausencia de contratación*.

La forma en cómo se da en Perú difiere de algunos casos extranjeros. Por ejemplo, el caso uruguayo empezó por imputar parcialmente al Estado la cobertura de las *víctimas en contexto de*

ausencia de contratación y progresivamente lo derivó a las aseguradoras³⁵. En el caso de Ecuador se reguló de tal forma que parte del monto que supere el 5% de utilidades de las aseguradoras iría dirigido a la cobertura de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*³⁶. De esta forma, no era tan sencillo que las aseguradoras trasladasen, como ocurre en Perú, a los usuarios el monto destinado a los Fondos de Compensación.

La legislación comparada permite ver que es diversa la fuente que nutre los nuevos ingresos para compensar a las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*. Por ello, la pregunta de por qué tenemos la regulación que tenemos y no es de otra forma regresa con mayor fuerza. Un sistema coherente de compensación de daños en los accidentes de tránsito debe poder explicar quiénes asumen el costo y por qué lo hacen. ¿Es un tema de eficiencia? ¿Es un tema de justicia?

De acuerdo con lo apenas visto, las preguntas que busca responder la presente investigación serían:

¿Qué tipo de sistema de compensación de daños de accidentes de tránsito es adecuado para el Perú? Esta pregunta exige fijarse en las características propias de Perú y la base jurídica que la sustente.

¿Cómo se debe estructurar el sistema? Esta pregunta incluye principalmente a quién se le imputa el costo de la protección de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* y que argumentos se tiene para ampliar la cobertura independientemente de la póliza contratada.

³⁵ Artículo 20, Ley 18.412.

³⁶ Artículo 25 Decreto Ejecutivo N. 809-207.

2. Capítulo 2: Las Herramientas Necesarias para Responder las Preguntas Planteadas.

En el anterior capítulo se mostró qué es, cómo funciona y cuáles son los problemas del seguro obligatorio de accidentes de tránsito en relación con las víctimas en contexto de ausencia de contratación. Pero, ¿qué se ha hecho para contestar las preguntas evidenciadas en el último apartado del capítulo anterior?

Existen algunos trabajos en el Perú que han abordado, tangencial o directamente, el tema de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*. Asimismo, a la luz de los reclamos ante INDECOPI y el Poder Judicial, se han emitido, tanto en juzgados, Salas Superiores y Salas de la Corte Suprema, opiniones sobre qué consideraciones se deben tener en cuenta para una adecuada comprensión de la situación de al menos un grupo de dichas víctimas. También el grupo empresarial de aseguradoras ha emitido su posición, que es básicamente en contra de la cobertura de uno de los grupos de víctimas en cuestión.

Estos argumentos, que representan el estado de la cuestión en Perú, se amparan en enfoques distintos. Del estudio de ellos, a la luz tanto de discusiones nacionales como extranjeras, se pretende mostrar, en primer lugar, que la *dogmática* no es el enfoque adecuado para responder las preguntas planteadas en esta investigación. En segundo lugar, que existe en el Perú oscuridad al entender el enfoque *económico* y que su real comprensión resulta necesaria pero no suficiente para una respuesta completa a las interrogantes planteadas. En tercer lugar, que el enfoque *filosófico* es adecuado pero tampoco suficiente para mostrar las razones últimas que inspiran al sistema.

En ese sentido, el presente capítulo se va a dividir de la siguiente manera: i) el estado de la cuestión; ii) ¿Por qué la dogmática no es la adecuada para esta investigación?; iii) ¿Cómo debería ser entendido y qué aporta el análisis económico del derecho?; iv) ¿A qué apunta el enfoque filosófico en la elaboración?

De esta forma, se busca conocer el límite de los enfoques y aprovechar sus aportes.

2.1 Estado de la Cuestión en Perú.

Desde su entrada en vigencia en Perú, existen pocos trabajos que tienen como objeto de estudio al seguro obligatorio de accidentes de tránsito y a los supuestos de ausencia de contratación que generan víctimas sin protección. Principalmente, han sido De Trazegnies y Valenzuela en el Perú los que han tocado el tema del seguro obligatorio de accidentes de tránsito desde sus inicios.

En el caso de De Trazegnies, los seguros en general han sido su preocupación desde la modificatoria del Código Civil de 1936. El autor proponía que un sistema de seguros se integre de forma general a las actividades riesgosas rutinarias y no solo a los accidentes de tránsito. Era claro y directo al señalar que la función principal de la responsabilidad civil es la de compensar a las víctimas y que el seguro obligatorio era un método adecuado para ello.

De su trabajo se puede colegir que los daños producto de la circulación vial forman una nueva *nación* de daños denominada *accidentes*. Estos tipos de daños se caracterizan por ser (i) estadísticamente repetitivos; (ii) ser producto del tipo de vida en sociedad que llevamos; y (iii) contar con una gran cuota de azar a pesar de presentarse también el error y la negligencia (De Trazegnies Granda, 2016, pág. 483).

El tratamiento de los *accidentes* no se daría tomando en cuenta las reglas de la responsabilidad civil, sea contractual –en alusión a la violación de deberes de garantía- o extracontractual, sino, por ejemplo, como en el caso de los daños producto de la circulación vial, por medio del seguro obligatorio de accidentes de tránsito.

La teoría jurídica del *accidente* exigía una perspectiva social del daño calificado como *accidente* debido a sus propias características. La preocupación del autor por enfrentar las

consecuencias de la modernidad con las herramientas que brinda la teoría de la responsabilidad civil era determinante para su propuesta.

Este conjunto de ideas es lo que sin duda lo lleva a plantear en el *Proyecto de la Comisión Reformadora* una propuesta de integración del seguro obligatorio al régimen de la responsabilidad civil. Si bien su trabajo es profundo en relación a este tema, no ocurre lo mismo con los supuestos de ausencia de contratación. Pocas, aunque consistentes, son las líneas que dedica al tocar el tema sobre un fondo de compensación:

En cambio, el problema es más complicado cuando la víctima es un peatón que no puede recurrir a seguro automovilístico alguno o cuando el seguro obligatorio ha sido organizado “a la antigua”, sobre el modelo de los tradicionales seguros exclusivamente de tercera persona.

Son estos últimos los casos que más preocupan, desde el punto de vista de la filosofía del sistema. En general, la solución consiste en crear un Fondo suplementario para ayudar a esas víctimas. Ese Fondo es, en ciertos casos, cubierto por el conjunto de Compañías de Seguros autorizadas para contratar seguros obligatorios, como en Inglaterra con el Motor Insurer's Bureau; en esta hipótesis, lo usual es que la contribución de cada Compañía a tal Fondo sea incorporada al costo de la prima. (De Trazegnies Granda, 2016, pág. 180).

Por otro lado, en el año 2004, Valenzuela escribió el libro “Responsabilidad civil por accidentes de tránsito y seguro obligatorio: una aproximación desde el análisis económico del derecho”. En este trabajo, la preocupación principal del autor fue analizar el seguro obligatorio de accidentes de tránsito a través del esquema desarrollado por Calabresi en “*The cost of accidents: legal and economics analysis*”. Según Calabresi la función de la responsabilidad civil debe ser la reducción de los costos de los accidentes en consideración con la *justicia*.

A partir de ello, Valenzuela desarrolló un análisis donde la reducción de costos es el criterio utilizado para aprobar la institución del seguro obligatorio. Al tocar el tema de los costos secundarios -los costos de la concentración del daño y el que sufre la sociedad a tener que afrontar ello³⁷- sostiene en relación a la cobertura de personas no identificadas o las dañadas por vehículos no identificados, lo siguiente:

“Aspecto fundamental para garantizar la indemnización de las víctimas dentro del seguro obligatorio lo constituye la creación de un fondo con estas características. Esto no hace sino reconocer la existencia de lo que hemos denominado “externalidades residuales”³⁸, así como de las limitaciones de los sistemas de control respaldados por sanciones administrativas o penales. El énfasis colocado en la reparación de las víctimas da lugar a que se externalice el costo de las accidentes ocasionados por los infractores hacia aquellos que han cumplido con asegurarse. La dimensión de dicha externalidad residual estará en relación inversa con la efectividad de los mecanismos de prevención específica requeridos por el seguro obligatorio.

Claro que la existencia de un fondo genera otros efectos como la externalización de costos por parte de los no asegurados sobre quienes sí se aseguran. Si, de acuerdo a la posición

³⁷ Sirva la siguiente cita para extender la explicación: “El segundo fin es una reducción de costes que no afecta ni al número de los accidentes ni a su gravedad, sino a los **costes sociales derivados de los mismos**. Intentaré demostrar que la idea según la cual uno de los fines principales de la responsabilidad civil es la indemnización de las víctimas, es una manera confusa de enunciar esta finalidad “secundaria” de reducción de costes, aunque a veces resulte útil.” Para entender el concepto de costos secundarios que da Calabresi no solo debe observarse esta breve definición sino el fundamento de este tipo de costos que es la Ley de utilidad marginal. De acuerdo a esto, se puede decir que la concentración del daño en personas que no pueden afrontarlo es un problema a solucionar. No es el hecho que haya un responsable que amerite la indemnización sino el propio costo de la concentración del daño. Por ello, el autor califica de confusa la creencia según la cual la indemnización es la finalidad principal de la responsabilidad civil ya que esta se basa, no en el costo de la concentración del daño, sino en el daño mismo que le corresponde pagar al responsable. (Calabresi, El costo de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil, 1984, págs. 44-45).

³⁸ Cuando el autor habla de externalidades residuales se refiere a “que, dado que la compensación se uniformiza, las potenciales víctimas serán en muchos casos parcialmente indemnizadas.” (Valenzuela Gomez, 2005, pág. 290)

que hemos asumido, la externalidad ha sido generada por el conjunto de propietarios de autos, entonces son ellos quienes deben asumir proporcionalmente el costo de los accidentes que se producen. Quienes no cumplen con internalizar el costo de su actividad lo cargan a otros y se ven subsidiados por aquéllos.” (Valenzuela Gomez, 2005, pág. 380)

Ambos autores sostienen la posibilidad de la existencia de un fondo de compensación a favor de algunos de los supuestos de ausencia de contratación. Señalan que esto es posible *si se acentúa el carácter compensador del sistema* y que las consecuencias son básicamente la externalización de costos a terceros reflejada en la *prima*.

Por otro lado, luego de algunos años de los trabajos ya mencionados, cuando se hizo evidente el incremento de denuncias ante INDECOPI por parte de ocupantes de vehículos no asegurados en contra de las aseguradoras de los vehículos que habían participado en el mismo accidente de tránsito (regulado en el artículo 17 del reglamento del SOAT), se elaboraron tres trabajos sobre el tema.

El primero de ellos, elaborado por Valdiviezo-Soto y denominado “Sujetos protegidos por el SOAT según la jurisprudencia de INDECOPI. Análisis crítico a la luz de la técnica del seguro”, concluye que “únicamente mediante la real comprensión de la operación económica del seguro los juristas podrán tomar decisiones que no afecten la solvencia de las aseguradoras.” (Valdiviezo-Soto, 2016, pág. 26).

A partir del esquema del seguro, entendido como una *mutualidad* que en solidaridad transfiere el riesgo a un tercero con la finalidad de afrontar las consecuencias de los daños de acuerdo a la explotación de un determinado plan, sostiene el autor que “al obligar a cubrir a una aseguradora a aquellos que no han aportado a la mutualidad, es decir, no han realizado el pago de

prima alguna, se altera la homogeneidad, tanto cualitativa como cuantitativa.” (Valdiviezo-Soto, 2016, pág. 14)³⁹.

El autor entiende por alteración a la homogeneidad, sea cualitativa y cuantitativa, el desequilibrio que habría entre el monto efectivamente pagado por las aseguradoras y el que se previó pagar. Al ser mayor el primero que el segundo, habría una afectación a las aseguradoras. Como se desarrolló en el capítulo anterior, el cálculo de la *prima* se basa en los siniestros de un número determinado de vehículos y las víctimas de estos. Si cambia la regulación ordenando incorporar nuevos siniestros, estaría modificando el monto que se calculó inicialmente.

Los otros dos trabajos realizados, se limitan al carácter interpretativo de la normativa del seguro obligatorio. Por un lado, el primero, elaborado por Moreno y denominado “Vulneración del principio pro consumidor de los terceros no ocupantes en un accidente de tránsito. Desde la perspectiva del INDECOPI en el año 2015” concluye que existe una “incorrecta aplicación [que] perjudica a las víctimas ocupantes del vehículo sin el mencionado seguro, ya que el artículo 4° del Decreto Supremo 024-2002-MTC no regula de forma expresa la calidad de terceros no ocupantes que deben tener dichos sujetos, los cuales traen como consecuencia la vulneración del derecho a la vida e integridad de la persona.” (Moreno Bustamante, 2015, pág. 4).

³⁹ El autor señala que: “**Homogeneidad cualitativa de los riesgos:** Ella se obtiene repartiendo aquellos según la naturaleza del evento (rama), y según los bienes o personas expuestos al mismo en relación con el grado de resistencia teórica al siniestro. Clasificados así los riesgos será posible calcular la prima llamada pura sobre la base de datos estadísticos. Dicho cálculo puede lograr una aproximación muy grande.” Y “**Homogeneidad cuantitativa:** El asegurador muchas veces no puede asumir la entera consecuencia eventual del riesgo, cuando es muy elevada, sino que tiene que cuidar que la suma por la que responde en cada contrato no sea muy diversa entre las coberturas tomadas a su cargo. Aunque en un grupo de riesgos homogéneos se pueda determinar cuántos se verificarán en un plazo determinado, no cabe establecer sobre cuál de los bienes asegurados se verificará el evento. Por consiguiente, debe determinarse previamente qué importe está obligado a afrontar el asegurador por cada seguro, para evitar que la mutualidad de asegurados sufra un grave desequilibrio con la producción de los siniestros que gravitan en aquellos asegurados cuyo capital a riesgo es mayor. Por eso el asegurador debe homogeneizar los valores tomados a riesgo.” (Valdiviezo-Soto, 2016, pág. 14).

El artículo 4 del cuerpo legislativo citado por la autora señala que “el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito cubre a todas las personas.” A partir de ello, se arma el esquema interpretativo que, básicamente, estaría por encima del cuarto párrafo del artículo 17 del mismo cuerpo normativo que, como ya se mostró, señala que:

en el caso que alguno de los vehículos que participa en el accidente de tránsito no contase con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, el propietario, el conductor y en su caso, el prestador de servicio de transporte responden solidariamente frente a los ocupantes de dicho vehículo, terceros no ocupantes, establecimientos de salud y compañía de seguros por el monto de los gastos incurridos y/o indemnizaciones que éstos hubieren pagado a los accidentados frente a los cuales, los sujetos antes mencionados, resulten responsables.

Por su parte, el segundo trabajo elaborado por Ayala también parte del artículo 4° del Decreto Supremo N° 024-2002-MTC pero concluye que:

el ocupante de un vehículo sin SOAT es un consumidor indirecto, no por el hecho de ser considerado tercero no ocupante, pues el seguro no ha sido contratado para el disfrute de los ocupantes del vehículo sin SOAT sino, por el propio mandato de la protección que brinda la norma legal, en particular en el artículo 4° del Reglamento del SOAT cuando menciona que “El Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito cubre a todas las personas”, análisis que en los pronunciamientos que la autoridad de consumo se puede verificar un atisbo de ello.” (Ayala, 2017, pág. 57).

Además ello, apela para dotar de extraer la norma del texto al *principio pro consumidor*. Sostiene que “el Código ordena que, en caso de duda en el sentido de las normas, debe interpretarse en el sentido más favorable al consumidor, siendo que la protección al consumidor forma parte de un sistema integrado, orgánico y armónico con los preceptos constitucionales referidos al régimen

económico que nuestra Constitución establece, uno de cuyos pilares es, precisamente, la defensa del consumidor.” (...) “Por ello, en caso que se sostuviera que el último párrafo del artículo 17° del Reglamento del SOAT puede dar lugar a distintas interpretaciones, se debería optar ante dicha incertidumbre jurídica por una interpretación pro consumidor destinada a conseguir una auténtica tutela de los derechos e intereses del consumidor, que es la forma como la autoridad administrativa cumple con ese “deber especial de protección” encomendado por la Constitución.” (Ayala, 2017, págs. 50-51).

Para finalizar este apartado, se van a mostrar dos tipos de argumentos que se han esgrimido tanto en sede administrativa como judicial al discutir la correcta interpretación del artículo 17° del reglamento del SOAT.

Por un lado, se han desarrollado los argumentos de corte consecuencialista, propuesto por las empresas aseguradoras y recogido por algunos juzgados, que señalan que cargar a las aseguradoras con el costo de los daños de estas víctimas incrementa el precio de la *prima* desalentando la contratación. Se argumenta que si las personas saben que habrá cobertura independientemente de contratar o no, no contratarán⁴⁰.

En respuesta a esta posición la Sala de Corte Suprema, recogiendo los argumentos de INDECOPI y algunos juzgados de primera instancia y salas, sostuvo principalmente que: (i) la desincentivación de la contratación del seguro no se produciría toda vez que es obligatorio y su

⁴⁰ Véase: “Así, la Judicatura sostuvo que admitir lo contrario no solo constituye un desincentivo para contratar el SOAT, sino que generaría una distorsión en el mercado, ya que bajo el razonamiento de la entidad demandada cualquier víctima ocupante del vehículo A podría requerir a la aseguradora del vehículo B que cubra sus gastos médicos de indemnización, a pesar de que la unidad en que se transportaba no cuenta con SOAT o con CAT, pues podría considerar que sí existe responsabilidad solidaria de la aseguradora con el conductor o propietario de un vehículo que no cuenta con el seguro, porque no habría responsabilidad solidaria con otra aseguradora o con una Asociación de Fondos Regionales o Provinciales contra Accidentes de Tránsito – Afocat, que también tardan mucho en pagar los gastos médicos y las indemnizaciones.” (INDECOPI vs PACÍFICO SEGUROS, 2017).

inobservancia acarrea efectos sancionadores adecuados⁴¹; y (ii) el incremento del precio de las *primas* no es un elemento relevante, en principio, para determinar el alcance de las coberturas a terceros tomando en cuenta el objetivo de proteger los derechos fundamentales de la vida, salud e integridad personal; además que parece ser una mera especulación por parte de las aseguradoras el alegar la distorsión de mercado⁴².

2.2 ¿Por Qué la Dogmática no es Adecuada para esta Investigación?

Como se señaló al inicio del presente capítulo, uno de los objetivos es mostrar por qué la *dogmática* no es el enfoque adecuado para responder a las preguntas planteadas en la presente investigación. La idea que puede resumir el argumento central de este subcapítulo es que la *dogmática* -tal como se entiende en la academia peruana- no se ocupa de cuestiones justificativas sino principalmente explicativas sobre la coherencia del sistema jurídico a través del estudio principalmente de la jurisprudencia y doctrina.

Esto quiere decir que a través de dicho enfoque no se puede dar razones por las que sería correcto, justo o eficiente que en el Perú se cubran los daños de todas las víctimas de accidentes de tránsito en contexto de ausencia de contratación; ni por qué se debería imputar los costos al Estado, a las aseguradoras o a la *mutualidad*. Tampoco puede ahondar en las razones de por qué

⁴¹ Véase: “efecto nocivo que se produciría en el mercado ante el desincentivo de la contratación de este seguro por el aumento de costo de las primas (argumento expuesto por la Sala Superior), dado que la obligatoriedad de su contratación y los efectos sancionadores que acarrea incumplir este mandato constituyen mecanismos que, por el contrario, coadyuvan a que los ciudadanos asuman la carga que significa cumplir con este requisito para poder circular con un vehículo automotor en el territorio nacional” (INDECOPI vs MAPFRE, 2018).

⁴² “En todo caso, siendo que el SOAT tiene como objetivo esencial proteger los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad personal, esta Sala Suprema considera que el incremento del valor de las primas no constituye, en principio, un elemento relevante a efectos de sostener que la cobertura de la póliza debe ser solo alcanzar a algunas víctimas de un accidente de tránsito, pues una restricción de esta naturaleza no solo vulnera la finalidad que persigue este seguro, sino que se sustenta en una mera afirmación de la empresa aseguradora dirigida a enunciar que el sistema de seguros obligatorios contra accidentes de tránsito se vería seriamente afectado por este supuesto hecho, cuando esta alegación no ha sido demostrada ni analizada en sede administrativa o judicial.” (INDECOPI vs PACÍFICO SEGUROS, 2017)

es correcto contar con un sistema de compensación de accidentes para todos los accidentes de tránsito.

En cambio, resulta adecuado para analizar si a través del sistema jurídico reconocido y vigente –sentencias y pronunciamientos de INDECOPI, textos normativos y doctrina- es inteligible, por ejemplo, brindar coberturas a un grupo determinado dentro del tipo de víctimas que son las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*. Esto no es necesariamente un defecto de la *dogmática* sino que representa el límite del enfoque.

Existe en la academia peruana una discusión que refleja lo apenas afirmado. Se espera que a través de este debate se pueda entender mejor algunos de los trabajos citados en el *estado de la cuestión* del apartado anterior y poder así descartarlos como soluciones a la problemática de la cobertura de las *víctimas de accidentes de tránsito en contexto de ausencia de contratación*.

2.2.1 El límite de la dogmática en el derecho: a propósito de una recurrente discusión.

Antes de iniciar este apartado se debe dejar claro que la pretensión no es conceptualizar la *dogmática*. Dicha tarea presenta una especial dificultad. Se tomará entonces una definición bastante laxa que la concibe como el estudio enfocado principalmente en el derecho positivo y la coherencia del sistema jurídico a través principalmente de la doctrina y jurisprudencia⁴³. Lo que

⁴³ Tal como sostiene el profesor Robert Alexy la tarea de identificación de la *dogmática* es confusa y complicada: “Para descubrir que son los argumentos dogmáticos [...] hay que saber que se debe entender por ‘dogmática jurídica’ o ‘dogmática del Derecho’. Y esto es cualquier cosa menos claro [...] Si se sigue el uso de las palabras dominantes entre juristas, por ‘dogmática jurídica’ o ‘dogmática del Derecho’ hay que entender la ciencia del Derecho en sentido más estricto y propio, tal como es elaborada realmente por ellos. Esta ciencia del Derecho en su sentido más estricto y propio es una mezcla de, al menos, tres actividades: (1) la descripción del Derecho vigente, (2) su análisis sistemático y conceptual y (3) la elaboración de propuestas para la solución de casos jurídicos problemáticos. De ello resulta claramente que la dogmática jurídica es una ‘disciplina pluridimensional’.” (Alexy, 1989, págs. 240-241) . Sin embargo, a otros autores les parecería impropio, por decirlo menos, que se equipare a la *dogmática* como *ciencia jurídica*. Por otro lado, el profesor colombiano Hubed Bedoya se muestra en contra de esa posición principalmente por no ser el *conocimiento* el objeto de la *dogmática*. No se busca *conocer* el sistema jurídico a través de la *dogmática*, la *dogmática* es el derecho mismo. La *dogmática* es para el autor el proceso riguroso mediante el cual se habla del Derecho, y es el *derecho* en sí mismo, apoyándose en la *jurisprudencia* y la *doctrina* con referencia en los *hechos*: “lo que actualmente denominamos “derecho” no puede ya reducirse a aspectos -para nosotros puramente parciales- como

se pretende es analizar los límites del enfoque a partir de una discusión en particular donde una de las partes asume la tarea *dogmática* y la otra *filosófica*.

La discusión a la que se hace referencia es la que se presenta a propósito del *daño moral*, *daño a la persona* y *el daño al proyecto de vida* en el Perú. Discusión que se lleva a cabo principalmente entre el profesor León y Fernández Sessarego⁴⁴. Solo se van a mostrar algunos aspectos importantes del problema con la finalidad de ver los enfoques utilizados.

Por un lado, se tiene que el profesor LEÓN apela a la comparación jurídica e histórica para juzgar las voces de daño en el Perú. Entiende que la *dogmática* tiene como “objetivo esencial la coherencia del sistema jurídico” (León Hilario L. , El efímero encanto de "nuestro" Law and Economics, 2013, pág. 47). Y existe un problema en el sistema jurídico de incoherencia por redundancia toda vez que el ordenamiento peruano, habiendo acogido parcialmente el modelo francés, regula al *daño a la persona* como una categoría independiente a pesar de que en el modelo

son las “normas”, bien miradas individualmente, bien en su conjunto, o las actividades que se cumplen partiendo de ellas o tomándolas como apoyo, ni las consecuencias prácticas resultantes de dichas actividades. Lo anterior se comprende con solo advertir que no existe algo a lo que una “mirada simple” pueda señalar como norma, ni ninguna actividad puede considerarse por sí misma jurídica, ni su resultado deviene obviamente con tal sentido. La norma es solo el resultado de un ejercicio de asignación de sentido a ciertas acciones o actividades cumplidas por individuos dentro de un ámbito de actuaciones que crean el marco de “comprensión de lo jurídico”. Luego, la norma no viene como dato, sino como construcción legítima de sentidos sobre la base de referentes materiales tales como enunciados de lenguaje -verbales o escritos-, o conductas humanas reales y concretas. No bastando, pues, para que nos hallemos frente a una norma, con identificar un caso específico de enunciado o un comportamiento humano determinado, **el peso del trabajo de construcción normativa se traslada a las condiciones que hacen posible la asignación de sentido para uno u otro de dichos casos. En la fijación de esas condiciones el papel fundamental lo juegan, en primera instancia, los órdenes de discurso con los cuales referimos ‘hechos’ y aquellos otros que la práctica jurídica distingue como ‘jurisprudencia’ y ‘doctrina’.**” (Énfasis agregado) De esta forma, el autor concluye que “la síntesis de todo lo anterior consistirá en decir que aquello que hoy llamamos derecho no es otra cosa que el resultado de amalgamar los cuatro elementos mencionados: normas, hechos, jurisprudencia y doctrina, labor que, dentro de las tradicionales dudas, ambigüedades y disputas, reconocemos bajo la denominación de dogmática. Es esto lo que nos ha permitido postular, entonces, que no existe dogmática como distinta o ajena al derecho sino que este se confunde con aquella, o que el derecho es la dogmática.” (Bedoya, 2009, págs. 190-194). Con todo, la idea de unicidad del ordenamiento es ineludible cuando se habla de *dogmática*. Y es una unidad buscada a través de, como dice el profesor BEDOYA, un marco que hace posible el *razonamiento jurídico* determinado por la doctrina y la jurisprudencia. Es esta idea la que se adopta en la presente investigación como característica inconfundible de la *dogmática*, alejándonos de cualquier controversia denominativa sobre su calidad de ciencia jurídica.

⁴⁴ Es importante aclarar que no son las únicas posiciones. A saber, Fernández Cruz, Gastón; Espinoza Espinoza, Juan; De Trazegnies, Fernando; Cárdenas Quiroz, Carlos; entre otras, han tocado el tema.

en mención el *daño moral* es entendido como todo *daño no material*; si esto es así, es totalmente innecesario crear la categoría de *daño a la persona* porque ya se encuentra dentro del *daño moral* (León Hilario L., 2008).

De acuerdo al modelo elegido, el francés, no hay cabida para el *daño a la persona*. ¿Cómo llega entonces dicho daño al sistema peruano? LEÓN sostiene que ello se debe a una importación doctrinaria de Italia. En aquel país el *daño a la persona* es inteligible a través de las peculiaridades normativas del sistema: principalmente por no acoger la división francesa de *daño moral* (en referencia a todo daño no material) y *daño material* sino la división germana de *daño no patrimonial* y *daño patrimonial*; y la reserva legal del artículo 2059 del *Codice Italiano*. De esta forma, el *daño a la persona* no tiene un sentido de categoría normativa sino que es utilizado como “una locución para identificar el daño a la integridad psicofísica.” y “asimilado al daño a la salud” (León Hilario L., La responsabilidad civil: líneas fundamentales., 2011, pág. 200).

Para el autor en mención es obligatorio atenerse al contexto histórico foráneo para entender el contenido del concepto local. Sostiene LEÓN que “uno de los pies de barro de la categoría *daño a la persona* es, precisamente, la carencia de información sobre el contexto en el que se generó; un defecto atribuible, y reprochable, a quienes lo importaron de Italia.” (León Hilario L., La responsabilidad civil: líneas fundamentales., 2011, pág. 189).

Se pregunta ¿por qué si en Perú no se tienen las particularidades italianas, y además se ha elegido parcialmente la división francesa de voces de daño, se importa el llamado *daño a la persona*?

Al no encontrar una razón válida sostiene que la única forma de hacer coherente el sistema peruano en responsabilidad civil es, a la luz de la división *daño material* y *daño moral*, entender al *daño a la persona* “simplemente, como una reiteración, como un pleonasma, de la naturaleza

resarcible del daño a la integridad psicofísica.” (León Hilario L., La responsabilidad civil: líneas fundamentales., 2011, pág. 211)⁴⁵

Por otro lado, el *daño al proyecto de vida* es visto por LEÓN como un automatismo creado por la judicatura peruana basado incorrectamente en el principio de *reparación integral* que se gestó en Francia. La consecuencia de ello es que se inflan indiscriminadamente los resarcimientos. Se pregunta, ¿Cuál es la base normativa del *daño al proyecto de vida*? ¿El *daño a la persona recogido* en el artículo 1985 del Código Civil peruano? No puede ser, se responde, toda vez que dicha expresión “solo admite dos significados: o el original y cierto de “daño a la salud” o “daño a la integridad física” (“daño a la persona” proviene de “*danno alla persona*” y ésta expresión es la traducción, a su vez, de la “*personal injury*” del derecho de seguros anglosajón), o el, más amplio, de “daño a los derechos de la personalidad.” (León Hilario L., La responsabilidad civil: líneas fundamentales., 2011, pág. 274).

⁴⁵ Aquí se ve claramente la pretensión del profesor León de unicidad del ordenamiento jurídico a través del estudio de, por ejemplo, la doctrina. No se sirve del estudio histórico y comparado para dar cuenta de la diferencia en dos ordenamientos distintos sino para evitar, en sus palabras, *pleonasmos*. La característica señalada en el pie de página 125 se encuentra aquí como un ejemplo certero de las pretensiones de la *dogmática*. Así también se puede citar textualmente al profesor León con referencia a la vacancia por *incapacidad moral* en la cual fue *amicus curiae*: “La unidad o unitariedad del ordenamiento jurídico. El lenguaje del derecho y sus conceptos no pueden ser variados de acuerdo con cada disciplina. Los dictados del Derecho Civil, por lo tanto, son válidos en todas las áreas jurídicas. En palabras de Angelo Falzea: “Para que las reglas jurídicas sean reglas efectivas de orden es indispensable el atributo adicional de la unitariedad, porque solo un conjunto de reglas ordenadas sistemáticamente, sobre la base de principios, puede cumplir la tarea de gobernar las relaciones de los sujetos que componen la sociedad, y de encaminar su conducta hacia una vida común igualmente ordenada. Puesto que cumplen la misión de ordenar la vida social, el conjunto de las reglas jurídicas debe ser ordenado de forma tal que contraste con el desorden que acompaña la complejidad de la vida en común” . Atenta contra el orden proclamado por el ilustre autor, que cada rama del derecho acuñó un significado específico para un mismo concepto, para una misma expresión o palabra. Es desorden, caos, incertidumbre, inseguridad, que la figura de la “incapacidad moral” varíe, conceptualmente, de acuerdo con los lentes de cada analista: si constitucionalista o civilista, o experto en derecho parlamentario o politología” (León Hilario L. , Amicus curiae sobre la incapacidad moral permanente como causal de vacancia presidencial, 2020, pág. 4).

Nuevamente, León apela a la comparación y la historia para dotar de coherencia y contenido a una categoría local⁴⁶. Caso contrario, sostiene, existe incoherencia en el sistema jurídico peruano.

Al otro lado del rechazo a las categorías mencionadas se encuentra el profesor Fernández Sessarego. El autor, para dar contenido al concepto de *daño al proyecto de vida* a través del *daño a la persona*, comienza por conceptualizar la naturaleza humana a través de la antropología filosófica⁴⁷.

Todo empieza no a través de la búsqueda de coherencia del sistema jurídico sino con reflexiones propias de la filosofía existencialista.

El punto de partida es concebir a la vida como *libertad que se hace fenómeno y la libertad como el ser del hombre*. La vida solo se puede explicar a través de la libertad hecha fenómeno, y

⁴⁶ Otro ejemplo que sirve para reforzar de qué es lo que se ocupa la *dogmática* se puede encontrar en la posición del profesor Fernández Cruz en torno al debate que es objeto de análisis. Se pregunta el autor “¿Cómo se debe responder ante la realidad de la codificación peruana [en referencia a la existencia del *daño a la persona* como categoría]?”. La respuesta que da es la siguiente: “El daño a la persona (que en el Perú, como se ha dicho, es un tipo de daño expresamente reconocido como resarcible en el artículo 1985 del Código Civil), el cual debe ser entendido fiel a su raíz itálica, esto es, como un daño que: (a) afecta a la *persona humana* como entidad psico-física, comprendiendo a los daños inherentes a ésta (o a daños a los derechos de la personalidad, la intimidad, la salud, entre otros; y (b) es normalmente –como regla general- el resultado de una función de reparación del daño resarcible, por lo que es –contrariamente a lo que comúnmente se piensa ordinariamente valuable y sólo excepcionalmente estimable” Sostiene que “El daño moral subsiste hasta hoy por una tradición jurídica del derecho continental. Lamentablemente, a veces somos fieles a la tradición, por el simple prurito de serlo, lo cual no es malo, siempre y cuando se sea coherente. Si se quiso ser fiel a la tradición de herencia francesa del código, hubiese sido preferible dejar solo al daño moral, reconstruyendo la doctrina nacional sobre este último concepto. Si por el contrario, se cree que el daño a la persona es un concepto que puede ser normativamente acogido bajo todo el esquema que hemos mencionado en este trabajo hasta en el ámbito constitucional, entonces ello debe implicar eliminar el daño mora como vocablo autónomo del daño resarcible; y, entretanto, cuando menos delimitar expresamente sus contornos, pero somos de la opinión que no deberían coexistir ambos conceptos en la línea de lo que hasta ahora sucede, porque solo trae confusión al operador jurídico.” (Fernández Cruz, 2015) Como se puede ver, lo expresado por Fernández Cruz es distinto a la conclusión de León pero no en el enfoque que utiliza: ambos se basan en la *dogmática* buscando la coherencia del sistema jurídico peruano.

⁴⁷ Si bien hay autores que se han referido al tema, se limita el análisis al autor que se considera como el que ha acuñado la voz de *daño al proyecto de vida*.

no solo de la llamada libertad ontológica que es la decisión en sí misma. La puesta en marcha de los actos da contenido a lo que es el ser humano.

A partir de la preponderante posición de la vida como proyección constante, como libertad fenoménica, es que Fernández Sessarego propone la clasificación del daño. Para el autor el existencialismo es una ruptura en la filosofía porque es con ella que la preocupación de las cuestiones filosóficas se centra en el ser humano dejando las cosas que nos rodean. Debe, entonces, atenderse a la naturaleza del ente lesionado como primera clasificación para luego ver las consecuencias de dicha lesión.

En ese sentido, según qué se lesiona se puede advertir un *daño subjetivo*, que refiere a la persona, y un *daño objetivo*, que refiere a las cosas del mundo. Las consecuencias de lesionar entes distintos serán consecuencias también distintas y las formas de reparar dichas consecuencias diferirán también.

Se puede dañar al ser humano en su psique o su cuerpo, esto es a su bienestar; o a la libertad de la persona, esto es a su *proyecto de vida*. El ser humano no puede ser concebido como un ser estático sino como un devenir en el tiempo. Tener en cuenta la frustración que el acto dañoso ocasionó en lo que sería su devenir es crucial para entender el *daño al proyecto de vida*.

Todo daño debe ser pensado a partir de la conceptualización de *persona* como ser *libre* y cuya libertad en ejercicio la define.

Dentro de esta conceptualización del ser humano, el daño moral no es entendido como lo antagónico a lo material sino únicamente como “un daño específico que compromete básicamente la esfera afectiva o sentimental de la persona, ocasionándole una perturbación, un dolor, un sufrimiento que carece de un sustento patológico.” (Fernández Sessarego, 1996, pág. 9).

El ser humano es más complejo que lo afectivo y por ello el daño a su persona “significa el agravio o lesión a un derecho, a un bien o un interés de la persona en cuanto tal, “comprendiéndose dentro de él “hasta la frustración del proyecto existencial de la persona humana”. (Fernández Sessarego, 1996, pág. 9).

Se puede advertir que la discusión entre Fernández Sessarego y León en este punto es aparente. Este último parte de una clasificación dada de las categorías del daño –la francesa– mientras que el primero construye una base para la clasificación misma. León no cuestiona en ningún momento la concepción a la que responden las categorías que él defiende: León explica, Fernández Sessarego justifica.

Las preguntas son distintas: ¿es coherente en nuestro sistema jurídico a la luz de la clasificación francesa contar con la categoría de *daño a la persona*? No. El enfoque de León es, como él mismo entiende, *dogmático* utilizando las herramientas de la comparación⁴⁸. Por otro lado, Fernández Sessarego responde a la pregunta ¿cómo se deben clasificar los daños a la luz de una concepción existencialista del ser humano? Su enfoque es claramente filosófico.

Estas distinciones no terminan siendo claras ya que también existe por parte del profesor Fernández Sessarego la pretensión de que su concepción de la naturaleza humana sea jurídicamente funcional. Debido a ello, apela a las sentencias, a la doctrina italiana y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde señala se reconoce el *daño al proyecto de vida*. Sin embargo, es claro que su teoría no depende de acogimiento normativo, ello solo le da funcionalidad jurídica. Por el contrario, la postura del profesor LEÓN sí depende de que en Perú se acoja la

⁴⁸ La comparación no es una herramienta exclusiva de la dogmática, puede ser usada también por otros enfoques como el análisis económico del derecho. Véase: (Mattei, 1997).

división francesa de daños o que en Francia efectivamente exista la división daño moral y daño material.

Al contrario de lo que sostiene León, Fernández Sessarego no diseña un fundamento filosófico para fundamentar una categoría. Es la categoría la que se deriva de las reflexiones filosóficas.

Nótese que no se está diciendo que la teoría del profesor Fernández Sessarego sea correcta⁴⁹ ni que las críticas del profesor León a la coherencia del sistema jurídico peruano sean equivocadas⁵⁰; solo se está realizando una diferenciación de enfoques.

¿Se puede debatir sobre la concepción humana a partir de una clasificación específica (francesa) de los daños? No, aunque se podría explicar a qué concepción pertenece dicha categoría. ¿Se puede juzgar como incoherente la clasificación francesa a partir de la filosofía existencialista? Tampoco, aunque se pueda decir que no corresponde a la concepción humana que uno defiende. La elaboración de ambos autores están en planos distintos aunque terminan convergiendo en la práctica, sobre todo, judicial.

La discusión en uno de los planos deja de ser aparente cuando el profesor León critica de injusta e inequitativa al planteamiento existencialista en la responsabilidad civil. En este punto el profesor León entra al plano de la justificación, en contra, del daño al proyecto de vida (León

⁴⁹ El discurso de Fernández Sessarego al ser *normativo*, aunque de gran coherencia, no tiene base legislativa más que el llamado *daño a la persona*. Es claro que la división de las voces del daño en el Código Civil peruano de 1984 no responde a la naturaleza del ente lesionado, como parte la teoría de Fernández Sessarego, sino a las consecuencias del daño, como sostiene León. Y estas consecuencias no corresponden a las que el autor tiene en mente sino a una división patrimonialista, aunque aparezca furtivamente el llamado *daño a la persona*.

⁵⁰ Debe notarse, sin embargo, que las críticas de León a *nivel jurisprudencial* son ciertas al dar cuenta del grave error en la práctica judicial. Los jueces mezclan las categorías del daño, tal como se proponen en el Código Civil peruano, con la teoría donde el *daño al proyecto de vida* tiene cabida. Al hacer esto desnaturalizan ambas concepciones y terminan inflando las indemnizaciones. Pero esto no puede ser imputado a la teoría normativa de Fernández Sessarego donde la sobrecompensación vulnera la libertad fenomenológica.

Hilario L., 2019). Es decir, da razones de por qué no es correcto acoger a la filosofía existencialista como base de una categoría jurídica, no solo si dicha categoría es inteligible a la luz de un sistema jurídico dado.

El enfoque dogmático, entonces, solo da luz sobre ciertas cuestiones, principalmente las de coherencia jurídica del Derecho positivo, y deja oscura otras que requieren, como el debate apenas mostrado, de argumentos justificativos basados en enfoques distintos como el filosófico o el económico.

2.2.2 El enfoque dogmático en el problema de las víctimas en contexto de ausencia de contratación.

Lo discutido en el apartado anterior tiene un propósito claro: mostrar la insuficiencia de algunos trabajos y del pronunciamiento de la Corte Suprema en el problema de las víctimas de accidentes de tránsito en contexto de ausencia de contratación.

Retomando brevemente lo descrito en el *estado de la cuestión*, se mostró cómo Ayala y Moreno limitaban su argumentación al problema que había generado la interpretación del artículo 17 del Decreto Supremo N°024-2002-MTC: ¿tienen cobertura los ocupantes de un vehículo no asegurado que haya participado en el mismo accidente que un vehículo asegurado?

Para dotar de contenido al texto normativo en discusión el norte que siguen es el artículo 4 del mismo cuerpo normativo, el cual señala que “el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito cubre a todas las personas, sean ocupantes o terceros no ocupantes de vehículo automotor, que sufran lesiones o muerte como consecuencia de un accidente de tránsito”.

Además de ello, Moreno apela también al derecho constitucional a la vida e integridad de la persona, que sería vulnerado si no se interpreta correctamente el artículo 17 en cuestión. Por su

parte, Ayala se apoya en la categoría de *consumidor indirecto* del contrato de seguro y el *principio pro consumidor* como directriz de interpretación.

Al resolver la controversia, la Corte Suprema se apoya en la declaración del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza del SOAT, señalando que el objetivo es proteger los derechos fundamentales de la vida, salud e integridad personal. A partir de esto, sostiene que puede interpretarse que los ocupantes del vehículo no asegurado pueden ser considerados como *terceros no ocupantes* del vehículo asegurado.

En todos los casos el enfoque es el mismo aunque por distintos caminos: se busca dentro del sistema jurídico hacer inteligible un determinado texto normativo a través del estudio lógico formal de los propios elementos que conforman el sistema jurídico –norma constitucional, norma legal, sentencia constitucional.

Cabría hacer una aclaración antes de preguntarse si es este el enfoque adecuado para afrontar el problema de las víctimas en contexto de ausencia de contratación. A diferencia de la discusión en torno al *daño moral, daño a la persona y daño al proyecto de vida*, en este caso el enfoque *dogmático* apela fundamentalmente a valores como la vida e integridad como derecho. ¿Deja por ello ser *dogmático* el enfoque?

La *dogmática* de pensamiento formal cuyo único interés es la sistematización de conceptos axiológicos neutros tiene un quiebre debido a los cuestionamientos por parte de los criterios metajurídicos de justicia material. Mengoni señala que a partir de ello se da la necesidad de “adaptar las estructuras conceptuales del sistema dogmático de derecho positivo a los valores reconocidos (es decir, considerados adecuados para fundarse en el conocimiento) por la ley fundamental o, fuera de la constitución, por la ley marco legal, y por lo tanto la necesidad de un sistema abierto a la integración de premisas de decisión socialmente adecuadas a través de un

trabajo continuo de corrección, expansión y modificación de las propias categorías y reglas de conocimiento.” (Mengoni, 1996, pág. 59).

La *dogmática* según Mengoni ya no pretende universalidad en la concepción del derecho a través de la lógica formal y el análisis deductivo. Los conceptos dogmáticos ya “no representan premisas de decisión indiscutibles, sino puntos de referencia simples, puntos de partida argumentativos para la formulación de hipótesis de solución.” (Mengoni, 1996, pág. 60). La *dogmática* sigue teniendo una función sistemática de comprensión pero no autosuficiente ni creadora (Nogler, 2008). A través de él se verifica la coherencia y correspondencia con el sistema de las soluciones creadas mediante la interpretación⁵¹.

De esta forma, no hay una incompatibilidad de buscar la coherencia del sistema a través de un valor axiológico no neutro, que puede estar expresado, implícita o explícitamente, dentro del sistema jurídico. Esto sucede con la vida y la integridad a la que, tanto la Corte Suprema, el Tribunal Constitucional y los trabajos de Moreno y Ayala, apelan. Siendo un valor reconocido explícitamente en el sistema jurídico es de esperar que a través de él se entienda la normativa.

Sin embargo, en el enfoque *dogmático* sigue siendo característico la ausencia de justificación de los puntos de partida. No existe una elaboración como la del profesor Fernández Sessarego y de existir dejaría de ser *dogmática* para pasar a ser *filosófica*.

⁵¹ Mengoni, pone el siguiente ejemplo: “La experiencia legal reciente en el campo de las obligaciones ha planteado el problema de extender las obligaciones de protección (o seguridad) derivadas a una de las partes de ciertos contratos (arrendamiento, contrato de trabajo, etc.) también a favor de terceros vinculados a la otra parte por relaciones que los hacen parte del mismo riesgo. La solución afirmativa está fundada hermenéuticamente, por un lado, en lo que respecta a la justificación de la excepción al principio de la relatividad de los efectos del contrato (art. 1372 cc), sobre el valor de la solidaridad social, asumido por la Constitución (art. 2) entre los principios fundamentales del orden e interpretado como un criterio de “responsabilidad no solo de los poderes públicos, sino también de la sociedad y de cada uno de sus miembros individuales para la existencia social y, de hecho, cada vez más para el bienestar de los demás”, por el otro, sobre el principio de buena fe contractual en cuanto al fundamento de la obligación en cuestión en la economía del contrato (pagada por el propietario o empleador), y la determinación de la esfera de los sujetos protegidos” (Mengoni, 1996, pág. 61).

Cuando el profesor De Trazegnies, brevemente, planteaba, el problema de las víctimas en contexto de ausencia de contratación era muy consciente del límite de la *dogmática*. Señalaba, en condicional, que de poner énfasis en la compensación se podría incluir en las compensaciones a las víctimas que normalmente quedan fuera por no existir contratación⁵².

No es un trabajo de enfoque *dogmático* el que ponga énfasis en la compensación sino uno distinto, que como se verá más adelante, requiere tener en cuenta el enfoque *económico* y el *filosófico*. La Corte Suprema ha apelado a la vida y la integridad, valores que tienen reconocimiento explícito en el sistema, lo mismo Moreno y Ayala pero ello no es suficiente. Los mismos valores se encuentran en la constitución de Ecuador, Bolivia, Chile, Uruguay y todos difieren en el tratamiento de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*.

Como se vio en el apartado 1.4 las diferencias entre ordenamientos no son pocos: desde a quién imputar los costos de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* hasta determinar qué grupo de víctimas sí y cuáles no reciben cobertura. Existen peculiaridades de cada país que se verán más adelante, como la escasez de recursos para el cabal funcionamiento del sistema o la baja cultura de cumplimiento legal, que deben ser tomados en cuenta y que normalmente escapan del enfoque *dogmático* que tiende a tener como punto de partida el sistema jurídico, como lo demuestran los trabajos de Ayala, Moreno y los pronunciamientos de la Corte Suprema. Este es el límite del enfoque, muy necesario para entender las categorías jurídicas con las que se maneja el lenguaje del derecho pero que no pueden discutir los fundamentos que están detrás con las mismas armas del enfoque *filosófico*.

⁵² Ver capítulo 1.

La interpretación del artículo 17 del reglamento del SOAT a través de normas constitucionales da sentido de unidad a todo el ordenamiento jurídico pero no dice nada sobre las otras *víctimas en contexto de ausencia de contratación*. Como se recuerda del apartado 1.4 no resulta coherente (no a nivel de ordenamiento sino argumentativo) que solo un grupo de *víctimas en contexto de ausencia de contratación* tenga cobertura y las demás no. Como se verá más adelante, para responder estas cuestiones se debe no solo buscar argumentos de una cobertura incluyente sino que sea sostenible, lo primero desde argumentos de filosofía política y lo segundo de herramientas económicas.

2.3 ¿Qué Aporta el Análisis Económico del Derecho a esta Investigación?

La mejor forma de comenzar este subcapítulo es justificando el título del mismo: ¿Qué aporta el análisis económico del derecho a esta investigación? Por un lado, esta pregunta es importante a la luz de las palabras de la Corte Suprema peruana al sostener que, en principio, es irrelevante hablar de costos al momento de definir la cobertura de las víctimas de accidentes de tránsito toda vez que se está protegiendo el derecho fundamental a la vida, integridad y salud (INDECOPI vs PACÍFICO SEGUROS, 2017).

Por otro lado, como se señaló en el estado de la cuestión, uno de los argumentos de las aseguradoras fue que extender la cobertura a favor de un grupo de víctimas en contexto de ausencia de contratación generaría un efecto negativo en la eficiencia del mercado del seguro obligatorio debido a los desincentivos en la contratación.

Entonces ¿Importan los costos? ¿Cuán relevantes son para definir la suerte de las víctimas en contexto de ausencia de contratación? ¿Qué lugar ocupa la eficiencia del mercado del seguro obligatorio? Como se sabe, este tipo de análisis está relacionado con el AED.

Para responder estas preguntas se va a apelar a una discusión nacional que muestra qué se entiende en el Perú cuando se habla del AED. A partir de esto, se van a realizar críticas a ambas posiciones desde las conclusiones que deja el debate Dworkin, Calabresi y Posner y las críticas de Coleman al argumento central del libro *Fairness versus Welfare* de Kaplow y Shavell.

El objetivo principal es conocer cuál es el aporte del enfoque económico al Derecho y cuáles son sus límites.

2.3.1 *El AED en el Perú: ¿perpetuación de la injusticia o defensa del bienestar social? ¿El abanderamiento del libertarismo o neutralidad metodológica?*

En 1993, el filósofo peruano Nieto escribió el artículo titulado *¿Por qué no debemos elegir el Análisis Económico del Derecho?* La respuesta a la pregunta que se plantea el autor es que el AED tiene como “único objetivo enriquecer a unos a costa de empobrecer a otros (según la lógica del modelo “Uno u Otro”), al tiempo que la productividad y la eficiencia se encargan de depredar lo poco que queda virgen y puro en la naturaleza y en la sociedad” (Hernando Nieto, *¿Por qué no debemos elegir el análisis económico del Derecho?*, 1993, pág. 138).

Esta conclusión la repite en el año 2006 en un debate que tiene con Escobar titulado *¿Es el análisis económico del derecho una herramienta válida de interpretación del derecho positivo?* (Hernando Nieto, *El análisis económico del derecho en tiempos neoconstitucionales*, 2006). En este debate, Nieto sostiene que el AED desarrolla “una propuesta “distributiva” desde el denominado *mercado* (espacio de intercambio entre sujetos racionales maximizadores, que satisfacen allí sus preferencias, deseos y necesidades), rigiendo entonces sus propias reglas, las cuales se idealizan hasta alcanzar un estado de eficiencia absoluta, el mismo que podría ser traducido por los seguidores de este enfoque como “estado justo.” (Hernando Nieto, *El análisis económico del derecho en tiempos neoconstitucionales*, 2006, pág. 349).

También sostiene que “la fuerza del análisis económico estaría entonces en privilegiar las elecciones personales y, en caso de conflictos entre estas preferencias, pues simplemente se adoptaría la solución que sea considerada más eficiente desde el punto de vista económico, vale decir, aquella que se logra satisfacer las preferencias personales, tomando siempre en consideración, por ejemplo, que el valor que le asigna una persona a una preferencia se expresa en el precio que está dispuesto a pagar por ella (Posner).” (Hernando Nieto, *El análisis económico del derecho en tiempos neoconstitucionales*, 2006, pág. 349).

En el 2012, el autor vuelve a escribir sobre el AED en “El análisis Económico del Derecho en Tiempos Neoconstitucionalistas”. Sostiene que existe una relación entre el AED y las teorías libertarias de justicia, como la de Nozick, donde el mercado es un medio para proteger derechos fundamentales como la propiedad (Hernando Nieto & Escobar, *¿Es el análisis económico del derecho una herramienta válida de interpretación del derecho positivo?*, 2012, pág. 6). El mercado generaría *bienestar* y a partir de esta se podría juzgar como justa una sociedad.

Muy recientemente, Marciani ha escrito sobre los fundamentos filosóficos políticos y morales del AED⁵³ en el Perú. Sostiene la autora que “las metodologías en el Derecho no son neutrales e, insisto, presuponen ciertos compromisos teóricos.” (Marciani Burgos, Sotomayor Trelles, & Cornejo Amoretti, 2020, pág. 96). En el caso del AED, “los presupuestos utilitaristas o libertarios de varios –quizá los principales- defensores del AED siguen hoy intactos y creo, firmemente, condicionan su mirada del Derecho, de la justicia y ciertamente del AED.” (Marciani Burgos, Sotomayor Trelles, & Cornejo Amoretti, 2020, pág. 98).

⁵³ Es importante señalar que cuando la autora se refiere al AED excluye expresamente al llamado *Law and Economics*, división propuesta por Calabresi. Más adelante se hará referencia a este punto crucial.

La autora desarrolla los argumentos deontológicos, inevitablemente *libertarios*, que estarían detrás de la defensa del *mercado* como expresión de un correcto ejercicio de derechos, calificándolo como *individualismo posesivo*. De la misma manera, argumenta cómo la corriente de pensamiento *utilitarista* da forma al enfoque del AED donde la *maximización de la riqueza* toma el lugar de la *felicidad* en la argumentación *consecuencialista* (Marciani Burgos, Sotomayor Trelles, & Cornejo Amoretti, 2020, pág. 98).

¿Es esta la descripción adecuada del enfoque económico en el Derecho? ¿Propone o presupone el AED un esquema distributivo, es decir, una teoría de la justicia? ¿Busca empobrecer a unos a costo de otros como sostiene Hernando Nieto? ¿La teoría de la justicia a la que apela es necesariamente una de carácter *libertario* y *utilitarista* como sostiene Marciani?

Desde la otra orilla, Escobar responde a Nieto sosteniendo que el AED, en su versión normativa, toma “como criterio diferenciador el de la maximización del *bienestar social*” (Hernando Nieto & Escobar, ¿Es el análisis económico del derecho una herramienta válida de interpretación del derecho positivo?, 2012, pág. 342), entendida como “el agregado de los beneficios obtenidos por cada uno de los integrantes de la sociedad”, que “puede modificarse en función de la opción política que se adopte en torno a la distribución de riqueza.” Por ello, “AED puede ser empleado en una sociedad formal o informal, moderna o tradicional, conservadora o liberal. Asimismo, el AED puede ser empleado por comunistas, capitalistas o estoicos.” (Hernando Nieto & Escobar, ¿Es el análisis económico del derecho una herramienta válida de interpretación del derecho positivo?, 2012, pág. 342)

Lo principal para maximizar el *bienestar social*, según Escobar, es no poner trabas al *bienestar individual* e identificar qué tipo de satisfacciones individuales no están permitidas, como la de lastimar físicamente a otro aunque se esté dispuesto a pagar el precio que corresponda. De

esta forma, el AED “no solo acepta que en ciertos casos es más eficiente confiar únicamente en el control moral, sino que también toma en cuenta las preferencias morales a efectos de identificar qué norma o interpretación es superior a otras.” (Hernando Nieto & Escobar, ¿Es el análisis económico del derecho una herramienta válida de interpretación del derecho positivo?, 2012, pág. 346).

En conclusión, el AED para Escobar es un método para establecer incentivos, a través de las normas, para alcanzar el *bienestar social* definido a partir del *bienestar individual* que no deja de lado la consciencia moral dominante de una determinada sociedad entendida como preferencias: “no ignora los *valores* del sistema; al contrario, los refuerza” (Hernando Nieto & Escobar, ¿Es el análisis económico del derecho una herramienta válida de interpretación del derecho positivo?, 2012, pág. 347).

Como se puede observar, existe una polarización al momento de abordar el AED en el Perú. Y es importante analizarla toda vez que el AED será crucial al resolver el problema que plantea la presente investigación: ¿Se debe apelar al *libertarismo* para otorgar una indemnización a todas o solo algunas de las víctimas en contexto de ausencia de contratación? ¿Debe preponderar la *maximización de la riqueza* al momento de diseñar el sistema para las víctimas en contexto de ausencia de contratación? ¿Debe quedar excluido el análisis de costos al definir la suerte de las víctimas en mención?

2.3.2 De regreso a un imprescindible debate: Posner, Dworkin y Calabresi.

La polarización mostrada en el acápite anterior se encuentra en muchas de las discusiones en las que el AED está presente; girando la atención a temas como la *justicia* o *injusticia*, *libertarismo* e *igualitarismo*, *mercado* o *control estatal*, cuando, ciertamente, ello no es lo que define al AED.

¿Por qué, entonces, la polarización antes mostrada oscurece algún aporte que pueda dar el AED?

El problema puede verse como un nudo que comienza a atarse con el planteamiento de la *maximización de la riqueza* realizado por Posner y la no suficiente profundidad sobre los postulados del AED y su relación con la *justicia* en los primeros trabajos de Calabresi- como él mismo reconoce en una *carta* dirigida a Dworkin con copia a Posner. Y es precisamente en el debate generado entre Posner, Calabresi y Dworkin en el que se puede seguir el camino para desatar el nudo.

Posner sostiene en “*Utilitarianism, Economics and Legal Theory*” que los críticos del AED basan sus argumentos en las conocidas críticas al utilitarismo, basado en la *felicidad*, y a las versiones utilitaristas de la economía que reemplazan *felicidad* por *bienestar* (Posner, Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho, 1998). Siendo que el AED no se basaría ni en una ni en otra sino en la *riqueza*, todas las críticas pierden sentido.

El trabajo en mención de Posner se puede dividir en dos grandes argumentos que se retroalimentan: La primera es mostrar a la *riqueza* como base sólida para formular juicios éticos – a diferencia de la *felicidad*- y, por lo tanto, como guía para las decisiones sociales; la segunda, mostrar cómo calzan muchas instituciones e intuiciones morales en una sociedad que tenga como guía la *riqueza*.

Desarrollemos un poco más los argumentos de Posner. En primer lugar, sostiene el autor que a partir de la *maximización de la riqueza* se pueden derivar derechos sin la necesidad de cualquier otro criterio. Si no hay costos de transacción, sería indiferente a quién se le asigne el derecho pero cuando “los costos de transacción son positivos, el principio de maximización de la riqueza exige que los derechos se atribuyan inicialmente a aquellos que seguramente han de

apreciarlos mejor. Esta es la razón económica para darle a un trabajador el derecho a vender su trabajo y a una mujer el derecho a determinar cuál será su pareja. Si estos derechos se asignaran al azar a desconocidos, por lo general, aunque no siempre, serían readquiridos por el trabajador y la mujer, respectivamente.” (Posner, Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho, 1998, pág. 235).

Además de derivar derechos, la *maximización de la riqueza* exige la protección de los mismos, dándoles un estatus que no tienen ni en el *utilitarismo* ni en las teorías *kantianas*. El principio en cuestión ordena que solo se pueda realizar una transferencia de derechos si existe un acuerdo entre las partes pagando el precio solicitado. De esta forma, sostiene POSNER “el único tipo de preferencia que cuenta es aquel respaldado por dinero” (Posner, Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho, 1998, pág. 228). El *mercado real* es visto como la herramienta por excelencia para llevar a cabo el propósito de protección.

A su vez, toda transacción en el *mercado real* genera riqueza que es compartida por todos los intervinientes. A diferencia de lo que comúnmente se cree, el mercado conlleva una redistribución porque la riqueza creada nunca es apropiada por solo una de las partes de la transacción (Posner, Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho, 1998). Aunque dependerá de la capacidad de pago y de las preferencias para que un bien cambie de manos.

Sin embargo, no siempre el *mercado real* es el centro de la *maximización de la riqueza*. Los *mercados hipotéticos* son utilizados cuando los costos de transacción son lo suficientemente altos y su función es imitar al *mercado real*. El claro ejemplo de ello es la *fórmula de hand*. Esto también da cabida a la formación de remedios legales que se basen en nuestras intuiciones morales como la *justicia correctiva*. Cada vez que existe un accidente que no *maximice la riqueza* se ordena una reparación entre las partes (Posner, Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho, 1998, pág. 237).

Posner no se detiene aquí y señala que la *maximización de la riqueza* promueve las virtudes tales como decir la verdad, cumplir con lo prometido y el altruismo. Ello debido a que “la adhesión a estas virtudes facilita las transacciones, y así promueve el comercio y por lo tanto la riqueza, porque hace menos onerosa la supervisión de los mercados mediante la autoprotección, la pormenorización de los contratos, los juicios, etc. Hasta el altruismo (la benevolencia) se puede interpretar como un principio de ahorro.” (Posner, Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho, 1998, pág. 232).

En resumen, la *maximización de la riqueza* “entraña, primero, una asignación inicial de derechos individuales (a la vida, a la libertad y al trabajo) a sus titulares naturales; segundo, mercados libres que permitan reasignar periódicamente esos derechos a otros usos; tercero, normas legales que simulen las operaciones de mercado en aquellos casos en que el costo de las transacciones de mercado sea prohibitivo; cuarto, un sistema de recursos legales para impedir y corregir la violación de los derechos; y quinto, un sistema de moral personal (las “virtudes protestantes”) que sirva para reducir el costo de las transacciones de mercado.” (Posner, Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho, 1998, pág. 237).

Un año más tarde, Posner presenta “*The Ethical and Political Basis of The Efficiency Norm in Common Law Adjudication*”. En este trabajo aborda los fundamentos morales de la *maximización de la riqueza* limitado a las decisiones judiciales; aunque sin abandonar la idea de sistema ético de decisión social general (Posner, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 1980). La idea de Posner fue apoyarse en el valor de la *autonomía* y del *bienestar* para fundamentar ética y políticamente el principio de *maximización de la riqueza*.

Posner se esfuerza por argumentar que la *maximización de la riqueza* puede ser vista como el resultado de un *consenso implícito* que refleja la *autonomía* de las personas –de aquí su beta *kantiana*- y, a su vez, motivado por las preferencias personales -de aquí su beta *utilitarista* aunque, como se vio, con los límites que el respaldo del dinero otorga (Posner, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 1980, pág. 496). De esta forma, POSNER cree reunir en la *maximización de la riqueza* lo mejor de dos teorías conocidas: supera la visión deontológica *kantiana* que no se fija en las consecuencias y además es sensible a lo que las personas desean sin caer en los problemas clásicos del utilitarismo, como la monstruosidad moral.

Lo apenas señalado se puede representar en el siguiente ejemplo propuesto por Posner: “¿En qué sentido un conductor dañado por otro conductor en un accidente en el que no haya culpa por parte de ambos puede decirse que consintió el daño, para no tener el derecho, bajo un sistema de culpa, a compensación?” (Posner, *The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication*, 1980, pág. 492).

Posner parte de la hipótesis de que un sistema de responsabilidad por culpa es menos costoso que un sistema de responsabilidad objetiva. Se pregunta por qué no se elegiría este último siendo que asegura una compensación *ex -post* aun cuando no exista negligencia. Posner sostiene que los costos que se ahorran con el sistema de culpa son en sí misma una compensación *ex -ante*. Y toda vez que quien quiera asegurar una *compensación ex post* puede recurrir al mercado de seguros, se optaría por el sistema menos costoso, es decir por el que *maximice la riqueza*.

En las elecciones de este tipo, Posner reivindica la autonomía de las personas y el autointerés por sus preferencias. Pero más importante aún es que Posner cree que tras el *consentimiento implícito* en un escenario de accidentes de tránsito donde todos pueden resultar

perdedores y ganadores no hay necesidad de realizar *juicios distributivos*. Esto significa que la *maximización de la riqueza* es neutral a las discusiones sociales sobre a quién se debe preferir.

El ejemplo apenas mostrado puede ser trasladado al objeto de la presente investigación, el seguro obligatorio de accidentes de tránsito. En otro lugar, Posner ha criticado este tipo de sistema de gestión de daños. Ha señalado que el argumento para su adopción es su bajo costo en la gestión del sistema ya que no necesita de un aparato judicial de imputación de responsabilidad, que como se recordará por Falla es muy costoso.

Posner refuta esta idea señalando que si bien tiene bajos costos en la administración, al no generar incentivos de disuasión aumenta el número de accidentes y, por tanto, el costo total de los accidentes (Posner, *El análisis económico del derecho*, 2007). Por el contrario, defiende el sistema basado en la culpa, señalando que sus altos costos de administración pueden compensarse por la disuasión que incentiva. Nuevamente, si se busca *compensación ex -post*, el libre mercado de seguros está disponible.

De esta forma, si es cierto que la *riqueza* cuenta con el peso moral en la sociedad como para ser el criterio social de decisión –por encima de otros- y además es el prisma a través del cual se hace inteligible las instituciones sociales, el AED no es más que el estudio de cómo la *riqueza* se encuentra presente y da forma a todo ámbito del Derecho. Al menos esto es lo que se colige de las ideas iniciales de Posner. Hablar de *eficiencia* es, bajo los postulados de Posner, materializar el mandato de *maximizar la riqueza*.

Posner, en sus propias palabras, asume el “*concepto capitalista de justicia*” y a través de él presenta al AED, pero lo hace de tal forma que parece inseparable lo uno de lo otro: la particular concepción de *justicia* absorbe al enfoque y este no se entiende sin aquella (Posner, *Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho*, 1998, pág. 247). Esta relación se explicaría en términos

descriptivos ya que, como se dijo, las instituciones y valores se vuelven inteligibles a través de la máxima de la *riqueza*. Esto significa que el trabajo de Posner termina siendo no normativo sino descriptivo aunque sea el único en el AED que postule una norma ética que exige *maximizar la riqueza*.

Es aquí donde se puede rastrear uno de los extremos de la polarización que termina por cuestionar qué es realmente el AED. Cuando Nieto o Marciani realizan críticas al AED están partiendo de la concepción de Posner.

Si fuera cierto que esta es la construcción adecuada del AED, la postura de la Corte Suprema al momento de abordar el caso de las víctimas en contexto de ausencia de contratación sería contraria al AED. Si la *maximización de la riqueza* es el fin último para la decisión social, la protección de los derechos a la vida y la salud no se dan de forma independiente a su cumplimiento.

Desarrollé el otro extremo de la polarización: Calabresi no postuló una norma ética semejante y se limitó en uno de sus más antiguos trabajos, *The costs of accidents: economic and legal analysis*, a proponer un esquema general sobre las funciones que *debería* cumplir un sistema de gestión de accidentes: se debe *reducir el costo de los accidentes* en concordancia con la *justicia* (Calabresi, El costo de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil, 1984, pág. 24).

Así, elabora un esquema sobre el tipo de costos que deben reducirse: primarios, secundarios y terciarios. Los primarios son los costos de los accidentes y de evitarlos; los secundarios, los costos de la concentración en una o pocas personas; y el tercero, los costos administrativos.

Una de las ideas centrales del libro es que los distintos tipos de costos entran en tensión. Por ejemplo, una herramienta para afrontar los costos secundarios, la concentración del daño, es

el *seguro*; sin embargo, al no cargar al causante del daño con el costo de sus acciones se relajan los incentivos que tendría para evitar los accidentes; es decir, aumentan los costos primarios⁵⁴.

Por el lado de la *justicia*, Calabresi la concibe como un veto al que, “*al fin y al cabo, debemos pagarle un tributo*” (Calabresi, El costo de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil, 1984, pág. 42). Señala que el sentido de la *justicia* está sometido a la historia y a la concordancia con el contexto moral. Y que muchos cambios en el sistema de gestión de daños por culpa tendrían o no éxito dependiendo de su peso en la *justicia* por encima de la reducción de costos. De esta forma, el autor se limita a trazar límites formales sobre el contenido de lo que sería un sistema de gestión de daños que sea *justo*.

A diferencia de Posner, Calabresi no argumenta en favor de una concepción determinada como la *maximización de la riqueza*. Deja un gran espacio para la discusión de su contenido: podría defenderse, como dice Escobar, posturas comunistas, libertarias, utilitaristas o incluso las de *maximización de la riqueza*. En esto consiste la visión moderada que representa Calabresi y el otro extremo de la polarización que se mostró en el apartado anterior.

De esta forma, cuando se critica al AED de pretender monetizar todo se recurre a Calabresi como un ejemplo para mostrar que existen distintas escuelas. De hecho, esto es lo que hace Escobar en su debate con Nieto; y también, aunque de modo inverso, es la estrategia utilizada por Marciani para criticar el AED: sacar del juego a Calabresi como un mal ejemplo del AED ya que él representaría el *Law and Economics*⁵⁵.

⁵⁴ Al discutir la posibilidad de un seguro obligatorio universal: Sin embargo, Calabresi justifica la obligatoriedad de los seguros contra accidentes a partir de la falta de capacidad de las personas para percibir el riesgo de forma objetiva. Es un seguro obligatorio no del tipo *no-fault* sino de responsabilidad civil. Las reglas de responsabilidad civil siguen en juego debido a la finalidad de reducir los costos primarios.

⁵⁵ Más adelante se retomará el punto sobre el *Law and Economics*.

Pero ¿es esta respuesta satisfactoria para entender el AED? Si lo fuera, se estaría afirmando que el AED, en su diversidad, presupone necesariamente una teoría de la justicia, que sería *libertaria-capitalista* (Posner), pero que también prescinde de ella (Calabresi). Esto parece ser bastante contradictorio. La respuesta consistente en la diversidad de corrientes solo salva al AED del rechazo de quienes ven escépticamente el *capitalismo* pero no aclara la naturaleza del AED. Mientras más se defiende una respuesta como esta es como tirar de lados opuestos de un nudo haciendo más fuerte la atadura que esconde la naturaleza del AED.

Esta forma, tradicional, de rechazar o aceptar el AED esconde los resultados de un debate necesariamente crítico que puede verse en la discusión Dworkin, Calabresi y Posner. Dworkin, entre otros, fue uno de los primeros y principales críticos de los trabajos de Posner y Calabresi. Sus críticas develaron algunos errores en las premisas de Posner e impulsó a Calabresi a preguntarse por lo que realmente es el AED en “*The New Economic Analysis of Law: Scholarship; Sophistry, or Self-indulgence?*” Este artículo, precisamente, termina siendo el camino a través del cual se puede desenredar el nudo iniciado por Posner y que, como se mostró en el apartado anterior, sigue causando polarización en el Perú al momento de abordar el AED.

En “*Is Wealth a Value?*” Dworkin cuestiona la relación entre la *justicia* y la *riqueza* que presentan tanto Calabresi como Posner. En el caso de Posner, como ya se vio, la *riqueza* absorbe totalmente el concepto de *justicia*. Pero esto es un error según Dworkin. La *riqueza* no puede ser valorada por sí misma sino como un medio para alcanzar otros fines, “cualquiera que lo valore más que eso es un fetichista de los pequeños papeles” (Dworkin, 2005).

Uno de los principales errores que encuentra Dworkin es el de la circularidad. Si fuera cierto que la *maximización de la riqueza* es una norma ética autosuficiente, no habría necesidad de apelar a una teoría de la *justicia* ajena a los propios criterios de *riqueza* para establecer un

sistema de derechos. Sin embargo, esto no es cierto como lo demuestra Dworkin. Se supone que los derechos deben asignarse para que *maximicen la riqueza*. Cuando los costos de transacción son bajos, no importa a quién se los asigne; pero cuando sí lo son, debería otorgarse a quien más lo valora de acuerdo a su capacidad de pago. Recuérdese que las preferencias que cuentan son las respaldadas por dinero.

Pero la *valoración* depende de las *preferencias* que, a su vez, dependen de una situación de *recursos* dados. A esta crítica se sumó Calabresi y graficó el punto de la siguiente manera: “*If I have nothing I will value food, if I have food I may wish for sex, if I have both I may lust after law, and if I have law I may desire silence.*” (Calabresi, *The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence?*, 1981, pág. 90)⁵⁶

Si la *riqueza* depende de la *valoración* -que será respaldada por dinero- pero esta es variable de acuerdo a una situación de *riqueza* dada que se traduce en *recursos* que condicionan la misma valoración de las personas, no puede la *riqueza* por sí misma ser una fuente de la que se deriven los derechos con la finalidad de *maximizar la riqueza* sin tornarse circular el razonamiento. La distribución inicial de *recursos* depende de criterios ajenos a la *riqueza* que inevitablemente se enmarquen en una teoría sobre la distribución que es propia de las *teorías de la justicia*.

Además de ello, se cuestiona la *explicación* para aceptar la *maximización de la riqueza* basada en el *consentimiento implícito*. Dworkin sostiene que Posner realmente está pensando en

⁵⁶ La exposición de Calabresi es más simple y elegante pero sirve mostrar la de Dworkin: “Si A es esclavo de B, puede no estar capacitado para recomprar el derecho a su trabajo; aunque si no lo estuviera, B no estaría capacitado para comprarle ese derecho. Si el análisis económico hace depender el derecho inicial de alguien a su propio trabajo del hecho de que compraría el derecho si éste fuera atribuido a otro, ese derecho no puede “derivarse” del análisis económico a menos que sepamos de antemano quién tiene inicialmente ese derecho. Esto se muestra como un círculo vicioso. No podemos especificar una atribución inicial de derechos a menos que respondamos a preguntas que no pueden ser respondidas a menos que una atribución inicial de derechos sea especificada.” (Calabresi, *The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence?*, 1981)

un *consentimiento hipotético* o *contrafáctico* y no en uno *implícito*, es decir tácito pero real. Dworkin cree que Posner confunde estos términos al pensar que se puede derivar *consentimiento* a partir del *autointerés*. El *autointerés* podría ser una razón para aceptar, si se realiza un ejercicio contrafáctico, una regla que *ex ante* me brinde una perspectiva de ganancia, como cuando compro un boleto de lotería, pero de ello no se deriva que con la compra del boleto se *consienta implícitamente* la pérdida; significa que sería *justo* que no ganase dado las reglas normales de la lotería. Dworkin sostiene incluso que en este punto parece que Posner confunde los argumentos de la *equidad* con los del *consentimiento*.

La relación entre la *riqueza* y la *justicia* no puede ser como la propone Posner. ¿Qué hay de la versión moderada de Calabresi? Como se recuerda, la versión de Calabresi daba importancia a la reducción de costos (que no es más que una forma distinta de plantear la *maximización de la riqueza*) aunque sin afirmar que sea la *riqueza* el criterio de decisión social general. Dworkin sostiene que Calabresi está pensando en la *riqueza* como un *valor* instrumental, no absoluto como Posner, pero tan fuerte que en ciertas ocasiones puede llevarse por delante las consideraciones de *justicia* cuando entren en conflicto: un *trade-off*.

El problema con el punto de partida de la crítica de Dworkin es que Calabresi nunca propuso un *trade-off* entre *justicia* y *riqueza* sino, como se mostró líneas arriba, como un *veto* por parte de la *justicia* en contra de la *riqueza*. Si fuera cierto el punto de partida de Dworkin, Calabresi también estaría asumiendo una teoría de la *justicia*, aunque mucho más débil, ya que en casos de conflicto la *riqueza* podría ser el criterio para la toma de decisiones sociales. En suma, el AED no escaparía, en la defensa de los más importantes representantes, de una propuesta de *justicia* que vuelve preponderante a la *riqueza*.

Esta relación problemática lleva a Calabresi a escribir sobre los usos del AED. Atendiendo a la discusión anterior, luego de reconocer su poca profundidad inicial, se pregunta cuándo el AED puede ser aplicado de forma *académica* y no como *sofisma* o siendo *autoindulgente* con las propias preferencias personales.

El AED no está comprometido con la *riqueza* hasta confundirse con ella; ni en su corriente *normativa* ni en la *positiva*. El AED no es, y tampoco brinda, una *teoría de la justicia*. Lo que sí es un enfoque que ofrece gran ayuda para la toma de decisiones sociales o para explicar la lógica de algunas instituciones que de otra forma sería muy complicado.

Sin embargo, según Calabresi, en la aplicación del AED se puede llegar a usos *sofistas* o *autoindulgentes* dejando de lado el uso *académico*. Veamos el primero que es atribuido a Posner.

La idea de la *maximización de la riqueza* es problemática por varias razones. Como se dijo, una de ellas es el razonamiento circular al que se llega cuando se sostiene su autonomía. Pero otra razón es que pretende ser neutral, cuando no lo es, en lo que respecta a discusiones de *teoría distributiva*. En esta supuesta neutralidad se erige bastante de su atractivo.

Calabresi pone como ejemplo la explicación de Posner para aceptar la *maximización de la riqueza*; por ejemplo, todos aceptaríamos, si se nos preguntase, una regla de *culpa* porque con ella estaríamos mejor, dado que es más barato y que si quisiéramos asegurar una compensación *ex-post* contrataríamos un seguro. Esta explicación parece ser neutral en el sentido de que no hace ninguna diferencia ni usa algún criterio para decidir entre unos u otros en lo que respecta a las esferas de protección que la norma de *culpa* brinda a las víctimas.

Sin embargo, Calabresi muestra que asumir consentimiento para la aplicación de dicha regla sí implica una *distribución*. En primer lugar, las personas no se encuentran dispersas en la

sociedad de tal modo que sean afectadas de igual forma; asumir que lo están es ignorar las características de cada uno como distributivamente irrelevantes. Calabresi demuestra su punto comparando el seguro de primera persona con el de tercera persona. En el caso de los seguros de primera persona los menos afectados serían los pobres y los viejos, y los más afectados los que tienen familia numerosa, los relativamente ricos y los de mediana edad. El hecho de que las pérdidas sean menores a las ganancias, que la riqueza se haya maximizado, no evita que se afecte de forma distinta a las personas.

En segundo lugar, la *aversión al riesgo* puede ser crucial entre los distintos grupos al momento de aceptar la aplicación de una norma como la *culpa*. Calabresi pone el ejemplo de que una persona pobre podría no aceptar si la pérdida podría ser grande caso contrario para un rico y esto es válido para los sistemas de responsabilidad civil. La aversión al riesgo puede incluso diferir entre jóvenes y viejos, conservadores o emprendedores. “Siempre y cuando una norma imponga un riesgo igual de pérdida y ganancia en grupos cuya aversión al riesgo difiere, ello tendrá consecuencias distributivas significantes.” (Calabresi, *The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence?*, 1981, pág. 96).

Calabresi no cuestiona la *teoría distributiva* que está detrás de la *maximización de la riqueza* sino que se niegue su existencia. En última instancia se debatirá sobre la distribución que ella implica pero no evaluarla precisamente porque es *neutral* es cometer un error y el presentar el AED de esta forma es un *sofisma*.

Desde que la discusión sobre lo que es *justo* es preponderante al momento de abordar cómo se diseñan las instituciones sociales y toda vez que las interpretaciones de lo *justo* provienen de un amplio espectro de posturas, argüir *neutralidad* es un punto nada secundario. El AED, presentado

de esta forma, no necesita apoyarse de una *teoría de la justicia* porque ya implica una que encaja perfectamente con el *concepto capitalista de justicia*.

Sin embargo, resolver el *sofisma* es darse cuenta que son cuestiones separadas. Quienes critican el uso del AED, a lo Posner, están criticando realmente la *teoría de la justicia* con la que se presenta; o mejor dicho, la aplicación del AED sobre una particular *teoría de la justicia*. Y es esta teoría en particular la que debe estar sometida a *justificación*.

Calabresi sostiene que es dudoso que una sociedad busque reducir el *costo de los accidentes* sin tomar en cuenta sobre quiénes recaen. Por ello, una norma *eficiente*, según la definición de Posner, una que *maximiza la riqueza*, puede perfectamente ser rechazada por una ineficiente que esté más acorde con las preocupaciones sociales sobre grupos determinados. En suma, se debe mostrar abiertamente las consideraciones distributivas para que puedan ser objeto de crítica y no imponerlas subrepticamente. Pero ¿es esto lo que hace Calabresi en su propuesta original?

Analicemos ahora el uso autoindulgente del AED. Calabresi se acusa a sí mismo de estar en esta categoría. Si de nada sirve una norma eficiente, a lo Posner, que contradiga nuestras nociones básicas de justicia, la tarea del AED es reducir los costos sin vulnerar dichos preceptos morales o, incluso, persiguiendo las metas de justicia (Calabresi, *El costo de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, 1984). Esto no es sino una forma distinta de plantear ya no solo el veto del que habló en “*The costs of accidents: A economics and legal analysis*” sino de afirmar que el AED puede ser un medio para alcanzar las metas que imponga la *justicia*. ¿Dónde subyace la *autocomplacencia*?

Es aquí donde Calabresi reconoce su superficialidad inicial. El asumir tanto un límite, llámese *veto* a la *eficiencia*, como una meta de la *justicia* que el AED deba apoyar, es asumir una

distribución aceptable. Y toda vez que esta *distribución aceptable* provenga de las propias preferencias sin ser sometidas a un análisis crítico se está siendo *autocomplaciente*.

Calabresi da el siguiente ejemplo: “Si los únicos perdedores del sistema de una reforma legal de accidentes son los abogados, y hay muchos ganadores, entonces el cambio es deseable. Pero ¿por qué? Porque Calabresi no cree que los abogados deban hacer dinero con los accidentes a expensas de los heridos y las víctimas. Calabresi está en lo correcto, por supuesto, como un ciudadano, pero sus nociones distributivas *ad hoc* no merecen ninguna consideración especial simplemente porque él sea un académico.” (Calabresi, *The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence?*, 1981, pág. 98).

El punto de Calabresi es que la fuente de las premisas sobre las cuestiones distributivas suelen no ser *académicas* ya que no es determinante que provengan de valoraciones propias de *académicos* como él. De esta forma, afirma que el uso del AED para “la crítica del Derecho sería académica siempre que la teoría distributiva presupuesta -aunque inaceptable para algunos- no sea simplemente el punto de vista individual del académico, sino derive del uso de ciertas habilidades con las que el académico tiene mayor manejo que el ciudadano común”. (Calabresi, *The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence?*, 1981, pág. 98).

Se puede no caer en el *sofisma*, siendo explícito con las consideraciones distributivas y reconocer la importancia y lugar de los mismos, pero aun así ser *autocomplaciente* al solo mostrar las preferencias personales sin ningún análisis académico.

¿Qué implica entonces el uso *académico* del AED?

En primer lugar, el uso del AED de forma más autónoma en sus roles normativo y positivo. El primero asume ciertos puntos de partida y ciertos objetivos distributivos para, sumado del

análisis económico, proponer una explicación bastante plausible para alguna doctrina legal que de otra manera sería difícil de explicar (Calabresi, *The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence?*, 1981, pág. 100). Calabresi cita su trabajo en “*Some thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*” como ejemplo del tipo de análisis positivo donde se explica la responsabilidad del superior. Mientras más parezcan válidas las metas distributivas y los puntos de partida que se asumen, “mejor o más plausible parecerá la explicación” (Calabresi, *The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence?*, 1981, pág. 101).

De la misma forma, se puede utilizar el análisis positivo para mostrarnos cómo se han ignorado en el pasado a ciertos grupos por seguir ciertas metas; así como mostrar, qué grupos serían beneficiados y quiénes perderían si se siguieran ciertas metas a futuro. Esto último es precisamente lo que hace Calabresi al criticar la postura de Posner, mostrar que bajo la meta social de la *maximización de la riqueza* se está ignorando ciertas características de las personas que tienen consecuencias distributivas que pueden no ser deseables.

Incluso se puede ir más allá y en un rol normativo se puede, por ejemplo, comparar los sistemas de gestión de daños por accidentes de tránsito para evaluar cuál es el más *eficiente* en lo que respecta a los *costos*. Calabresi sostiene que el académico debe abstenerse de dar únicamente el resultado eficiente escondiendo las consideraciones distributivas como irrelevantes así como *juzgar* el resultado *eficiente* de deseable, indeseable o neutro. Quienes legislan o deciden deberán buscar la combinación más adecuada pudiendo esta no ser del agrado del académico que aplica el AED (Calabresi, *The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence?*, 1981, pág. 103).

En segundo lugar, Calabresi afirma que el AED sumado a un sólido conocimiento académico de las *cuestiones distributivas* puede *juzgar* como aceptable, preferible o rechazable las

propuestas de *eficiencia*. Esto no sería ser *autocomplaciente* ni *sofista* toda vez que proviene de habilidades que se desarrollan en *filosofía* y lo acertado de los presupuestos; por ejemplo, asumir, como lo hace el utilitarismo que el *dolor* y el *placer* son funciones de *felicidad* del ser humano.

Al final del trabajo, Calabresi advierte lo complicado de la tarea de trabajar sobre las *cuestiones distributivas* y el rechazo por parte de muchos economistas a ello –aunque menciona a Amartya Sen como una excepción. Observa también que tampoco se debe caer en sacralizar las *cuestiones distributivas* porque muchas veces enmascaran “explotación, injusticia o simples errores.” (Calabresi, *The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence?*, 1981, pág. 108). El AED debe servir para poner en duda la tradición o para entenderla sin dejar de ser crítico con la traición en sí misma, con las decisiones de la mayoría o valores últimos (Calabresi, *The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence?*, 1981, pág. 107).

Muchos años más tarde Calabresi presenta en “*The future of Law and Economics*” una división de enfoques de la Economía en relación con el Derecho. Si es una relación bilateral, será *Law and Economics*, representado por Calabresi; si la relación es *top-down*, donde la Economía estudia al Derecho como objeto, será *Economic Analysis of Law* representado por Posner. La relación bilateral ayuda a entender cuestiones que de otra forma serían tachadas como irracionales según el modelo *top-down*. Uno de los ejemplos de la relación bilateral es el nacimiento del *Behavioral Law and Economics* (Calabresi, *The future of Law and Economics: essays in reform and recollection*, 2016).

Calabresi aboga por aceptar la complejidad del Derecho y no una sumisión a la Economía. Muchas veces bastará con cuestionar el Derecho a partir de las premisas económicas pero otras no, y en vez de descartar como irracional las regulaciones, se debe preguntar si se puede ampliar

la teoría económica para entender las regulaciones. En esto radica la diferencia entre el *Law and Economics* y el *Economic Analysis of Law*.

Esta es una visión más sofisticada que la que mostró en un inicio pero no mina su principal intención en “*The New Economic Analysis of Law: Scholarship; Sophistry, or Self-indulgence?*”: que el AED, en cualquiera de sus corrientes, no está comprometido con *distribuciones últimas* pero que no por ello deba ignorar las *cuestiones distributivas*; al contrario, su conocimiento académico evita el *sofismo* y la *autocomplacencia*, y conduce al uso *académico*.

Esto no es incompatible con el hecho de que dentro del AED existan distintos enfoques de análisis y que incluso estos enfoques tampoco se comprometan con una teoría económica única. Es más Calabresi es sumamente explícito con esto: “When considering Economic Analysis of Law it is important to remember that the “top-down” examination of the legal world that characterizes it does not imply *any particular* economic theory.” (...) “The same capacity of employ of many economic theories applies also to Law and Economics. The theory that is amplified to make it explain and respond to the actual legal world can be Marxist economics, pure utilitarianism, Vienna transplanted to the Windy City, or Keynes redux in New Haven. It is not the *theory* used that distinguishes the approaches. The theory can vary. It is, rather, the relationship between the theory and the world it examines that separates them.” (Calabresi, *The future of Law and Economics: essays in reform and recollection*, 2016, pág. 7).

Bajo los modelos con los que trabaja la economía, matizados o modificados por otras ciencias como la psicología, se puede criticar el Derecho, explicar ciertas regulaciones, tomar cursos de acción. Si la teoría económica tradicional parece insuficiente, Calabresi recomienda modificarla sin que pierda su esencia (Calabresi, *The future of Law and Economics: essays in reform and recollection*, 2016, pág. 20). Pero siempre que sean importantes las *cuestiones*

distributivas estas no pueden ser ignoradas o neutralizadas; hacer esto último es, como demuestra Calabresi, tomar una posición determinada sobre cómo debe ser la *distribución* y ocultarlo es caer en el *sofismo*.

Mostrado la discusión Calabresi, Posner y Dworkin, volvamos a la discusión peruana que sirvió de punto de partida y luego a los pronunciamientos de la Corte Suprema y algunos de los trabajos mostrados en el Estado de la Cuestión. La discusión peruana mostraba la polarización que consistía, por un lado, en un rechazo total basado en Posner y, por otro, aceptar el AED porque no solo existe Posner, corriente positiva, sino también Calabresi que representa la corriente normativa.

Sin embargo, de acuerdo a lo que se ha mostrado a lo largo de este sub apartado, se puede concluir que ambas posiciones son erradas por distintos motivos. Es cierto que la propuesta de Posner no es la única pero salir del problema alegando pluralidad de corrientes es renunciar a los frutos de la discusión Posner, Calabresi y Dworkin.

Al criticar a Posner no se está criticando al AED sino a la *teoría de la justicia*, que no es otra que el *concepto capitalista de justicia*, que se esconde subrepticamente en su forma de presentar el AED. Calabresi aclara que una vez que se defiendan *académicamente* los puntos de partida de Posner, su presentación puede convertirse en *académica*. Pero esta defensa depende, como se esfuerza en mostrar, en una argumentación filosófica o un estudio empírico sobre las preferencias reales en una sociedad determinada.

Sostener que existe pluralidad de corrientes en el AED para salir del paso es ser condescendiente con el uso *sofista* del AED por parte de Posner. Calabresi muestra que se pueden realizar estudios de corte positivo de las instituciones sociales para explicarlas pero su éxito depende de qué tan acertadas sean las premisas sobre las finalidades de dichas instituciones. Parece bastante dudoso que lo sea la *maximización de la riqueza* sin importar cualquier otro objetivo.

Tanto Marciani como Nieto caen en el sofisma de Posner. Criticar sus trabajos iniciales es caer en el uso *sofista* del AED y es, precisamente, no criticar al AED. La *maximización de la riqueza* no es lo que define al AED.

¿Qué sucede con la posición de Escobar? Es importante detenerse en su respuesta a Nieto. Escobar sostenía que la corriente normativa del AED plantea un modelo de *bienestar social* cuya función se define por el *bienestar individual* que se alcanza a través de la satisfacción de las preferencias individuales. Este modelo no sería nada indiferente a *valores* ni a las preferencias *políticas*. No impone ninguna distribución particular como la *maximización de la riqueza*. Y es más, Escobar es claro en afirmar que por ello el AED puede aplicarse a todo tipo de sociedad. En suma, parece ser un esquema neutral (Hernando Nieto & Escobar, ¿Es el análisis económico del derecho una herramienta válida de interpretación del derecho positivo?, 2012).

¿Cuál es el problema de esta posición? Que no es un enfoque neutral como sostiene Escobar y se aleja de estudiar de forma rigurosa las *cuestiones distributivas*, cayendo en la *autocomplacencia*. Coleman se ha encargado de criticar este tipo de posturas que tuvieron una gran repercusión a propósito de un libro publicado por Kaplow y Shavell, dos profesores de AED, titulado *Welfare vs Fairness*. No es anecdótico que el propio Escobar cite este trabajo en su respuesta a Nieto.

Kaplow y Shavell plantean que todo debate en el Derecho entre *justicia* y *bienestar* debe tener como vencedor al último (Kaplow y Shavell, 2006). Básicamente la razón es que la *justicia* puede ser representada por distintas *preferencias personales* y la satisfacción de ellas generar *bienestar*. Si, por el contrario, la *justicia* es representada de forma autónoma, eso significa que puede causar vulneración al *bienestar*. Dado que el *bienestar* es valioso, se debe optar por ella y someter a la *justicia* interpretada de forma autónoma. El resultado es que la *justicia*, y las

cuestiones distributivas que provienen de ella, son vistas como *preferencias a satisfacer*. Esta es la fuente de la que se nutre la posición de Escobar.

Coleman encuentra serios problemas metodológicos en el planteamiento de Kaplow y Shavell. Entre ellos está que no definen por qué debe ser el *bienestar* o la *justicia* parámetros para evaluar las normas. Ni cuál es el criterio para comparar la *justicia* con el *bienestar*. Lo más grave es que la afirmación de que la *justicia* limita al *bienestar* puede ser interpretada de forma contraria; es decir, el *bienestar* limita las exigencias de la *justicia* –no interpretada como *preferencia a satisfacer* (Coleman, 2004).

Poner al *bienestar*, definido simplemente como *satisfacción de preferencias*, como el eje de las decisiones sociales tiene un doble problema. El primero es que causa el espejismo de neutralidad porque precisamente se trata de *preferencias a satisfacer*. Con lo que respecta a la *justicia*, habrá quienes apoyen la igualdad, la libertad, la felicidad, la comunidad. Dependerá de la suma agregada de preferencias. No hay un compromiso con ninguna en especial (Coleman, 2004).

Sin embargo, se pierde de vista que el propio hecho de elegir el *bienestar* como criterio de elección social es romper con la neutralidad que se profesa. ¿Por qué se debe elegir al *bienestar* en vez de la *igualdad* o la *libertad*? Quizá existan muy buenas razones para ello y puedan ser defendidas en un debate público en las que se sobrepongan por encima de otras razones que avalan otros valores como la *igualdad*. Quienes defienden el esquema del *bienestar*, como Escobar, no están siendo neutrales y la defensa del *bienestar* debe ser explícita no oculta en una supuesta neutralidad.

El segundo problema, íntimamente relacionado al primero, es que el esquema general de la *maximización del bienestar* nos aleja del debate académico y nos acerca a lo que Calabresi denominó *autocomplacencia*. Esto sucede con el propio concepto de *bienestar* pero también con

el contenido del concepto de *justicia* y las *cuestiones distributivas* que de ella derivan. La *justicia* representada únicamente en forma de *satisfacción de preferencias personales* no necesita de ninguna destreza académica, como contrariamente creía Calabresi.

Coleman cuando abordar el concepto de *bienestar* no lo hace a partir de *satisfacción de preferencias personales* sino de lo que es *bueno* para el individuo. El ser humano como agente planificador desea desarrollar planes de vida que muchas veces pueden ser truncados por la satisfacción de deseos. El *bienestar* no se trata sobre deseos o preferencias sino sobre algo valioso del ser humano (Coleman, 2004, pág. 41). Lo mismo que nos hace apreciar el *bienestar* del ser humano es válido para las consideraciones de *justicia*. Su posición es más compleja y parte de un conocimiento más sofisticado del ser humano, así como partía Fernández Sessarego al evaluar la clasificación de los daños en la responsabilidad civil, y no solo de *preferencias*.

Esto no quiere decir que nos debamos adherir a la posición de Coleman sobre el *bienestar*. Lo que quiere decir es que la valoración del *bienestar* únicamente como *satisfacción de preferencias* parece ser bastante insuficiente así como lo es afirmar que la *maximización de la riqueza* es el único fin que debemos seguir como sociedad. Se requiere entonces, como sostuvo Calabresi, de un debate *académico* que evite la *autocomplacencia* así como el *sofismo*.

2.4 ¿A qué Apunta el Enfoque Filosófico?

Como se ha mostrado en los dos últimos acápites, para resolver las preguntas planteadas en esta investigación resulta insuficiente acudir únicamente a la *dogmática* o al AED. Evaluar los puntos de partida no incumbe a ninguno de dichos enfoques. El enfoque *filosófico* si aborda estas cuestiones, muchas veces, de forma directa. En este apartado se va a mostrar un ejemplo del enfoque *filosófico* en relación a los daños que nos causamos los unos a los otros.

Papayannis se ha preguntado: “¿Existe alguna razón para preferir que la gestión de los daños que nos causamos unos a otros sea mediante un sistema de responsabilidad civil en lugar de un fondo social de compensación?” (Papayannis, 2018, pág. 219). La pregunta del autor busca cuestionar cuál es el valor de la responsabilidad civil en contraposición de los mecanismos similares al SOAT. La diferencia fundamental entre estas dos formas de afrontar el daño que nos causamos recíprocamente, es que en la responsabilidad civil existe una exigencia bilateral entre el responsable del daño y la víctima mientras que en los fondos de compensación todos aportan a la compensación del daño sin importar su intervención en el accidente en concreto.

Ambos son mecanismos de afrontar los daños pero contar con la responsabilidad civil por encima del fondo de compensación sería valorar la *justicia entre las partes*. El valor intrínseco de la responsabilidad civil, hacer *justicia entre las partes*, es una razón para optar por esta institución en lugar de los esquemas no bilaterales como los fondos de compensación.

La *justicia entre las partes* sería uno de los elementos de la *justicia correctiva* que es a su vez uno de los principios que explican el razonamiento que está detrás de imputar responsabilidad. El otro principio sería la *justicia distributiva*. Estos dos principios explican y fundamentan la institución de la responsabilidad civil.

Por un lado, la *justicia distributiva* interviene distribuyendo los llamados *deberes y derechos de indemnidad*. Estos definen el ámbito de acción moral de las personas: hasta dónde puedo actuar sin *dañar* a otra persona (*deber de indemnidad*) y, correlativamente, hasta dónde la actuación de un ajeno me puede causar un *daño* (*derecho de indemnidad*). En suma, la responsabilidad civil actúa delimitando *libertades y seguridades*. (Papayannis, 2018, pág. 135).

Pero ¿por qué se distribuyen *deberes y derechos de indemnidad*? Según Papayannis el fundamento de dicha distribución podría encontrarse en la teoría de la justicia rawlsiana. Rawls

sostuve que para que toda persona persiga en autonomía fines valiosos debían contar con ciertos *recursos* llamados *bienes primarios*. La idea es que ninguna persona puede perseguir sus fines si no tiene cierto ámbito de seguridad reconocido así como cierto ámbito de acción libre de reclamos. Por este motivo son valiosos los *deberes y derechos de indemnidad* porque nos permiten llevar adelante nuestros planes de vida en autonomía.

Además de ello, las *cuestiones distributivas* se encuentran presentes en cada regla de responsabilidad civil. Una regla de culpa protege menos que una de responsabilidad objetiva. Es decir, que una posible víctima cuenta con un menor ámbito de *seguridad* si el *factor de atribución* del posible responsable es la *culpa*. Correlativamente, la *libertad* de acción es mayor dado que solo puede ser imputado con responsabilidad si actúa con culpa.

Ahora bien, la distribución de los *deberes y derechos de indemnidad* no pueden explicar por sí mismos la responsabilidad civil. Papayannis sostiene que delimitados los *deberes y derechos de indemnidad* la corrección de los daños puede darse de distintas formas. Por ejemplo, el Estado podría, por un lado, compensar a quien se le vulnera su derecho de indemnidad y, por otro lado, reclamar a quien sobrepasó su deber de indemnidad. Separar la compensación de la víctima de la exigencia al victimario permite justificar la exigencia de un fondo de compensación que puede estar compuesto por *impuestos*, por aportes de cierto grupo como los conductores o propietarios de vehículos a motor.

También es posible que las exigencias de los *deberes y derechos de indemnidad* se hagan no por separado sino al mismo tiempo. Se habilita una institución donde el reclamo de la víctima sea directamente al victimario. Si se halla vulneración a un *derecho de indemnidad* y a su vez se demuestra que el victimario incumplió con su *deber de indemnidad*, entonces se reclamará a este

último la compensación dirigida a la víctima. Esta forma de respetar los *deberes y derechos de indemnidad* exige bilateralidad.

Conceptualmente, no es indispensable reaccionar ante la vulneración de un *derecho de indemnidad* y al mismo tiempo hacer respetar un *deber de indemnidad*. Los fondos de compensación pueden ser eficaces en lo primero al buscar compensar a la víctima a la cual se vulnera su derecho de indemnidad pero no serlo en cuanto a hacer respetar el *deber de indemnidad* infringido.

¿Por qué entonces elegir la responsabilidad civil para afrontar los daños que nos causamos recíprocamente? La respuesta de Papayannis es que en la bilateralidad propia de la responsabilidad civil se consigue algo que se deja de lado en los fondos de compensación: *la justicia entre las partes*. Este concepto implica que las partes puedan dirigirse mutuamente reclamos. El respeto mutuo entre las personas no permitiría que si alguien en particular daña a otra persona no sea aquella quien compense a esta:

“En esta clave, la responsabilidad civil puede interpretarse como una implementación de estas ideas básicas respecto de las obligaciones y responsabilidades mutuas. La idea de responsabilidad y autoridad mutua reafirma la igual consideración y respeto que nos debemos unos a otros. En este sentido, los daños causados a otros son una manera de faltar el respeto, y las demandas de responsabilidad civil son una manera “respetuosa de exigir respeto” (Darwall y Darwall. 2011, 20). (...) El reconocimiento institucional del poder de la víctima de sujetar a responsabilidad al agente dañador, correlativo con la vulnerabilidad de este último en relación con la víctima, ya expresa la idea de respeto mutuo. Y esto resulta a su vez necesario para que el derecho civil reconozca institucionalmente la *dignidad* de las personas. La dignidad no solo nos impone un conjunto

de exigencias respecto de cómo debemos tratar a otros, sino que también conlleva la autoridad para exigir de otros el mismo trato respetuoso sujetándolos a responsabilidad. Los sistemas bilaterales permiten a quienes han sido dañados reclamar al demandando un trato digno, compatible con su estatus de *persona* (Darwall, 206, 13-14 y 33)” (Papayannis, 2018, pág. 141).

Hay una injusticia que no se remedia si abordamos el problema de forma no bilateral. Este es el injusto interpersonal. Optar por la responsabilidad civil es tomarse en serio la idea de respeto mutuo. Sin embargo, el mismo autor sostiene que este *valor intrínseco* de la responsabilidad civil puede no ser suficiente para elegirlo entre otros esquemas.

Papayannis sostiene que la *bilateralidad* puede llevarnos a descuidar preocupaciones importantes como qué sucede con las víctimas luego del daño. De esta forma, sostiene que “el ideal luego de una interacción dañosa, entonces, es la responsabilidad y compensación bilateral de la justicia correctiva. Luego, dentro de los mundos *defectuosos*, tenemos:

- 1) Responsabilidad y compensación en operaciones independientes;
- 2) No responsabilidad y compensación;
- 3) Responsabilidad y no compensación; y
- 4) No responsabilidad, ni compensación.” (Papayannis, 2018, pág. 143)

Optar por la responsabilidad civil llevaría frecuentemente al resultado número cuatro donde no hay responsabilidad ni tampoco compensación. Eso sucedería porque “el remedio bilateral requiere que el demandante sea capaz de identificar al agente dañador en concreto, argumentar que satisface los fundamentos de la responsabilidad y probar los hechos relevantes. Ello supone que el

reclamo de compensación del demandante puede verse truncado en una amplia gama de supuestos.” (Papayannis, 2018, pág. 143).

Las fuentes de frustración de las demandas de responsabilidad pueden ser internas y externas. Entre las primeras tenemos: “a) incertidumbre sobre la causalidad individual; b) incertidumbre sobre los estándares de diligencia; c) incapacidad para poder producir la prueba suficiente según el estándar de prueba relevante, etc.” Entre las externas: “a) [personas] ignorar sus derechos; b) no tienen capacidad económica para iniciar o financiar el litigio hasta el final y aceptan arreglos extrajudiciales claramente desventajosos; o c) fueron dañadas por agente dañadores insolventes, etc. En todos estos casos, la aspiración de realizar la justicia correctiva deja la justicia sin realizar.” (Papayannis, 2018, pág. 144).

Si esto es así, “la implementación de la justicia correctiva es un negocio riesgoso, ya que el fracaso en responsabilizar supone un fracaso en obtener una compensación. En contraste, un mecanismo centralizado, en el cual se aborda la compensación y la responsabilidad de manera separada, hace posible que el Estado fracase en responsabilizar, sin que por ello implique para la víctima una frustración de su derecho a ser compensada. Los mecanismos centralizados brindan una protección mucho más amplia para las víctimas en los aspectos relacionados con su bienestar, aunque el precio a pagar es la renuncia a la subsanación de la falta de respeto.” (Papayannis, 2018, pág. 144).

Por todo esto, el autor sostiene que “si lo único que puede invocarse a favor de los sistemas de responsabilidad civil es que brindan la posibilidad de exigir respeto por parte de los agentes dañadores, y dan a estos últimos la oportunidad de expresar ese respeto mutuo, todo dependerá de cuánto se valore este modo de operar sobre la injusticia relacional y de cuán factible sea para todos

los afectados (incluso las personas más desaventajadas en la sociedad) demandar exitosamente a quienes los han dañado y obtener esta clase de resarcimiento.” (Papayannis, 2018, pág. 144).

Los argumentos que se pueden dar para alegar por un sistema de responsabilidad civil deben tener en consideración la posibilidad de no conseguir nada por buscar la *justicia entre las partes*. Pero también considerar que con otro esquema de compensación no bilateral se renuncia expresamente a restaurar el respeto mutuo entre las partes que se pierde con la interacción dañosa.

Para contraponer qué ganamos al ofrecer un sistema de compensación que integre a todas y cada una de las víctimas de accidentes de tránsito debemos buscar también los fundamentos de dicho sistema de gestión de daños. Pensar en compensar a la víctima antes que restaurar la injusticia relacional en los accidentes de tránsito debido a la gravedad de los daños, la masividad de los accidentes y lo constante de su ocurrencia es un buen inicio para argumentar a favor de un sistema de compensación global. También se ha de considerar lo valioso de un esquema de compensación global imputando los pagos no únicamente a los responsables sino a terceros, ya sea mediante impuestos o *primas*. Existen argumentos contrapuestos para abordar esta cuestión. Dado que un sistema de compensación global se enmarca en lo que sería una política pública social, los argumentos en contra de estas políticas salen a relucir: los esquemas de compensación no bilaterales pueden ser rechazados por argumentos del *libertarismo* como los esgrimidos por Hayek y Nozick, o aceptados por posiciones como la de Rawls, Nussbaum y Sen. Los esquemas complementarios del SOAT, como el fondo de compensación, y de hecho el mismo SOAT, pueden recibir rechazo por parte del libertarismo porque sobrepasa el *Estado mínimo* y se basa en un *espejismo de justicia social* (más adelante tocaremos más detalladamente este problema).

Abordar estos argumentos es a lo que apunta el enfoque *filosófico*. Se ha mostrado muy brevemente el trabajo de Papayannis como un ejemplo de qué valorar en el sistema de

responsabilidad civil. Del mismo modo es necesario un ejercicio similar con respecto a los esquemas no bilaterales. Ahora bien ¿cuál es el límite de este enfoque filosófico?

En este punto sería ideal retroceder al primer capítulo donde se mostró cómo nace el SOAT. Se mencionó que la historia de su gestación se puede explicar a través de una tensión entre la responsabilidad civil, como institución, y la masividad, gravedad y lo constante de los daños en los accidentes de tránsito. El profesor peruano Falla demuestra, desde una perspectiva funcional, la historia del fracaso de la responsabilidad civil en alcanzar las funciones clásicas que se le asignan, entre ellas la de compensar a las víctimas. Lo mismo se podría predicar del SOAT peruano. Si su gesta se dio a través de la búsqueda de la rapidez en la compensación, pero actualmente quedan miles de personas sin alivio económico ante el daño, entonces es parcialmente eficaz.

Un análisis funcional, del tipo que ofrece el AED, puede ser muy útil para evaluar la eficacia de las metas del sistema pero sin metas claras, respaldadas por los fundamentos que la inspiran, el alcance del AED puede ser limitado. Como se vio en el anterior apartado, el uso académico del AED debe ser claro con las premisas que toma y no esconderlas en un análisis supuestamente neutral. Esto no quiere decir que no se pueda usar el AED sin antes conocer las metas sociales *estudiadas a través de un discurso académico*; significa que el AED podrá evaluar las fallas de las instituciones actuales y recomendar qué podría cambiar si deseamos tener ciertos objetivos sociales. Pero nada nos puede decir sobre cuál es el peso normativo de esos objetivos y si existen argumentos necesarios para adoptarlos más allá de ser factible una estructura que sea eficiente. Conocer los fundamentos de las instituciones puede resultar importante pero no lo es todo, su funcionalidad es un aspecto igual de relevante, como las dos caras de una misma moneda.

Es claro, entonces, el límite del enfoque *filosófico*. Esta investigación no pretende mostrar solo un lado: analizar la eficiencia de la estructura del SOAT para alcanzar su eficiencia; busca también mostrar los argumentos que refuerzan tener, o negar, un sistema de compensación global. Aterricemos las conclusiones de este apartado en el problema específico de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*. Podemos evaluar cómo funciona el SOAT actual pero ¿qué razones tenemos para, aun con la ineficiencia del sistema, insistir en brindar protección a las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*? ¿Es porque nos interesa la vida que terminen viviendo las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* que no tengan la protección célere del SOAT? ¿Es porque una estructura social se organizaría de tal modo que prevea estas desgracias que minan la autonomía de las personas? Estas respuestas no las da el AED.

Ahora bien, ¿cómo estructuramos el sistema para cumplir sus metas? ¿En qué incentivos debemos poner énfasis? ¿Cuál es la forma más óptima de distribuir la compensación de todas y cada una de las víctimas de accidentes de tránsito? Estas respuestas no las puede dar el enfoque *filosófico*.

En lo que sigue, el tercer y último capítulo, se van a mostrar estas dos caras de la problemática de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*.

3. Capítulo 3: Fundamentos y Estructura de un SOAT Inclusivo y Sostenible

Las denuncias ante INDECOPI y el Poder Judicial en relación al cuarto párrafo del 17° del Decreto Supremo N° 024-2002-MTC sirvieron para mostrar las inconsistencias del SOAT desarrolladas en el apartado 1.4.2 del primer capítulo. En dicho apartado se plantearon las siguientes interrogantes: ¿qué tipo de sistema de compensación de daños de accidentes de tránsito es adecuado para el Perú? Y ¿cómo se debe estructurar el sistema? De estas preguntas se pueden derivar las siguiente: (i) ¿Debemos integrar a todas las *víctimas de accidentes de tránsito en contexto de ausencia de contratación* a los beneficios del SOAT? ¿Por qué si lo hacemos con el grupo 1 y 3 dejamos al supuesto 2? (ii) ¿Quién o quiénes deben pagar los costos de esa decisión? (iii) ¿Cuál es la razón de estructurar el Fondo de Compensaciones del modo en que actualmente se hace?

Teniendo presente estas preguntas, el capítulo anterior ha mostrado los límites de los enfoques que normalmente son utilizados en el Perú al abordar la problemática de las *víctimas de accidentes de tránsito en contexto de ausencia de contratación*. En términos generales, la *dogmática* puede guiarnos a una mejor interpretación de un texto normativo de acuerdo a un marco normativo (nutrido principalmente por *jurisprudencia*, *otros textos normativos* y lo que se llama *doctrina*, entre otros).

Como se ha visto, la *dogmática* puede orientar la interpretación del cuarto párrafo del artículo 17° del Decreto Supremo N° 024-2002-MTC; basándose en lo señalado por una corte de vértice como el Tribunal Constitucional o una norma positivizada en la Constitución (derecho a la vida, integridad o la salud) o incluso apelando a categorías jurídicas y al principio *pro consumidor*. De esta forma, uno de los grupos de *víctimas en contexto de ausencia de contratación* (grupo 1)

contaría con la protección del SOAT en lugar de transitar por el camino judicial de la responsabilidad extracontractual.

La *dogmática* no va más allá principalmente porque no tiene esa pretensión. No busca dar razones normativas por las que esté justificado preferir en ciertos casos la responsabilidad colectiva a la responsabilidad individual; ni mucho menos decirnos lo ideal en términos de *justicia* o de *eficiencia* de quién debe soportar los costos del daño. No se puede refutar con *dogmática* los argumentos a favor de ampliar o negar la protección del SOAT más allá de decir si dicho cambio será coherente dado el sistema normativo actual. Esto se ha ejemplificado con la discusión entre Fernández Sessarego y Leysser León.

Por su parte, el *enfoque económico*, representado por el AED, es constantemente utilizado para formular argumentos normativos como afectación al *mercado*, incremento de la *prima*, entre otros. Sin embargo, causa una gran polarización entre quienes lo conciben como una herramienta útil para realizar juicios normativos, por un lado, y los detractores que ven al AED como el mejor camino para perpetuar *injusticias*.

El problema de este debate es no entender el carácter técnico del *enfoque económico* para poder separarlo de las propuestas propias de una *teoría de la justicia*. Cuando estas dos cuestiones se presentan de forma única, se cae en lo que Calabresi llama *sofismo*. Sin embargo, no basta con ser transparente con los aspectos *distributivos* o *morales* sino someterlos a una discusión académica pues de otro forma solo estarían reflejando valores propios asumidos acríticamente: *autoindulgencia*.

La idea central es que el norte de la prescripción económica debe ser parte del debate académico con herramientas académicas como la *filosofía política*. El hecho de que la *prima* aumente a causa de extender la protección del SOAT a uno de los supuestos de *víctimas en contexto*

de ausencia de contratación nada nos dice acerca de si es deber del Estado peruano asegurar una protección inmediata y sin exclusión a todas las víctimas de accidentes de tránsito. Como se dijo, esta pregunta es el eje del problema. Si la respuesta es afirmativa, se pueden buscar esquemas alternativos, como en otros países como Uruguay y Ecuador, para extender la protección del SOAT reduciendo al mínimo los efectos negativos económicos.

En este punto el rol *técnico* del enfoque económico es fundamental. Puede guiar un mejor camino para responder la segunda y tercera pregunta. Sin embargo, esto depende de cómo se conciban los deberes del Estado para con las víctimas de accidentes de tránsito. Si negamos que exista dicho deber, aun cuando no existan efectos económicamente negativos, no tendrá sentido avanzar en ampliar la protección. Por el contrario, si reconocemos ese deber tiene sentido preguntarnos por qué el sistema actual limita la protección.

Habiendo mostrado los límites de los enfoques normalmente utilizados, el presente capítulo tiene como pretensión responder a las preguntas planteadas en el primer capítulo. En ese sentido, se pretende desarrollar dos puntos. La primera es la cuestión sobre cómo entendemos los deberes del Estado en relación a los daños en los accidentes de tránsito. La idea central será mostrar que si las consecuencias de los daños que nos causamos unos a otros en el ámbito de los accidentes de tránsito deben ser un problema público y no exclusivamente privado, no existen razones de principio para hacer diferencias en la protección de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*.

La segunda cuestión será analizar la estructura del SOAT como medio para cumplir las exigencias del problema público de los daños en los accidentes de tránsito. La idea principal en este punto es que no basta con responder la naturaleza privada o pública de los accidentes de tránsito sino ver el mejor diseño en la gestión de los daños para alcanzar la protección exigida en

la discusión pública. ¿Es la contratación obligatoria el mejor mecanismo para cumplir con la protección? ¿Existen los recursos necesarios para incentivar la conducta de los involucrados para conseguir la protección necesaria?

3.1 Hacia una Argumentación Razonable sobre el Modelo de Gestión de Daños en los Accidentes de Tránsito.

Al plantearse la pregunta sobre los deberes del Estado en relación a los accidentes de tránsito la respuesta puede ir en dos caminos distintos: concebirlo como público o privado. Que sea una cuestión privada implica que el daño acaecido sea un problema principalmente de las personas involucradas en el accidente. El Estado solo se limita a arbitrar el reclamo de la víctima dirigido al responsable. Debido a que este esquema une necesariamente a la víctima y al agente del daño, se le puede denominar *bilateral* y está representado por antonomasia por la responsabilidad civil extracontractual.

Por otro lado, que sea una cuestión pública conlleva al Estado a tomar un rol distinto. Ya no es el árbitro que dirime sino él mismo el responsable de los daños. Debido a su naturaleza de ente público del Estado, lo que se quiere decir es que la sociedad en su conjunto es la responsable y esto se plasma normalmente en fondos de compensación que por su naturaleza son *no-bilaterales*.

Esta cuestión sobre los deberes y potestades que tiene el Estado es parte de la clásica discusión dentro de la *filosofía política* entre los *liberales igualitarios* y *libertarios* así como exigencias del *enfoque de capacidades*. Esta investigación no pretende zanjar un problema de décadas sino mostrar los principales argumentos que se han esgrimido a favor y en contra; y en la medida de lo posible aclarar algunos malentendidos que ayuden a tomar una mejor decisión en esta discusión.

La tendencia, sin duda, es concebir las consecuencias de los accidentes de tránsito como una cuestión pública aunque existe reticencia en algunos países de la región al momento de generalizar la protección. Esta reticencia representa justamente la fuerza de los argumentos *libertarios* de limitar los deberes del Estado. En suma, en muchos países de la región existen fuerzas políticas contrarias que intentan hacer valer los principios que defienden y no siempre es clara una uniformidad en la protección total a favor de todas las víctimas de accidentes de tránsito. Esto se puede mostrar evaluando las legislaciones de Chile, Ecuador, Uruguay, Bolivia y Brasil.

Conocer los argumentos que se despliegan en esta discusión es central para entender cuál es el norte de la política pública a implementarse. La segunda parte de este tercer capítulo, por el contrario, no discute si existen argumentos a favor para proteger a las víctimas de accidentes de tránsito sino si tenemos los recursos necesarios para hacerlo y evaluar las modificaciones que pueden realizarse.

3.1.1 Breve exposición de argumentos recurrentes en la filosofía política: Rawls, Hayek, Nozick, Nussbaum y Sen.

La pregunta sobre si las consecuencias de los accidentes de tránsito deben ser una cuestión pública o privada es un buen ejemplo del tipo de cuestiones que le interesan a la *filosofía política*. En este aspecto existen posiciones antagónicas dentro del *liberalismo* entre *igualitaristas* y *libertarios*. Explicaré primero estas dos posiciones apelando a Rawls, Hayek y Nozick, enlazándolas con el caso de los accidentes de tránsito.

3.1.1.1 Rawls y los Accidentes de Tránsito. A partir de la teoría rawlsiana sobre la justicia como equidad se puede argumentar que las consecuencias de los daños en los accidentes de tránsito deben ser una cuestión pública y no principalmente privada. En específico un esquema de compensación similar al SOAT sería parte de lo que Rawls llama justicia procedimental de trasfondo. Veamos cómo se llega a esta idea.

Por motivos expositivos la explicación de la teoría rawlsiana se va a dividir en tres partes: (i) cuáles son las exigencias de la *justicia como equidad*; (ii) cómo se llega a ella y (iii) por qué se exige que sea así. Esta separación no implica que estos tres puntos vayan a abordarse de forma exclusivamente separada ya que están íntimamente vinculados.

Comencemos por el primer punto. ¿Cuáles son las exigencias de la *justicia como equidad*? Rawls parte de la idea central de que la sociedad es un *sistema equitativo de cooperación* donde intervienen personas concebidas como *libres e iguales* que son capaces de aceptar una concepción pública de *justicia*. La argumentación de cuáles serán los términos que rijan dicho sistema es el objeto de estudio de la *justicia como equidad*.

Estos términos estarían expresados en la *estructura básica* de la sociedad que no es otra cosa que las principales instituciones sociales, políticas y económicas. A su vez, el contenido de los términos estaría condicionado por los *principios de justicia* que son como siguen:

- a) Cada persona tiene el mismo derecho irrevocable a un esquema plenamente adecuado de libertades básicas iguales que sea compatible con un esquema similar de libertades para todos; y
- b) Las desigualdades sociales y económicas tienen que satisfacer dos condiciones: en primer lugar, tienen que estar vinculadas a cargos y posiciones abiertos a todos en

condiciones de igualdad equitativa de oportunidades; y, en segundo lugar, las desigualdades deben redundar en un mayor beneficio de los miembros menos aventajados de la sociedad (el principio de la diferencia) (Rawls, 2000, pág. 73).

Sobre estos principios es importante señalar tres cosas. La primera es el contenido de cada principio; la segunda, por qué Rawls las concibe en un orden *lexicográfico*; y la tercera, cómo operan estos principios en la *estructura básica*.

El primer principio aborda las *libertades básicas* elaboradas de forma analítica; es decir que se considera qué libertades permiten desarrollar mejor las concepciones particulares del *bien* de cualquiera de los individuos así como juzgar los términos del contenido de la *estructura básica*. Rawls cree que, por ejemplo, las libertades políticas iguales, la libertad de pensamiento, libertad de conciencia y la libertad de asociación son parte de esas *libertades básicas* que todos deberían tener y que tiene como finalidad el desarrollo de la persona en cualquier plan de vida razonable y para juzgar los *principios de justicia* que dan contenido a la *justicia como equidad* (Rawls, 2000, pág. 76).

Este primer principio está íntimamente ligado con la idea de *bienes primarios*, que “son cosas que necesitan y requieren las personas vistas desde la óptica de la concepción política de las personas, esto es, como ciudadanos que son miembros plenamente cooperativos de la sociedad y no meramente como seres humanos al margen de cualquier concepción normativa.” (Rawls, 2000, pág. 90). Esta concepción normativa está dada por las *facultades morales* que se verá más adelante.

El segundo principio se compone de dos partes. El primero es la *igualdad equitativa de oportunidades* que implica una corrección a la conocida *igualdad formal de oportunidades*: cualquier barrera social, económica o de educación debe ser eliminada para que personas con el

mismo talento o habilidad puedan tener las mismas expectativas de alcanzar algún puesto o cargo en la sociedad (Rawls, 2000, págs. 74-75).

La segunda parte de este segundo principio es el *principio de la diferencia* que se ocupa de las desigualdades sociales y económicas. Básicamente, dirige el curso de acción en la producción de alguna actividad económica hacia la mejor alternativa para los *menos aventajados*. Repárese que en ambos principios se encuentra intrínsecamente el concepto de *equidad*.

La importancia de los derechos y libertades básicas para poder juzgar en sí misma la *estructura básica* (es decir, fijar los términos del *sistema de cooperación social*) hace que no se pueda pretender satisfacerse otras necesidades sociales o económicas sin antes asegurar dichos derechos y libertades básicas. En ese sentido el primer principio es anterior al segundo (Rawls, 2000, pág. 77).

La forma en cómo opera la *estructura básica* se da en dos sentidos coordinados que están íntimamente guiados por los *principios de justicia*. En primer lugar, la *estructura básica* refleja las *libertades básicas* en lo que Rawls llama las *esencias constitucionales*; en segundo lugar, la *estructura básica* debe proporcionar “el trasfondo institucional de la justicia social y económica de la forma más adecuada a ciudadanos considerados libres e iguales” (Rawls, 2000, pág. 79). A esto Rawls denomina *justicia procedimental de trasfondo*.

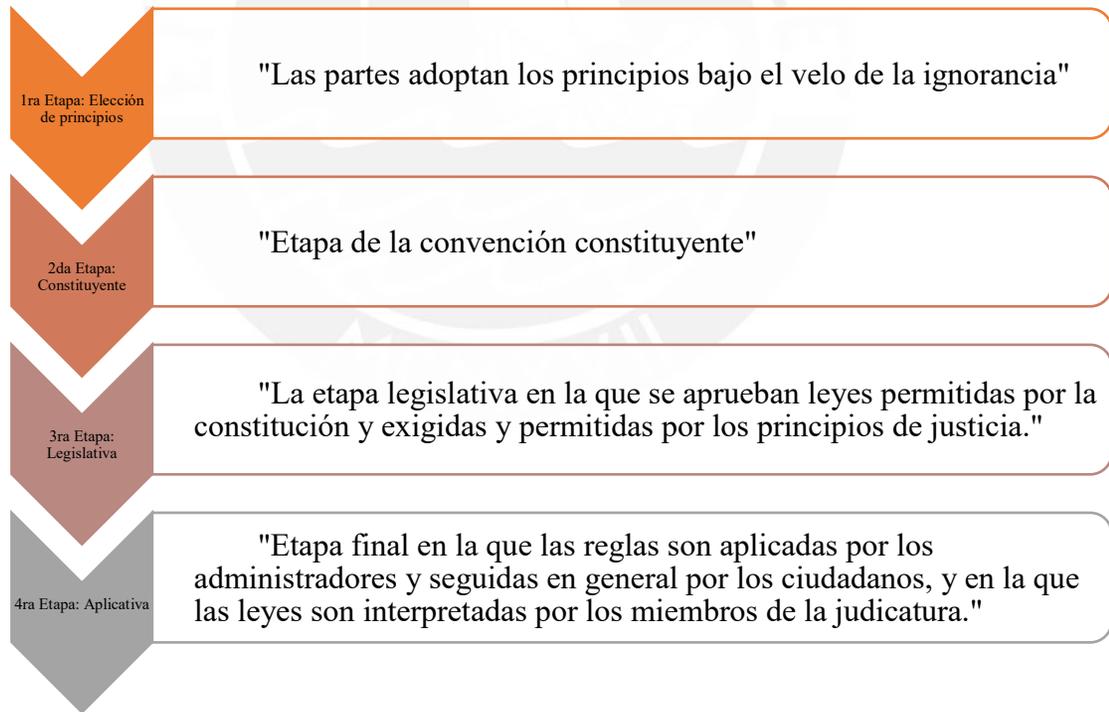
La idea de Rawls es que una vez establecidas las *libertades básicas* debe haber tras bambalinas un mecanismo que asegure la *equidad* expresada tanto en las *libertades* como en las *oportunidades*. Así sostiene que “el término “trasfondo” en el anterior expresión “justicia procedimental de trasfondo” pretende indicar que se deben incluir ciertas reglas en la estructura básica como sistema de cooperación a fin de que este sistema se mantenga equitativo en el transcurso del tiempo, de una generación a otra.” (Rawls, 2000, pág. 82).

Al especificar este punto señala que “por ejemplo, las instituciones de trasfondo deben hacer que la propiedad y la riqueza se mantengan lo suficientemente igual repartidas a lo largo del tiempo como para preservar el valor equitativo de las libertades políticas y la igualdad equitativa de oportunidades a través de las generaciones. Esto lo hacen mediante leyes que regulen la transmisión patrimonial y la herencia, y mediante otros mecanismos tales como los impuestos, usados para prevenir las concentraciones excesivas de poder privado.” (Rawls, 2000, pág. 83).

La aplicación de los *principios de justicia en la estructura básica* se da según Rawls en cuatro etapas:

Figura 6

Despliegue de las Etapas de Justicia en la teoría Rawlsiana.



Nota: Elaboración propia.

La *justicia procedimental de trasfondo* se da principalmente en la tercera etapa y es donde opera el segundo principio y está “detrás de toda clase de legislación social y económica, y de las muy distintas cuestiones que surgen en este punto.” (Rawls, 2000, pág. 80). La idea de *reciprocidad y justicia distributiva* se desenvuelve en este punto. Luego de que actúe la *justicia procedimental de trasfondo* las distribuciones resultantes serán *justas* o al menos no *injustas*.

Rawls sostiene que la distribución con la que operan las reglas de trasfondo se da en base a las expectativas legítimas y no al merecimiento moral (Rawls, 2000, págs. 107-108).

Estas son las exigencias de la justicia pero ¿cómo se llega a ellas? Las ideas fundamentales en este punto son las de *posición original* y *velo de la ignorancia* aunque están entrelazadas con otras como *equilibrio reflexivo* y *consenso entrecruzado*. Sin embargo, se debe empezar por lo más obvio: las distintas opiniones y exigencias de las partes sobre el contenido de los términos del *sistema equitativo de cooperación*.

Rawls resalta la importancia de cómo se llegan a esos términos porque no cualquier forma ni cualquier argumento sería *justo*. Todas las personas tendrán posiciones distintas sobre el contenido de los términos y, en principio, no habría razón para excluir ninguna dentro de lo que se llama *pluralismo razonado*.

A partir de esto Rawls modela una *concepción política* de las personas que sostiene que se encuentra arraigada en la cultura política de las sociedades y no en una moral comprensiva. La persona, en el ámbito político, se define por las siguientes *facultades morales*:

- (i) “poseer un sentido de la justicia: es la capacidad de entender, aplicar y obrar según (y no sólo de conformidad con) los principios de justicia política que definen los términos equitativos de la cooperación social”; y

- (ii) “la capacidad de poseer, revisar y perseguir racionalmente una concepción del bien. Dicha concepción consiste en una familia ordenada de fines y objetivos últimos que define la concepción que tiene la persona de lo que tiene valor en la vida humana o, dicho de otro modo, de lo que considera una vida plenamente valiosa.” (Rawls, 2000, pág. 43).

El acuerdo sobre los términos que rijan la *estructura básica* debe respetar y posibilitar cualquier fin u objetivo razonable de cualquiera de las personas. Por esto se dice que la persona es *anterior* a sus fines y en ese sentido *libre*. También el acuerdo debe respetar las exigencias de todas las personas sobre los términos de la *estructura básica* porque tienen la capacidad moral de trazarse metas siendo parte de la cooperación social así como juzgar y actuar según lo juzgado. En ese sentido son *iguales*.

Ahora bien, Rawls cree que la única forma de llegar a un acuerdo *justo* entre las partes es tomando en serio las cualidades de *libres e iguales*. Y esto solo se puede hacer introduciendo restricciones a la toma de decisiones y argumentos que exponen así como condicionando la posición de las partes al tomar las decisiones. La *posición original* ese lugar ideal donde las personas se representan y seleccionan los *términos de la estructura básica*.

En una situación normal, las personas se encuentran en posiciones dispares al momento de llegar a un acuerdo debido a su clase social, raza, riqueza, educación, entre otros. En ninguno de estos casos se toma en serio a las personas como *libres e iguales*. Por eso, con ayuda del *velo de la ignorancia* se eliminan los obstáculos que impiden llegar a un acuerdo *justo*. Dicho velo elimina las condiciones contingentes de las personas y las sitúa en lugares simétricamente equitativos. “De ahí el nombre: *justicia como equidad*” (Rawls, 2000, pág. 40).

La *posición original* es el lugar ideal donde las personas se representan y seleccionan los *términos de la estructura básica* bajo los limitantes del *velo de la ignorancia*. De esta forma, los

argumentos que son válidos en la *posición original* no pueden ser de cualquier tipo sino argumentos *racionales* limitados por lo *razonable*. “Las personas razonables están dispuestas a proponer, o a reconocer cuando son otros los que proponen, los principios necesarios para definir lo que todos pueden aceptar como términos equitativos de la cooperación.” (Rawls, 2000, pág. 29).

Habiendo limitado los argumentos y puesto a las partes en posiciones equitativas el camino a los *principios de justicia* está allanado. Para llegar a ellos las partes alcanzan un *equilibrio reflexivo* que se da “cuando la persona ha considerado cuidadosamente las concepciones alternativas de la justicia y la fortaleza de los distintos argumentos en su favor” (Rawls, 2000, pág. 57); es decir, que “esa persona ha considerado las principales concepciones de la justicia política que se encuentran en nuestra tradición filosófica y ha ponderado la fuerza de las diferentes razones, filosóficas y no filosóficas, en su favor.” (Rawls, 2000, pág. 59).

Rawls considera que los dos *principios de justicia* que componen la concepción política de justicia sería apoyadas por los distintos grupos en la sociedad debido a que “sus exigencias se limitan a la estructura básica de la sociedad, su aceptación no presupone ninguna visión comprehensiva particular y sus ideas fundamentales son familiares y proceden de la cultura política pública.” Estos “tres rasgos permiten que la puedan asumir diferentes visiones comprehensivas.” (Rawls, 2000, pág. 59). Esto es lo que implica el *consenso entrecruzado*.

Quizá la elección más controvertida es la del segundo principio que implica la *justicia procedimental de trasfondo* que contiene la idea de reciprocidad y resguarda la *equidad*. Algunas consideraciones se pueden decir de cómo se llega a este segundo principio fundamental.

Se debe considerar que la deliberación de los términos en la *posición original* está guiada por la finalidad de que todos los miembros cooperativos de la sociedad disfruten de los *derechos y libertades básicas* definidas en el primer principio. Si no adoptaran el segundo principio, el que

da cuerpo a la *justicia procedimental de trasfondo*, cualquier contingencia social o natural que afecte la posición de las partes, haciéndolas incapaces de disfrutar las *libertades básicas* y los *bienes primarios*, se perpetuaría. Serían personas que no podrían desarrollar sus *facultades morales* y por lo tanto, dejar de tomarlas como *libres e iguales* (Rawls, 2000, pág. 148).

Las partes no eligen el principio de la diferencia por ser extremadamente adversas al riesgo dado las restricciones puestas por el *velo de la ignorancia* en la *posición original*. Por el contrario, la eligen dentro de otras opciones como la *utilidad media* porque están comprometidas con la concepción de las personas como *libres e iguales* y con la idea que se mantenga esa concepción a lo largo del tiempo. El principio de *utilidad media* solo exige una maximización agregativa y no contiene ninguna tendencia a la igualdad o reciprocidad que conllevan los *principios de justicia rawlsianos*. Y por esa razón es descartado.

Como se dijo en las exigencias de la *justicia como equidad*, la *justicia procedimental de trasfondo*, es la que hace posible que la *equidad* se mantenga eliminando las barreras sociales o económicas al acceso de cargos o para disfrutar de libertades básicas como la *libertad de participación política*. Así como el *principio de la diferencia* guía la actividad a la mejor posible para los *menos aventajados*.

Para terminar de mostrar el esquema rawlsiano antes de vincularlo directamente con los accidentes de tránsito abordemos las razones de por qué se exige lo que se exige en la *justicia como equidad*. Varios de los conceptos ya se han dicho cómo la concepción de las personas como *libres e iguales* que proviene de concebirlas con *facultades morales* o la idea de la sociedad como un *sistema equitativo de cooperación*. Sin embargo, detrás y junto a estas ideas subyacen otras que dan fuerza a los argumentos rawlsianos y que son, también, blanco de críticas de la teoría.

Una de estas ideas es la de considerar como *bien común* la distribución de las *dotaciones innatas* dado que ninguno de nosotros se las merece moralmente hablando. Rawls sostiene que “esta afirmación no es más que una perogrullada moral. ¿Quién la negaría? ¿Realmente piensa la gente que (moralmente) se merecen haber nacido más dotados que otros? ¿Acaso piensan que se merecen (moralmente) haber nacido hombres en vez de mujeres, o viceversa? ¿Piensan que se merecen haber nacido en una familia adinerada en vez de una familia pobre? No.” (Rawls, 2000, pág. 110).

El resultado de la explotación de esas dotaciones innatas es moralmente inmerecido. ¿Qué merecemos entonces como parte de una sociedad considerada como un *sistema equitativo de cooperación*? La respuesta de Rawls es concebir el merecimiento no en términos morales sino como *expectativas legítimas*.

Lo que una persona puede legítimamente esperar recibir es dado por las reglas públicas dentro del *sistema equitativo de cooperación* al cumplir su rol en este. Los roles son distintos y no son obligatorios ya que las *libertades básicas* dadas por el *primer principio*, y su prioridad *lexicográfica*, lo impiden. Dependiendo de lo que realice la persona dentro del esquema de cooperación y sus reglas se acreditarán sus expectativas. (Rawls, 2000, pág. 107).

Las reglas públicas están acorde a los *principios de justicia* y no son incompatibles con el concepto de eficiencia al menos que choquen con los *principios*. Existe una libertad en su contenido únicamente con los límites de los *principios*. En el caso de que una persona talentosa, al ejercer su talento, beneficie a los demás, esta podrá esperar una retribución por ello que los demás no tendrán. Esta retribución es un incentivo para desarrollar su talento. A su vez, una persona sin talento innato que es parte del esquema promovido o no por otra persona talentosa, de aquí la cooperación, crea una expectativa legítima, aunque distinta, de los resultados de esa

cooperación. Existe una complementariedad que permite sacar ventaja de las diferencias entre las personas (Rawls, 2000, pág. 111).

Rawls sostiene que “una estructura básica que satisfaga el principio de diferencia recompensa a las personas, no por su lugar en la distribución [de dotaciones innatas], sino por adiestrar y cultivar sus capacidades y por ponerlas a trabajar en aquello que contribuya al bien de los demás y al suyo propio.” (Rawls, 2000, pág. 110) De esta forma, “cuando la gente actúa de este modo se hace meritoria en el sentido requerido por la idea de las expectativas legítimas. La idea de acreditación presupone, como la de mérito (moral), un esfuerzo deliberado de la voluntad que, en cuanto tales, proporcionan la base de las expectativas legítimas.” (Rawls, 2000, pág. 110).

El concepto de *expectativa legítima* permite ver que lo que una persona recibe por su labor luego de haber operado la *justicia procedimental de trasfondo*, en impuestos o, por ejemplo, contribuciones para un fondo de compensación de accidentes de tránsito, no es un robo ni una confiscación.

¿Pero por qué las partes pactarían los dos *principios de justicia* que les impiden disfrutar parcialmente de los beneficios de las actividades que llevan a cabo?

Una razón es la idea de no merecimiento moral de las dotaciones innatas pero esta se complementa con el tipo de razonamiento que seguirían al elegir los términos de la estructura básica. Debido a que este razonamiento está configurado en la *posición original* por el *velo de la ignorancia* la *equidad* es la piedra angular del resultado de dicho razonamiento.

Al considerar las diversas contingencias que pueden vulnerar los planes de vida de cualquiera de las personas en la sociedad, no actúan de forma indiferente llevados por intereses personales. Todo lo contrario. Situados en posiciones simétricas y sin saber quiénes serán en la

sociedad real, apuestan por un acuerdo equitativo para todo aquel que esté envuelto en cualquiera de las contingencias luego de establecer qué libertades básicas. No es tanto el miedo a la posición que podría tocarles como el respeto mutuo que se tienen al concebirse como *libres e iguales*.

Al percibirse *libres e iguales* deseen la mejor vida posible, teniendo en cuenta las limitantes de una sociedad real⁵⁷, representada en los *principios de justicia*. El acuerdo devela un cuidado mutuo; es decir, entraña la idea de *reciprocidad*.

A saber son tres las clases de contingencias:

- a) “clase social de origen, es decir, la clase en la que nacen y se desarrollan antes de la edad de la razón;
- b) Sus dotaciones innatas (a diferencia de sus dotaciones realizadas); y sus oportunidades de desarrollar esas dotaciones en la medida en que se ven afectadas por su clase social de origen;
- c) Su buena o mala fortuna, o buena o mala suerte, en el transcurso de su vida (cómo se ven afectados por la enfermedad o los accidentes y, digamos, por los periodos de desempleo involuntario y el declive económico regional)” (Rawls, 2000, págs. 87-88).

Esto nos lleva a pensar que “si ignoramos las desigualdades en las perspectivas de vida de la gente, que nacen de esas contingencias, y dejamos que esas desigualdades sigan su propio curso sin acertar a instituir las regulaciones necesarias para preservar la justicia de trasfondo, entonces no nos estaríamos tomando en serio la idea de la sociedad como un sistema equitativo de cooperación entre ciudadanos considerados libres e iguales.” (Rawls, 2000, pág. 88).

⁵⁷ Rawls llama a esto las *circunstancias de la justicia* donde incluye la moderada escasez.

La idea de *justicia procedimental de trasfondo* que preserva la *equidad* recoge estas preocupaciones en la *estructura básica*. Las desigualdades que se deben permitir debido a las contingencias no son aceptables pero sí existen otras desigualdades aceptables como las recomendadas por cuestiones de *eficiencia* siempre que se limiten al *principio de la diferencia*.

A grandes rasgos, esta es la teoría rawlsiana de *justicia como equidad*. ¿Cómo se puede armar un argumento a favor de un esquema común de compensaciones por accidentes de tránsito no bilateral?

Los accidentes de tránsito son eventos que ahondan las desigualdades. Si se aceptan en la teoría rawlsiana es porque traen mayores beneficios a todos, no solo a los que poseen los vehículos. Sin embargo, las consecuencias sí pueden repercutir de forma exponencial a los *desaventajados*, alejándose del punto de *equidad* deseado. De esta forma, la *justicia procedimental de trasfondo* debe actuar. El esquema bilateral, representado por la responsabilidad civil, se muestra insuficiente toda vez que en muchos casos no se alcanza la indemnización. En cambio, un esquema *no-fault* que no condicione la indemnización exclusivamente a la contratación de la póliza, asegura un monto de indemnización que *podría* evitar que las desigualdades se acentúen.

En ese sentido, al menos para los accidentes de tránsito, los intervinientes en la *posición original* tendrían mayores razones para optar por un esquema como el apenas descrito por encima de la *responsabilidad civil* clásica o el SOAT que condicione las indemnizaciones a la contratación de la póliza.

3.1.1.2 Nozick y Hayek. Nozick argumenta que lo único que se puede justificar es el llamado Estado mínimo. Veamos en qué consiste. El autor empieza su argumentación con la siguiente pregunta: “¿Si no existiera el Estado, sería necesario inventarlo? ¿Sería requerido uno y habría que inventarlo? (...) ¿Por qué no tener anarquía?” (Nozick, 2014, pág. 17).

La premisa que utiliza es la del Estado de naturaleza tal como la plantea Locke en su *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, donde “se encuentran en un estado de perfecta libertad para ordenar sus actos y disponer de sus posesiones y personas como juzguen conveniente, dentro de los límites del derecho natural, sin requerir permiso y sin depender de la voluntad de ningún otro (...) Los límites del derecho natural exigen que “nadie deba dañar a otro en su vida, salud, libertad o posesión”.” (Nozick, 2014, pág. 23). Como es previsible surgen diversos problemas en el estado de naturaleza que ponen en riesgo la vida, seguridad, y posesiones⁵⁸.

“¿Cómo podría uno enfrentar esas dificultades en un estado de naturaleza?” (Nozick, 2014, pág. 24). La idea de Nozick es que ninguna organización privada puede afrontar de forma idónea los problemas de estado de naturaleza, no pueden poner a salvo los problemas de vida, seguridad y posesiones de los objetos que tienen las personas. Podrían aparecer múltiples organizaciones privadas que compitan entre ellas y unas sobresalir sobre otras dejando a ciertos individuos desprotegidos; a su vez, cada una puede exigir un pago por la protección en distintos grados y clases. Por esto sostiene que “hay al menos dos formas en que puede considerarse que el esquema de las asociaciones de protección privada difiere de un Estado mínimo, podría no satisfacer la concepción mínima de un Estado: 1) parece permitir a algunas personas imponer sus propios

⁵⁸ Nozick, 2014: “De esta manera, la aplicación privada y personal de los propios derechos (incluyendo los que son violados cuando se es en exceso castigado) conduce a contiendas, a series interminables de actos de represalia y de exigencias de compensación.” (Nozick, 2014)

derechos, y 2) al parecer no protege a todos los individuos dentro de su ámbito.” (Nozick, 2014, pág. 37).

Se necesita algo más que un acuerdo privado, como creía Locke. Someter la protección de las personas exclusivamente al acuerdo privado podría llevarnos a un Estado *ultraminimo* donde se excluyan a personas que no puedan contratar los servicios de protección. Si esto es así, el *Estado mínimo*, que sí brinda una protección global sobre la salud, vida, protección a los bienes de las personas y cumplimiento de contratos, requiere que unos paguen por otros; es decir sería redistributivo. ¿Es esto justificado? ¿Por qué no entonces perseguir otros fines redistributivos?

La idea de Nozick es que dado que el Estado mínimo es el necesario y suficiente para proteger los intereses de todos en el estado de naturaleza, disminuirlo, al *ultramínimo*, o extenderlo, al Estado de bienestar, viola los derechos de las personas. Si esto así, entonces, no existe en *Estado mínimo* una finalidad genuina de redistribución sino de protección a todos. Es cierto que existe una subvención a otros por el pago de protección de la vida, integridad y posesiones al crear y hacer que funcione el *Estado mínimo* pero no podría ser de otro modo (Nozick, 2014, págs. 117-118).

Ahora bien, extender el *Estado mínimo* a uno de bienestar implicaría no tomarse en serio el imperativo categórico kantiano sobre que las personas son fines en sí mismas y no medios: “Sostengo que las restricciones morales indirectas sobre lo que podemos hacer reflejan el hecho de nuestras existencias separadas. Estas restricciones reflejan el hecho de que ningún acto moralmente compensador puede tener lugar entre nosotros; no hay nada que moralmente prepondere sobre una de nuestras vidas en forma que conduzca a un bien *social* general superior. No hay ningún sacrificio justificado de alguno de nosotros por los demás. Esta idea básica, a saber: que hay diferentes individuos con vidas separadas y que, por tanto, ninguno puede ser sacrificado

por los demás, sirve de fundamento para la existencia de restricciones morales indirectas, pero también, creo yo, conduce a restricciones libertarias indirectas que prohíben agresión contra otros” (Nozick, 2014, pág. 45)

En Nozick existen *restricciones libertarias* que prohíben perseguir fines por encima de los derechos de los demás. Esto implica tomarse en serio la separabilidad de las personas y el imperativo kantiano. Esta es una crítica directa a Rawls y a su principio de diferencia. A diferencia de la *justicia distributiva* que implica en Rawls una corrección de las inequidades generadas por la dinámica social, donde podría haber un sistema de compensación global a las víctimas de accidentes de tránsito, Nozick considera lo siguiente: “Si el mundo fuera completamente justo, las siguientes definiciones inductivas cubrirían exhaustivamente la materia de justicia sobre pertenencias.

- 1) Una persona que adquiere una pertenencia, de conformidad con el principio de justicia en la adquisición, tiene derecho a esa pertenencia.
- 2) Una persona que adquiere una pertenencia de conformidad con el principio de justicia en la transferencia, de algún otro con derecho a la pertenencia, tiene derecho a la pertenencia.
- 3) Nadie tiene derecho a una pertenencia excepto por aplicaciones (repetidas) de 1 y 2.

El principio completo de justicia distributiva diría simplemente que una distribución es justa si cada uno tiene derecho a las pertenencias que posee según la distribución.” (Nozick, 2014, pág. 154). El primer principio sería el de *adquisición*, el segundo el de *transferencia* y el último exigiría una *rectificación* si no se han dado los dos anteriores. Así se sostiene que “una distribución es justa si surge de otra distribución justa a través de medios legítimos. Los medios legítimos para pasar de una distribución a otra están especificados por el principio de justicia en la transferencia.

Los primeros “pasos” legítimos están especificados por el principio de justicia en la adquisición. Cualquier cosa que surge de una situación justa, a través de pasos justos, es en sí misma justa. Los medios de cambio especificados por el principio de justicia en la transferencia conservan la justicia.” (Nozick, 2014, pág. 158).

El gran argumento de Nozick para rebatir las exigencias distributivas del segundo principio rawlsiano es que aun imaginando una distribución ideal equitativa la libertad tiene el poder de deshacerla. Para demostrar esto el autor recurre al conocido ejemplo de Wilt Chamberlain. El ejemplo parte de la idea de que todos tengan una distribución igual de dinero pero que deciden pagar un poco por ver al famoso basquetbolista. Poco a poco la nueva distribución de recursos ha cambiado considerablemente, a una desigual donde el basquetbolista es millonaria, y esto a partir de una distribución considerada justa por una pauta determinada con la *igualdad*. Esto se ha dado sin violar ningún derecho: de forma totalmente voluntaria. Entonces, si una distribución totalmente desigual, proviene de una distribución igualitaria, calificada de justa, y no se ha violado ningún derecho, aquella distribución final totalmente desigual, debe ser también justa. (Nozick, 2014, págs. 163-165).

Con esto, Nozick quiere demostrar que la libertad puede revertir cualquier pauta pensada en la distribución.

Aterricemos el caso a los sistemas de compensación masiva en los accidentes de tránsito. Si sostenemos que dichos sistemas se dan con la finalidad de que las personas tengan mayores recursos para perseguir sus fines en autonomía, siguiendo a Rawls, y no caigan en un estado tal que no puedan ejercer válidamente su libertad; aun recibiendo dicha compensación podrían dirigir sus recursos al disfrute de ver el espectáculo que ofrece el basquetbolista dotado del momento. De esta forma, la rectificación de la *justicia procedimental de trasfondo* puede ser revertida por un

ejercicio voluntario de la libertad. Parecen ser inútiles los esfuerzos dirigidos a mantener una distribución pautada.

Este argumento, funcional, no debe ocultar el que surge de la *separabilidad de las personas* que prohíbe usar a otros como medios. Nozick va más allá y relaciona la protección de otros mediada por la fuerza del Estado con la esclavitud. (Nozick, 2014, pág. 246). Que el Estado fuerce a algunos a prestar parte de su trabajo, medido en impuestos, para conseguir fines que pueden ser ajenos a ellos pero valiosos para otros, los más necesitados, sería comparable a esclavizar a dichas personas.

Es importante señalar que el *Estado mínimo* tiene una formación espontánea no pautada. La protección de los derechos de todos en un territorio dado lleva de forma no consentida al monopolio de la fuerza por el Estado con límites muy claros que no pueden ser extendidos sin que se violen esos mismos derechos que se quieren proteger. Nozick describe este proceso utilizando el concepto de *mano invisible*. Una sociedad libre no se guía por los principios de justicia rawlsianos sino configuran las instituciones de forma tal que respetan los derechos de todos y

En suma, “el Estado mínimo nos trata como individuos inviolables, que no pueden ser usados por otros de cierta manera, como medios o herramientas o instrumentos o recursos; nos trata como personas que tienen derechos individuales, con la dignidad que esto constituye. Que se nos trate con respeto, respetando nuestros derechos, nos permite, individualmente o con quien nosotros escojamos decidir nuestra vida y alcanzar nuestros fines y nuestra concepción de nosotros mismos, tanto como podamos, ayudados por la cooperación voluntaria de otros que posean la misma dignidad. ¿Cómo *osaría* cualquier Estado o grupo de individuos hacer más, o menos?” (Nozick, 2014, pág. 319).

Para cerrar este apartado de Nozick es ideal mostrar cómo se crearían de forma espontánea los seguros de responsabilidad civil de automóviles. La idea parte de preguntarse “¿viola alguien los derechos de otro al realizar una acción sin medios suficientes o sin cobertura de seguro para cubrir estos riesgos? ¿Puede prohibírsele hacerlo o castigársele si lo hace? Toda vez que un número enorme de acciones efectivamente incrementan el riesgo que corren los otros, una sociedad que prohibiera tales acciones no cubiertas encajaría mal en la imagen de una sociedad libre como aquella que contiene una presunción en favor de la libertad, como una sociedad en la cual a las personas se les permitiera realizar acciones siempre que no dañen a otros en forma específica.” (Nozick, 2014, pág. 85).

Este es un caso claro de los accidentes de tránsito. Donde la circulación de los vehículos a motor introduce un riesgo claro que no siempre se materializa. Prohibir esta actividad, *ex ante*, parece no estar acordó a la libertad. Sin embargo, la otra cara de la moneda son las posibles víctimas. “¿cómo se puede permitir a las personas crear riesgos a los demás, a los cuales no están en posición de indemnizar si fuera necesario? ¿Por qué deben algunos tener que cargar con los costos de la libertad de otros? como quiera que sea, prohibir actos riesgosos (en virtud de que son financieramente no cubiertos o porque son muy riesgosos) limita la libertad de actuar de los individuos, aun cuando la acción, efectivamente, pudiera no implicar costo a alguien más en absoluto.” (Nozick, 2014, pág. 85).

Esto crea un dilema, prohibir a los insolventes manejar vehículos a motor limita su libertad pero dado que no tienen los recursos para indemnizar los posibles daños se puede generar un problema a las posibles víctimas ya que no van a ser indemnizadas. La prohibición de un acción como la de manejar vehículo a motor puede causarle a dicha persona una *desventaja* sustancial dado que “algunos tipos de acciones son generalmente realizados, desempeñan un papel

importante en la vida de las personas y no pueden prohibirle a una persona sin producirle una desventaja seria.” (Nozick, 2014, pág. 88).

Una posible solución que da Nozick es a partir de la formulación del *principio de compensación*, que se formularía de la siguiente manera: “cuando una acción de este tipo se prohíbe a alguien porque *podría* causar daño a otro y es especialmente peligroso cuando la realiza, entonces aquellos que prohíben (la acción) con el propósito de obtener un incremento en su seguridad tienen que indemnizar a la persona a la que se le prohíbe dicha acción, por la desventaja que la colocan.” (Nozick, 2014, pág. 88).

Dado este principio, Nozick sostiene que las personas que *únicamente* las personas que pueden sufrir *desventaja* al prohibirles la actividad riesgosa deben ser *compensadas* por aquellas a quienes su seguridad aumenta por dicha prohibición. Sin embargo, esta *compensación* puede servir para comprar un seguro de *responsabilidad* para poder ejercer la acción antes prohibida. Teniendo dicho seguro y pudiendo indemnizar los daños de la acción riesgosa, la acción ya no podría ser prohibida⁵⁹.

Esto haría nacer de forma espontánea un seguro de responsabilidad civil de accidentes de tránsito. Pero nótese que estaría basado en la posibilidad de prohibir las acciones riesgosas de personas que no tienen cómo indemnizar los daños que efectivamente causan. Al hacer posible la prohibición en ellos se genera el derecho a que sean compensados por dicha prohibición y es con ese dinero de su compensación que financian el ejercicio de la acción riesgosa; al provenir ese dinero de las posibles víctimas, quienes terminan pagando *parte* de sus propios daños serían ellas.

⁵⁹ La explicación completa se encuentra en Nozick, 2014, págs. 118-119.

Nozick reconoce, con sorpresa, que esto puede interpretarse como un aspecto redistributivo del *Estado mínimo*, muchas veces negado. (Nozick, 2014, pág. 119).

Sin embargo, nuevamente acude a las razones de la *supuesta* redistribución, como lo hace para justificar el *Estado mínimo*. Lo que hace redistributiva una acción del monopolio del *Estado mínimo* no son sus efectos sino las razones por las que las lleva a cabo. En este caso es para proteger la no limitación de la libertad de quienes realizan acciones riesgosas. Como se dijo líneas arriba, prohibir una acción riesgosa, ex ante, no materializada no es acorde a los principios libertarios. Pero si lo hacemos, debemos buscar compensar a dichas personas por ello.

Dicho esto sería bueno mostrar que si bien se justifica la creación espontánea de los seguros de responsabilidad no pasa lo mismo con un sistema de compensación global, como sería el SOAT y los esquemas complementarios estudiados en el capítulo primero. ¿Qué sucede con las personas que ganan en seguridad por la prohibición de las acciones riesgosas no pueden compensar a quienes se les ha prohibido la acción? Si esto ocurre, entonces, no hay posibilidad de financiar el seguro de responsabilidad y tampoco es posible la indemnización del daño, por lo que pueden quedar muchas víctimas sin compensar. ¿Podemos buscar compensación para ellas bajo el *Estado mínimo*? Lamentablemente no porque una política que lo permitiese tendría que exigir a los ciudadanos *cuotas* para poder cubrir daños que les son ajenos. Recuérdese que estamos en el supuesto de que el causante del daño no tiene el dinero para indemnizar los daños. Dado que no hay un fin social supremo y no podemos utilizar a las personas como medios para cumplir metas que les son ajenas, esta posibilidad del SOAT con esquemas complementarios estaría prohibido. Todo dependería de la buena voluntad de las personas y de la caridad. (Nozick, 2014, pág. 257).

Por otro lado, dentro de las posiciones que podemos encontrar que nieguen un sistema de compensación global apoyado por el mandato del Estado se encuentra a Hayek. La argumentación

de Hayek sobre cómo se estructura el Estado difiere abiertamente con el concepto de *justicia procedimental de trasfondo* de Rawls pero también con la idea de *Estado mínimo* de Nozick. A continuación se va a presentar brevemente su posición.

Lo primero que habría que señalar y que sirve de contexto a Hayek es la idea de la *gran sociedad* en contraposición de las sociedades *tribales*. La *gran sociedad* es la sociedad de la segunda mitad del siglo XX donde conviven millones de personas, todas distintas en lo cultural, religioso y, sobre todo, con respecto a sus fines propios de vida; por el contrario, la *sociedad tribal*, conformado por lazos familiares, es la sociedad donde se comparte los mismo valores y los mismos fines (Hayek, Derecho, Legislación y Libertad, 2014).

En la *gran sociedad* no solo los fines de las personas suelen ser distintos sino contrarios; se pensaría que la cooperación en tal sociedad se vería constantemente frustrada. Por el contrario, en la *sociedad tribal* donde la escala, jerarquía de valores y gobiernos reducidos haría posible la cooperación para los mismos fines.

A partir de esto, se pregunta, retóricamente Hayek, ¿qué hace posible que en la *gran sociedad* exista un desarrollo mucho mayor que en las *sociedades tribales*? La idea central del autor es que *únicamente* es posible ello a partir de un orden espontáneo que se forma a través de respetar las llamadas *normas de recta conducta*. Y esta es la principal tarea del *Estado*.

Con respecto a estas normas, Hayek (2014) sostiene que “hemos elegido la expresión “normas de recta conducta” para designar aquellas normas no referidas a un fin y que contribuyen a la formación de un orden espontáneo, por contraste con las normas de organización que se ordenan a un fin particular. Las primeras constituyen el nomos en que se sustenta una “sociedad de derecho privado” y hace posible una Sociedad Abierta.” (pág. 219).

El concepto de *normas de recta conducta* se caracteriza por ser abstracto. El autor sostiene que estas normas nacen y se van depurando a través de una especie de selección artificial jurídica judicial. Solo sobreviven las normas que hacen posible el desarrollo de una sociedad. “El carácter distintivo de las normas que el juez debe aplicar, y debe tratar de formular y sancionar, se comprende mejor si recordamos que está destinado a corregir las perturbaciones de un orden general que nadie ha creado y que no se basa en el hecho de que a los individuos se les haya dicho qué es lo que tiene que hacer” (Hayek, Derecho, Legislación y Libertad, 2014, pág. 124).

Las *normas de recta conducta* están ahí no a partir de la legislación sino que la presuponen como límite a ella: “no todo derecho puede ser producto de la legislación, sino que más bien el poder de legislar presupone el reconocimiento de ciertas reglas comunes; y estas reglas, que constituyen la base de ese poder, también son capaces de limitarlo.” (Hayek, Derecho, Legislación y Libertad, 2014, pág. 124). De esta forma, “lo que conocemos como aparato jurídico se ha desarrollado siempre a través de un esfuerzo para asegurar y realizar un sistema de reglas ya observadas previamente” (Hayek, Derecho, Legislación y Libertad, 2014, pág. 126).

El *nomos* o la *ley de la libertad* es el marco que hace posible que las personas aprovechen de la mejor forma el conocimiento y las habilidades que tienen y al hacerlo, sorprendente e involuntariamente, benefician a las demás personas. La *gran sociedad* solo puede explicarse a través de permitir que las personas usen de forma libre para los distintos fines que cada uno persiga sus conocimientos y habilidades. La imposición de una escala de valores o una persecución de fines único va en contra de ello. En ese sentido, son las *normas de recta conducta* las que protegen la *libertad* de las personas y delimitan la esfera de actuación de las mismas. Pero lo hacen de tal manera que dejan en ellas, las personas, la potestad de elección sobre qué y cómo hacer con sus conocimientos, habilidades y posesiones.

La idea de respetar las *normas de recta conducta* crea un marco que hace posible el orden espontáneo de mercado. Cuando se respetan aquellas *normas* las personas para alcanzar sus distintos fines buscan intercambios entre ellos. No tiene que compartir sus fines solamente buscar los medios en otros que lo hagan posibles y alcanzar un acuerdo voluntario de quien posee el conocimiento o habilidad complementaria.

El *Estado* no puede conocer qué es lo que las personas desean o quieren, darle la tarea de asignar las relaciones sociales de tal manera que las personas obtengan lo que desean es imposible. Lo mejor es que únicamente garantice el marco ideal para que se lleven a cabo los acuerdos que hagan posible la obtención de metas desconocidas. De esta forma, el *bienestar general* se define de la siguiente manera:

“El hecho, sin embargo, es que en una Gran Sociedad en la que las personas han de ser libres de utilizar su propio conocimiento para sus propios fines, el bienestar general que debería proponerse un gobierno no puede ser la suma de las satisfacciones particulares de los distintos individuos, por la simple razón de que ni el gobierno ni ninguna otra entidad puede conocer éstas ni todas las circunstancias que las determinan. (...) El más importante de los bienes públicos que se le exige al poder político no es por tanto la satisfacción directa de ninguna necesidad particular, sino asegurar las condiciones en las que los individuos y grupos menores tengan oportunidades favorables de atender mutuamente a sus respectivas necesidades.” (Hayek, Derecho, Legislación y Libertad, 2014, pág. 188).

Seguir las *normas de recta conducta* hace posible el concepto de *catalaxia*. Esta indica “la ciencia que estudia el orden de mercado se sugirió hace mucho tiempo, y recientemente ha sido exhumado, el término “catalaxia”, que considero conveniente emplearlo aquí. El término “catalaxia” deriva del término griego *katallatein* (o *katallassein*) que, significativamente,

denotaba, no sólo intercambiar, sino también admitir en la comunidad y convertirse de enemigos en amigos. (...) Una *catalaxia* es, pues, un tipo especial de orden espontáneo producido por el mercado a través de individuos que actúan según las normas del derecho de propiedad, el contrato y exclusión del fraude” (Hayek, Derecho, Legislación y Libertad, 2014, págs. 310-311).

A diferencia del concepto clásico de *economía* que “consiste en un complejo de actividades a través del cual se destina un determinado conjunto de medios, de acuerdo con un plan unitario, a unos fines en competencia según su importancia relativa. El orden de mercado no sirve a un semejante orden único de fines. En este sentido, lo que generalmente se define como economía social o nacional no es una única economía sino un sistema de economías entre sí. En el orden de mercado (...) [las] actividades no están gobernadas por una única escala o jerarquía de fines.” (Hayek, Derecho, Legislación y Libertad, 2014, págs. 309-310). En ese sentido, “el cosmos de mercado no es ni podría ser gobernado por esta única escala de fines; el mismo sirve a los fines separados e inconmensurables de todos sus miembros particulares” (Hayek, Derecho, Legislación y Libertad, 2014, pág. 310).

La *catalaxia* no sería posible con un orden distinto creado por el respeto a las *normas de recta conducta*. En la *gran sociedad* “el principal objetivo común de sus miembros es puramente instrumental: asegurar la formación de un orden abstracto sin ningún fin específico en orden a aumentar las perspectivas de consecución de los fines individuales.” (Hayek, Derecho, Legislación y Libertad, 2014, pág. 313).

Las críticas que se dan a la concepción de *orden espontáneo* de Hayek se basan en el cuestionamiento de que el *Estado* no tenga ningún fin específico. El autor sostiene que es propio de las *sociedades tribales* este tipo de reclamo: “es la limitación de la coacción a la observancia de normas negativas de recta conducta la que ha hecho posible la integración de individuos y de

grupos que perseguían fines distintos en un orden pacífico; y es precisamente la ausencia de fines comunes prescritos lo que hace que sea posible una sociedad de hombres libres tal como la entendemos hoy” (Hayek, Derecho, Legislación y Libertad, 2014, pág. 313).

Si esto es así, los resultados del orden del mercado o *catalaxia* no son voluntarios. Dado que no hay un fin perseguido, no sería lógico atribuir las pérdidas resultantes de los intercambios voluntarios a dicho orden espontáneo. Sin embargo, suele exigirse que el Estado tenga la carga de intervenir sobre los resultados negativos de este orden. Ante esto Hayek sostiene que esta es una exigencia de la *sociedad primitiva* y que parte de no entender la *catalaxia*.

De esta forma, sostiene, que:

“Como hace generalmente el pensamiento primitivo cuando observa por primera vez algunos procesos regulares, los resultados del orden espontáneo del mercado han sido interpretados como si estuvieran dirigidos por una mente racional, o como si los beneficios o los daños que las distintas personas recibían de ese orden estuvieran determinados por actos de voluntad y pudieran por tanto ser guiados por reglas morales. Esta concepción de la justicia “social” es, pues, una consecuencia directa de aquel antropomorfismo o personificación con el que el pensamiento primitivo trata de explicar todos los procesos de auto-ordenación. Demuestra nuestra inmadurez el hecho de que aún no hayamos abandonado estos conceptos primitivos, y se exija aún de un proceso impersonal que produce una satisfacción de los deseos humanos mayor que la que pueda obtenerse de cualquier ordenación deliberada que se conforme a los preceptos morales que los hombres han desarrollado como guía de sus acciones individuales” (Hayek, Derecho, Legislación y Libertad, 2014, pág. 262).

La calificación de Hayek (2014) a la *justicia social* como *espejismo* parte de develar la confusión entre orden con fines propios y orden espontáneos sin fines. “En sentido estricto, sólo la conducta humana puede calificarse de justa o de injusta. Si aplicamos estos calificativos a una situación, solo adquirirán significado en la medida en que quepa atribuir a alguien la responsabilidad de haberla causado o de permitirla. Un mero hecho, o una situación que nadie puede cambiar, podrán ser buenos o malos, pero no justos o injustos. Aplicar el término “justo” a realidades distintas de acciones humanas o de las normas por las que éstas se rigen implica un error de categoría. Solo si pretendemos culpar a un Supremo Hacedor tiene sentido calificar de injusto que alguien haya nacido con un defecto físico, contraído una enfermedad o sufrido la pérdida de un ser querido.” (pág. 262).

Sin embargo, dado que “la exigencia de la justicia social se dirige no al individuo sino a la sociedad para que se organicen de tal modo que puedan asignar determinadas cuotas de la producción social a los diferentes individuos y grupos. La pregunta fundamental, pues, es la de si existe el deber moral de someterse a un poder que pueda coordinar los esfuerzos de los miembros de la sociedad en orden a obtener un modelo de distribución particular, considerado como justo” (Hayek, Derecho, Legislación y Libertad, 2014, pág. 263).

La respuesta de Hayek es que “en un sistema así [*catalaxia*], en el que cada individuo puede usar sus propios conocimientos para sus propios fines, el concepto de justicia social es por fuerza un concepto vacío y carente de significado, porque en él no hay ninguna voluntad que pueda determinar los ingresos relativos de las distintas personas, o evitar el hecho de que dependan en parte de la causalidad.” (Hayek, Derecho, Legislación y Libertad, 2014, pág. 70).

Pues bien, este es el marco general en el que Hayek desarrolla su teoría y si bien parece muy cercano al de Nozick, el autor no apela por un *Estado mínimo*. “Lejos de propugnar un “estado

mínimo”, creemos incuestionable que en una sociedad avanzada el gobierno tiene que usar su propio poder para recaudar fondos a través de impuestos para ofrecer una serie de servicios que por diversas razones no puede prestar –o no puede hacerlo de manera adecuada- el mercado. Realmente se podría sostener que, aunque no hubiera otras necesidades de coacción (cunado todos obedecieran voluntariamente a las tradicionales normas de recta conducta), subsistiría aún una razón para dar un poder a las autoridades territoriales para que hagan que los ciudadanos contribuyen a un fondo común con el que financiar tales servicios” (Hayek, Derecho, Legislación y Libertad, 2014, págs. 409-410).

¿Cuáles son estos servicios? Hayek está pensando en los *bienes colectivos* que los identifica a través de las *externalidades* y los servicios donde es técnicamente imposible o muy costoso restringirlo a ciertas personas. “A esta categoría pertenecen no sólo los casos obvios como la protección de la violencia, de las epidemias o los desastres naturales como inundaciones o aludes, sino también muchas de las comodidades que hacen tolerable la vida en las grandes ciudades, la mayor parte de las carretas (excepto algunas autopistas en las que se puede imponer el peaje), la fijación de índices de medida, y muchos otros tipos de información que van desde los registros catastrales, mapas y estadísticas, a los controles de calidad de algunos bienes y servicios. En muchos casos estos servicios no comportan ninguna ganancia para quien los presta, y por tanto no los proporciona el mercado. Son propiamente bienes colectivos o públicos, y para proporcionarlos es necesario concebir métodos distintos de la venta a los consumidores individuales.” (Hayek, Derecho, Legislación y Libertad, 2014, pág. 412).

En estos casos, Hayek sostiene que es incumbencia del Estado actuar pero de tal forma que solo tenga el poder de recaudar los impuestos necesarios para financiar los planes de acción a ser tomados por los privados. “A este respecto, el profesor Milton Friedman ha desarrollado un sistema

inteligente para financiar la enseñanza a través de bonos entregados a los padres para el pago total o parcial de los colegios por ellos elegidos, principio que se puede aplicar en muchos otros sectores.” (Hayek, Derecho, Legislación y Libertad, 2014, págs. 413-414). El Estado no puede gestionar los recursos pero sí podría recaudar lo necesario.

Esta coacción pareciera no ser contraria a la *ley de la libertad*. Sin embargo, el autor sostiene “en un primer momento puede pensarse que, para tales fines, la coacción no es necesaria, ya que el reconocimiento de un interés común que sólo puede satisfacerse con una acción común haría que un grupo de personas razonables se adhieran voluntariamente en vistas a la organización de tales servicios. Aunque esto puede ocurrir en grupos relativamente pequeños, no es así cuando se trata de grupos más numerosos. Tratándose de grandes números, muchos individuos, aunque deseen la prestación de los servicios en cuestión, piensan, con razón, que los resultados no variarán si ellos contribuyen o no a los gastos.” Aunque uno solo esté dispuesto a contribuir, la idea de que los demás lo harán puede disuadirlo de la contribución. “si por otro lado, sabe que la coacción solo puede aplicarse si se aplica a todos, él incluido, es racional que consienta someterse, con tal de que la obligación se aplique también a los demás.” (Hayek, Derecho, Legislación y Libertad, 2014, pág. 412).

En estos casos, el fundamento de la tributación no es la solidaridad con otros sino la expectativa de obtener algo proporcional a cambio: “Aunque puede parecer que los individuos están obligados a servir objetivos que no les conciernen, es más justo considerar esta situación como una forma de intercambio: todos deberían estar de acuerdo en contribuir a un fondo común según los mismos principios, con tal de que sus deseos sobre los servicios financiados son este fondo sean satisfechos en proporción a sus aportaciones. Mientras todos pueden pretender recibir

de este fondo común servicios que valen más de lo que ellos aportan, tendrán interés en someterse a esa coacción” (Hayek, Derecho, Legislación y Libertad, 2014, pág. 413).

¿Hay alguna otra coacción permitida sin alterar la *catalaxia* que nos permite mejores expectativas a todos en la *gran sociedad*? Hayek aborda el tema de los seguros obligatorios y la asistencia social en general. ¿Es obligatorio asistir a los que se encuentran en indigencia o no les va bien en la vida? La respuesta del autor es que en el mundo occidental se puede ver como un deber de la comunidad este tipo de asistencia. Sin embargo, dos puntos deben ser resaltados. En primer lugar, se debe señalar que el fundamento está en la caridad y en evitar que las personas que necesitan ayuda sean una carga pública. Por ello, lo ideal sería que todos deban asegurarse contra la malaventura de la vida. En segundo lugar, “es fundamental que conozcamos claramente la línea que distingue una situación en la que la comunidad acepta el deber de prevenir la necesidad y de proveer a un nivel mínimo de beneficencia de aquella otra en que asume el poder de determinar la “justa” posición de cada cual y conceder a cada uno lo que cree que merece.” (Hayek, Los fundamentos de la libertad, 2020, pág. 649). Hayek critica que no se realice esta distinción ya que se podría pasar a un sistema redistributivo.

Esto último se contrapone claramente con la idea rawlsiana de *justicia procedimental de trasfondo*. Si en Rawls hay un derecho de recibir mediante el principio de diferencia una regularización de bienes primarios que eliminen las inequidades del día a día, el Hayek esto es impensado.

Veamos el caso de los accidentes de tránsito. Hayek sostiene que es válido exigir a los conductores asegurarse bajo responsabilidad civil pero “en este caso la justificación no se basa en que deba coaccionarse a la gente para que realice algo que redunde en su interés, sino más bien en la circunstancia de que los imprevisores [víctimas de accidentes de tránsito] pueden convertirse en

una carga pública.” (Hayek, Los fundamentos de la libertad, 2020, pág. 641). Ahora bien, lo que sucedería con las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* quedaría en manos de la beneficencia pública si se demuestra que alguno o muchos de ellos se encuentran especialmente necesitados.

El SOAT como tal no podría ser justificado aunque sí los seguros obligatorios de responsabilidad civil. A su vez, los esquemas complementarios del SOAT pensados en las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* no existirían sino que estas víctimas serían objeto de las instituciones de caridad y beneficencia que se manejan con fondos públicos y buscan evitar que los individuos sean carga pública más que un derecho de estos a remediar las *inequidades* de las dinámicas sociales.

3.1.1.3 El enfoque de las capacidades: Injusticias manifiestas (Sen) y el umbral de la dignidad humana (Nussbaum). Hace más de treinta años irrumpió en el discurso filosófico-económico el *enfoque de capacidades* propuesto por Amartya Sen y continuado por Martha Nussbaum, entre otros. En este enfoque se cuestiona la medida relevante en cuestiones de *desarrollo y justicia*. En *Desarrollo y Libertad*, Sen propuso que la medición del desarrollo sea la expansión de las *libertades* entendidas como *oportunidades reales de ser y hacer* (las *capacidades*) (Sen, Desarrollo y Libertad, 2000).

¿Cómo podemos adjetivar a un país de ser desarrollado? El autor indio descarta principalmente la medida del PBI para sostener que lo que realmente debe importar es la expansión de *oportunidades reales*. Una de las razones de Sen es advertir que todos estamos sujetos a “contingencias que resultan en variaciones en la conversión del ingreso en las clases de vidas que la gente puede vivir. Existen al menos cuatro fuentes importantes de variación:

- (1) Heterogeneidad personales

(2) Diversidades en el ambiente físico

(3) Variaciones en el clima social

(4) Diferencias en perspectivas relacionales” (Sen, La idea de justicia, 2010, pág. 285).

Fijarse en el PIB no nos dice nada acerca de la vida que terminan viviendo las personas. Dos personas con igual ingreso pueden estar sometidas a diversos problemas de conversión que condicionen su vida. Entonces, si lo que nos importa es el *fin*, es decir, el tipo de vida que viven las personas para poder calificar el desarrollo de un país, y no los *medios*, el ingreso per cápita promedio, la medida relevante para medirlo deben ser cuales son las *oportunidades reales* con las que cuentan para *ser o hacer*.

El concepto de *oportunidades reales para ser o hacer* supone evaluar a qué contingencias están sometidas las personas y representa un aspecto de la *libertad*. Algunas políticas públicas dirigidas a eliminar los escollos para la expansión de las *libertades* son necesarias para promover el *desarrollo* de un país. El concepto de *pobreza* también se define a partir de la privación de *oportunidades* básicas y esenciales que hacen de la supervivencia inestable (Sen, La idea de justicia, 2010, pág. 284).

La definición de *libertad* que acoge Sen (2010) es como sigue:

“La libertad es valiosa al menos por dos razones diferentes. Primero, más libertad nos da más oportunidad de perseguir nuestros objetivos, esas cosas que valoramos. Sirve, por ejemplo, a nuestra habilidad para decidir cómo vivir y promover los fines que queremos impulsar. Este aspecto de la libertad está relacionado con nuestra destreza para conseguir lo que valoramos, sin importar el proceso a través del cual alcanzamos ese logro. Segunda, podemos atribuir importancia al proceso de elección como tal. Podemos, por ejemplo,

asegurarnos de no ser forzados merced a la imposición de otros. La distinción entre el “aspecto de oportunidad” y el “aspecto de proceso” de la libertad puede ser a la vez significativo y de largo alcance” (págs. 258-259).

La *capacidad*, como concepto, se encuentra en el *aspecto de oportunidad* de la *libertad*. Un clásico ejemplo de Sen es el siguiente: “Kim decide un domingo que preferiría quedarse en casa en lugar de salir y hacer algo. Si consigue hacer exactamente lo que desea, hablamos del “escenario A”. De repente, algunos maleantes fuertemente armados interrumpen la vida de Kim y lo sacan a la fuerza de su casa y lo arrojan a una cuneta. Esta terrible y repulsiva situación puede ser llamada “escenario B”. En una tercera instancia, el “escenario C”, los maleantes someten a Kim y le ordena no salir de su casa, so pena de castigarlo severamente si viola esta prohibición.” (Sen, *La idea de justicia*, 2010, pág. 259).

Al autor le interesa analizar el escenario C, “¿qué decir del escenario C? El aspecto del proceso de la libertad de Kim se afecta claramente (incluso si hace bajo presión lo que quería hacer de todas maneras, la opción ya no es suya): no podría haber hecho nada distinto sin ser duramente castigado por ello. La cuestión interesante concierne al aspecto de oportunidad de la libertad de Kim. Puesto que él hace lo mismo en los dos casos, con o sin presión, ¿podría decirse entonces que su aspecto de oportunidad es el mismo en ambos?” (Sen, *La idea de justicia*, 2010, pág. 259).

SEN concluye que “Si la oportunidad que la persona disfruta es juzgada sólo según si termina haciendo lo que escogería hacer si no estuviera bajo presión, entonces hay que decir que no existe diferencia entre los escenarios A y C. El aspecto de oportunidad de la libertad de Kim no se altera en esta visión estrecha de la oportunidad, pues en cualquier caso él puede quedarse en casa, exactamente como había planeado. ¿Pero se reconoce así de manera adecuada lo que entendemos por oportunidad? ¿Podemos juzgar las oportunidades que tenemos solo según si

terminamos o no en el estado en que escogeríamos estar, sin importar que haya o no otras alternativas significativas que podríamos haber escogido si hubiéramos querido?” (Sen, La idea de justicia, 2010, pág. 259)

Existe algo valioso en la elección de las personas pero también en que ellas mismas decidan llevar a cabo dicha elección. A esto Sen lo denomina *agencia* y es un concepto central en el *enfoque de capacidades*. De otro forma, las personas serían meros vehículos que trasladarían de un punto inicial a uno final. El *aspecto de oportunidad* de la *libertad* permite apreciar que por más que se termine en situaciones semejantes, la elección no fue la misma. La *oportunidad real de ser o hacer* implica eliminar ciertas barreras condicionantes.

Puede que la persona no termine realizando dicha elección pero podemos predicar que tuvo la oportunidad real de hacerlo. Por ello es importante diferenciar las *capacidades* de las *realizaciones*. Esta última sería el desarrollo de una acción de la que, previamente, se tiene la capacidad de llevar a cabo. Otro clásico ejemplo de Sen es la diferencia entre una persona que ayuna por motivos religiosos y otra que lo hace por no tener que comer. El *aspecto de oportunidad* de la *libertad* se ve claramente en este ejemplo. Ambas personas tienen la misma *realización*, ayuno, pero no la misma *capacidad*.

Años más tarde, Martha Nussbaum en *Crear capacidades: propuesta para el desarrollo humano*, argumentó a favor del enfoque de capacidades como base de una teoría de *justicia social mínima*. Todos debemos pasar un umbral mínimo de *dignidad* que debe estar garantizado, en última instancia, por el Estado. El *umbral mínimo* que todos deberían pasar por una cuestión de justicia está medido por las *capacidades centrales* que dan contenido a la *dignidad humana*. La autora presenta una lista de diez *capacidades centrales* que responden a la pregunta de qué somos realmente capaces de hacer o ser.

La posición filosófica del *enfoque de capacidades* toma como base la posición aristotélica de la finalidad del Estado y la *vulnerabilidad humana*, así como la idea de dignidad e igual humana de los estoicos. La argumentación se amalgama en un deber fundamental del Estado, ya que ese es su propósito, de preocuparse por el tipo de vida que terminan viviendo *todas y cada una* personas, una vida *digna*. Es esta propuesta la que me interesa resaltar para poder justificar un esquema de compensación para las víctimas de accidentes de tránsito que no esté condicionado a la contratación de una póliza dejando *víctimas en contexto de ausencia de contratación*; y donde el Estado *deba* intervenir de tal forma que asegure un mínimo de protección a las víctimas. Veamos este desarrollo con mayor detenimiento a continuación.

La *vulnerabilidad humana* es una constatación que se encuentra en Aristóteles. No solo está referida a las enfermedades que pueden afectar la salud de cualquier ser humano sino a las condiciones sociales que frustran la vida de las personas. La falta de educación puede evitar una visión crítica hacia los poderes públicos y su actuar en funciones.

No basta, sin embargo, con constatar la *vulnerabilidad humana* sino en adoptar la idea de valía en todas las personas. Esta idea, sostiene Nussbaum, proviene de los estoicos, quienes pregonaron que las personas, por el solo hecho de serlas, cuentan con *dignidad*. Esta idea es recogida por muchos como una *ley natural* que tiene resonancia en muchas constituciones que se forjan en el siglo XVIII, como es el caso de la estadounidense.

Estas dos ideas de *vulnerabilidad humana* y *dignidad en todas las personas* son la base para el enfoque filosófico de las *capacidades*. El *enfoque de las capacidades* centra su atención en el tipo de vida que terminan viviendo las personas. Para ello, toman atenta nota de las frustraciones típicas como la falta de educación o el acceso real a un sistema de salud.

Un punto muy importante que resalta Nussbaum es que las ideas de *vulnerabilidad y dignidad* han estado presentes en el pensamiento de Adam Smith, que es comúnmente alegado en el pensamiento libertario, y en los pensadores que forjaron la constitución estadounidense, donde se dice que no funcionaría una preocupación como la que propone el *enfoque de capacidades*.

Con respecto a Smith, la autora sostiene que “Parte de los impedimentos al libre ejercicio de las capacidades humanas que Smith detectó en la Inglaterra de su época eran los derivados de restricciones legales desatinadas y excesivas al comercio y al libre movimiento de los trabajadores. En esos casos, Smith instaba a la desregulación; de ahí que se convirtiera en una de las fuentes favoritas de los liberales libertarios. Es evidente, de todos modos, que esa es una lectura inadecuada del pensamiento de Smith. Su piedra de toque era siempre la pregunta siguiente: ¿qué forma de acción del Estado permite que se desarrollen las facultades humanas y se respete la igualdad entre las personas? Él era menos partidario de la intervención estatal en aquellos casos en los que le parecía que la acción de los gobiernos inhibía el desarrollo de las capacidades humanas.” (Nussbaum, 2012, pág. 160).

El mismo Smith señalaba que “un hombre que dedica toda su vida a ejecutar unas pocas operaciones sencillas, cuyos efectos son quizá siempre o casi siempre los mismos, no tiene ocasión de ejercitar su inteligencia [...]. Por ello pierde naturalmente el hábito de ejercitarlas y en general se vuelve tan estúpido e ignorante como pueda volverse una criatura humana. [...] No puede emitir juicio alguno acerca de los grandes intereses de su país; y salvo que se tomen medidas muy concretas para evitarlo, es igualmente incapaz de defender a su país en la guerra [...] [Pero] en cualquier sociedad desarrollada y civilizada este es el cuadro en que los trabajadores pobres, es decir, la gran masa del pueblo, deben necesariamente caer, salvo que el Estado tome medidas para evitarlo” (Nussbaum, 2012, pág. 162).

Estos hechos que revelan la *vulnerabilidad humana* sirven para construir un argumento a favor de la educación pública gratuita en desmedro de dejar que cada quien con su propio peculio vea su suerte. Como señala Nussbaum, “Smith supo intuir algo que hoy forma parte esencial del enfoque de capacidades, y es que las facultades humanas llegan al mundo en un estado incipiente o infra evolucionado y precisan del apoyo del entorno -incluido el apoyo a la salud física y, en especial en este caso, al desarrollo mental- para que maduren de un modo que esté a la altura de la dignidad humana.” (Nussbaum, 2012, pág. 163).

En *Las riquezas de las naciones* Smith escribió “aunque la pobreza no impide la procreación, resulta extremadamente desfavorable para criar a los hijos. La planta tierna nace, pero en un suelo tan frío y un clima tan severo pronto se marchita y muere.” (Nussbaum, 2012, pág. 126). Parecen lejanas a las defensas libertarias de inviolabilidad absoluta del derecho de propiedad y la redistribución de la riqueza, las palabras de Smith.

Con respecto a los fundadores de la democracia constitucional estadounidense, Nussbaum apela a los argumentos de Thomas Paine. “El fundamento de un Estado, explicó Paine, radica en los derechos de los seres humanos; el fin apropiado de un gobierno, pues, es ‘el bien tanto individual como colectivo de todos’. Pero los gobiernos existentes en su momento no perseguían ese fin, pues su funcionamiento servía más bien para propiciar y acrecentar la desdicha entre los sectores más pobres de la sociedad. En un largo capítulo titulado ‘Formas y medios de mejoramiento de la condición de Europa’, Paine defendía una revisión completa tanto de la acción como del sistema tributario de los gobiernos.” (Nussbaum, 2012, pág. 165).

Tanto en Sen como en Nussbaum se ha criticado que la valoración de qué capacidades son las importantes ¿qué capacidades son las que importan? evidentemente clasificar las *capacidades* requiere de un ejercicio *valorativo* que se critica por llegar a ser paternalista.

Por otro lado, una cuestión fundamental en el enfoque es la valoración de las *capacidades*. La capacidad, entendida como oportunidad real de ser o hacer, de ser un abusador en el seno de la familia no puede ser valorada de forma positiva. Entrar a discutir qué capacidades merecen atención y cuales no es sin duda problemático pero para la elaboración de una teoría mínima de justicia social lo único que interesa es buscar un consenso en qué capacidades deben ser valoradas mínimamente para poder predicar *dignidad* en las personas.

Como sostiene Nussbaum, “considerando las diversas áreas de la vida humana en que la personas se mueven y actúan, este enfoque de la justicia social se pregunta: ¿qué se necesita para que una vida esté a la altura de la dignidad humana? Lo mínimo y esencial que se exige de una vida humana para que sea digna es que supere un nivel umbral más que suficiente de diez ‘capacidades centrales’. Dada la existencia de una concepción ampliamente compartida de la que se supone que ha de ser la tarea central de un gobierno (en concreto, la de hacer que las personas sean capaces de llevar una vida digna y próspera por encima de unos mínimos exigibles), podemos deducir que un orden político aceptable está obligado a procurar a todos los ciudadanos y ciudadanas un nivel umbral de las siguientes diez capacidades centrales:” (Nussbaum, 2012, pág. 53).

1. *Vida*. Poder vivir hasta el término de una vida humana de una duración normal; no morir de forma prematura o antes de que la propia vida se vea tan reducida que no merezca la pena vivirla.
2. *Salud física*. Poder mantener una buena salud, incluida la salud reproductiva; recibir una alimentación adecuada; disponer de un lugar apropiado para vivir.
3. *Integridad física*. Poder desplazarse libremente de un lugar a otro; estar protegidos de los ataques violentos, incluidas las agresiones sexuales y la violencia

doméstica; disponer de oportunidades para la satisfacción sexual y para la elección en cuestiones reproductivas.

4. *Sentidos, imaginación y pensamiento.* Poder utilizar los sentidos, la imaginación y el razonamiento, y hacerlo de un modo “verdaderamente humano”, un modo formado y cultivado por una educación adecuada que incluya (aunque ni mucho menos esté limitada a) la alfabetización y la formación matemática y científica básica. Poder usar la imaginación y el pensamiento para la experimentación y la producción de obras y actos religiosos, literarios, musicales o de índole parecida, según la propia elección. Poder usar la propia mente en condiciones protegidas por las garantías de la libertad de expresión política y artística, y por la libertad de práctica religiosa. Poder disfrutar de experiencias placenteras y evitar el dolor no beneficioso.

5. *Emociones.* Poder sentir apego por cosas y personas externas a nosotras y nosotros mismos; poder amar a quienes nos aman y se preocupan por nosotros, y sentir duelo por su ausencia; en general, poder amar, apenarse, sentir añoranza, gratitud e indignación justificada. Que no se malogre nuestro desarrollo emocional por culpa del miedo y la ansiedad. (Defender esta capacidad significa defender, a su vez, ciertas formas de asociación humana que pueden demostrarse cruciales en el desarrollo de aquella.)

6. *Razón práctica.* Poder formarse una concepción del bien y reflexionar críticamente acerca de la planificación de la propia vida. (Esta capacidad entraña la protección de la libertad de conciencia y de la observancia religiosa.)

7. *Afiliación.* a) Poder vivir con y para los demás, reconocer y mostrar interés por otros seres humanos, participar en formas diversas de interacción social; ser capaces de imaginar la situación de otro u otra. (Proteger esta capacidad implica proteger

instituciones que constituyen y nutren tales formas de afiliación, así como proteger la libertad de reunión y de expresión política) b) Disponer de las bases sociales necesarias para que no sintamos humillación y sí respeto por nosotros mismo; que se nos trate como seres dignos de igual valía que los demás. Esto supone introducir disposiciones que combatan la discriminación por razón de raza, sexo, orientación sexual, etnia, casta, religión u origen nacional.

8. *Otras especies.* Poder vivir una relación próxima y respetuosa con los animales, las plantas y el mundo natural.

9. *Juego.* Poder reír, jugar y disfrutar de actividades recreativas.

10. *Control sobre el propio entorno.* a) *Político.* Poder participar de forma efectiva en las decisiones políticas que gobiernan nuestra vida; tener derecho a la participación política y a la protección de la libertad de expresión y de asociación. b) *Material.* Poder poseer propiedades (tanto muebles como inmuebles) y ostentar derechos de propiedad en igualdad de condiciones con las demás personas; tener derecho a buscar trabajo en un plano de igualdad con los demás; estar protegidos legalmente frente a registros y detenciones que no cuenten con la debida autorización judicial. En el entorno laboral, ser capaces de trabajar como seres humanos, ejerciendo la razón práctica y manteniendo relaciones valiosas y positivas de reconocimiento mutuo con otros trabajadores y trabajadoras.

Aspecto clave en el *enfoque de capacidades* es argumentar a favor de una vida a la altura de la *dignidad humana* para valorar qué capacidades deberían ser promovidas. El argumento debe tener en cuenta los aspectos de la vida que sin desarrollo limitan a la persona. Por ejemplo, “el mundo ha alcanzado un consenso, por ejemplo, en torno a la importancia de la educación primaria y secundaria. Parece igualmente claro que la habilidad que se requiere para silbar *Yankee Doodle*

Dandy y hacer el piano al mismo tiempo no tiene tan crucial trascendencia y no merece un nivel especial de protección.” (Nussbaum, 2012, pág. 52).

El hecho de relacionar las *capacidades centrales* con la *dignidad* en una teoría mínima de la justicia social es bastante atractivo para el Derecho ya que muchas de las constituciones se redactan tomando como piedra angular la *dignidad humana*⁶⁰. A este respecto, Nussbaum ha sostenido que en una democracia deliberativa, expuestos los modelos de organización del Estado, la protección de un umbral mínimo que de contenido a la *dignidad humana* lograría un *consenso entrecruzado*; es decir, respaldo ciudadano dado los argumentos que lo soportan.

⁶⁰ Algunos ejemplos son: La constitución **chilena** señala: “Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos. (...) El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para la cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.” - La de **Colombia**, artículo 1, “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general” - En **Paraguay**: “La República del Paraguay adopta para su gobierno la democracia representativa, participativa y pluralista, fundada en el reconocimiento de la dignidad humana.” En el preámbulo de la Constitución de **Bolivia** del 2009 “Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad, complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.” - La constitución de **Panamá** de 1972 en su preámbulo: “Con el fin supremo de fortalecer la Nación, garantizar la libertad, asegurar la democracia y la estabilidad institucional, exaltar la dignidad humana, promover la justicia social, el bienestar general y la integración regional, e invocando la protección de Dios, decretamos la Constitución Política de la República de Panamá.” Y en el artículo 17 “Los derechos y garantías que consagra esta Constitución, deben considerarse como mínimos y no excluyentes de otros que inciden sobre los derechos fundamentales y la dignidad de la persona” - Artículo 5 de la constitución política de **Nicaragua**: “Son principios de la nación nicaragüense: la libertad; la justicia; el respeto a la dignidad de la persona humana; el pluralismo político, social y étnico; el reconocimiento a las distintas formas de propiedad; la cooperación internacional; y el respeto a la libre autodeterminación de los pueblos.” Artículo 33: Todo detenido tiene derecho: (...) y también a ser tratado con el respeto debido a la dignidad humana. Artículo 82: “los trabajadores tienen derecho a condiciones de trabajo que les aseguren en especial: (...) un bienestar compatible con la dignidad humana.” - Constitución política de **Honduras** que es parecida a la peruana: Artículo 59 “La persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado. Todos tienen la obligación de respetarla y protegerla. La dignidad del ser humano es inviolable.” En el artículo 63 se sostiene lo que Nussbaum llamaría la prohibición de intercambiabilidad de las capacidades centrales “las declaraciones, derechos y garantías que enumera esta Constitución, no serán entendidos como negación de otras declaraciones, derechos y garantías no especificadas, que nacen de la soberanía, de la forma republicana, democrática y representativa de gobierno y de la dignidad del hombre.”

Para culminar la presentación del *enfoque de capacidades* se va a mencionar algunas críticas de este enfoque hacia la teoría rawlsiana y al libertarianismo que propugna Nozick.

Sen ha cuestionado la teoría rawlsiana por el lugar en el que se encuentran los *desaventajados* para la estructura básica de la sociedad. Como se vio en el apartado dedicado a Rawls, son los *bienes primarios* los que definen a una persona en desventaja. En cambio, el enfoque *de capacidades* son sus oportunidades reales de ser o hacer las que la ubican en dicho ámbito a las personas. La *justicia procedimental de trasfondo* que debe mantener la *equidad* en el esquema rawlsiano exige una transferencia de *bienes primarios* a los desaventajados; en esencia, critica SEN, su foco de información son los *bienes* y no las vidas que terminan viviendo las personas. El puente que une los *bienes primarios* y las *oportunidades* queda vacío.

Con respecto a la teoría de libertarianismo de Nozick, la crítica de Sen es realmente poderosa y está basada en el trabajo que se especula le valió de base para ser galardonado con el premio nobel de economía. Como sostiene el autor indio “como mostramos en nuestro libro *Poverty and Famines*, puede haber incluso grandes hambrunas sin que se violen los derechos libertarios (incluidos los derechos de propiedad) de nadie. Las personas desfavorecidas, como los parados o los pobres, pueden morir de hambre precisamente porque sus ‘derechos económicos’ -por legítimos que estos sean- no les dan suficientes alimentos. Este problema podría parecer un caso especial de ‘horror moral catastrófico’, pero puede demostrarse que los horrores de *cualquier* grado de gravedad -desde las grandes hambrunas hasta la desnutrición habitual y el hambre endémica pero no extrema- son compatibles con un sistema en el que no se violen los derechos libertarios de nadie.” (Nussbaum, 2012, pág. 89).

Como se recuerda de lo mostrado en el apartado dedicado a Nozick, son tres principios que rigen la propiedad que están basados primordialmente en el consentimiento y han de respetarse

por encima de las consecuencias que ello conlleve. La propiedad, junto a otros derechos, tiene un lugar primordial que no puede ser derrotado por cuestiones como asegurar una vida *digna* a todos y cada uno de los ciudadanos. Si esto es así, y habría una incompatibilidad con la idea de Estado moderno y su preocupación por la *dignidad humana* y la inviolabilidad absoluta de los derechos libertarios.

Sen sostiene que la “teoría propuesta de la prioridad política independiente de las consecuencias adolece de una considerable indiferencia hacia las libertades fundamentales que acaban teniendo -o no- los individuos. Es difícil que podamos estar de acuerdo en aceptar las simples reglas de procedimiento *independientemente* de sus consecuencias, independientemente de lo horrosas e inaceptables que sean estas consecuencias para la vida de las personas afectadas.” (Nussbaum, 2012, pág. 90).

Si bien el *enfoque de capacidades* no propone una forma única para promover ciertas *capacidades*, las políticas públicas destinadas a eliminar las consecuencias negativas de los eventos que minen las *capacidades* pueden considerarse parte del enfoque. Sin embargo, un esquema como el del SOAT que se encarga de dar dinero en vez de buscar formas directas de eliminar las consecuencias negativas de los accidentes de tránsito está más alineada a la *justicia procedimental de trasfondo* rawlsiana que al enfoque de capacidades.

Un esquema que se preocupe por los *finés*, las vidas que terminan viviendo las personas, y no los *medios*, el dinero que reciben para ver qué hacen con él, debería atender a neutralizar, al menos, los eventos que minan las capacidades centrales, como la imposibilidad de trabajar por quedar lisiado luego del accidente de tránsito. La reinserción laboral sería más beneficiosa a una indemnización o incluso combinar ambas formas de compensar las *capacidades perdidas*.

Analizar la estructura del SOAT a través del *enfoque de capacidades* implica fijarnos en cómo los remedios indemnizatorios pensados terminan repercutiendo en el tipo de vida que tienen las víctimas de accidentes de tránsito luego de acaecido el accidente.

Fuera de ello, es evidente que una preocupación por los accidentes de tránsito desde el *enfoque de capacidades* no condiciona su protección únicamente a la contratación de una póliza. El umbral mínimo que todos deben pasar como exigencia de la finalidad por la que nace el Estado lo prohibiría. Como se espera ver a continuación, se puede combinar un esquema basado en contratación, porque la eficiencia importa, con un respaldo estatal a las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*.

3.2 Análisis Funcional de una Estructura Eficiente.

Este subcapítulo se encarga de proponer algunos cambios en la estructura del SOAT para poder acercarnos a un sistema de compensación global tomando en cuenta los efectos económicos del sistema actual. Para ello es necesario analizar el esquema actual del SOAT. La primera parte de este subcapítulo se dedica a evidenciar al menos tres aspectos del sistema que se presentan como un escollo para alcanzar la meta de la compensación global: *alto precio* de las *primas* en los vehículos menores, la concentración del mercado de seguros en la rama del SOAT y la escasa e ineficiente fiscalización principalmente de la PNP.

La estructura del sistema actual se define por estas tres características que condicionan alcanzar una mayor contratación del SOAT. Insistir en la protección de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* bajo este modelo actual puede terminar con el efecto contrario. Como ya ha sido señalado, el incremento en el *precio* de las *primas* puede conllevar a una reducción en la contratación del SOAT. Como se ha argumentado en el apartado anterior, ello no debería ser un motivo para negar cobertura a las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*.

Buscar esquemas complementarios y modificaciones a la estructura actual es un imperativo para acercarnos a una compensación global. Esta es la finalidad de este apartado. A lo largo de este apartado se va a mostrar cómo algunos países han modificado sus estructuras de compensación para brindar una mayor cobertura a las víctimas de accidentes de tránsito. El centro ha dejado de ser la contratación de la póliza para acceder a una compensación. Ciertamente, se debe recoger de forma muy cuidadosa la experiencia extranjera. De esta forma, ponemos al servicio de nuestros fines las herramientas funcionales como el AED.

3.2.1 Análisis del sistema actual: el alto precio en las primas de vehículos menores, la falta de competencia y la escasa fiscalización.

Principalmente se encuentra que el sistema actual tiene un alto *precio* en las *primas* mayormente en los *vehículos menores*; también se encuentra que en muchas partes de país son muy pocas (a veces solo una) aseguradoras que ofertan la póliza, lo que deviene en una escasa o nula competencia del mercado asegurado en la rama del SOAT; por último, se observa de la evidencia estadística que la fiscalización de los vehículos sin póliza es mínima.

Cada una de estas tres situaciones evidenciadas tiene una explicación que se va a mostrar a continuación.

3.2.1.1 El precio en las primas. Como se ha visto en el apartado 1.2 del primer capítulo, cómo funciona el SOAT, la composición del *precio* de la *prima* depende esencialmente de la *siniestralidad*. También son otros factores los que influyen en el *precio* como los costos que incurre la aseguradora en la adquisición y administración del servicio que ofrecen. Como se mostró, la venta de la póliza por medios virtuales reduce el *precio* final de la *prima*. Sin embargo, la variable que tiene mayor impacto en dicho *precio* es el número de accidentes de tránsito y el costo promedio de ellos. La lógica es sencilla, a mayor accidentes de tránsito mayor dinero se necesita para cubrir los daños; lo mismo sucede con la gravedad de los daños, si estos fueran leves, la cobertura sería menor. Evidentemente, la cultura de manejo es esencial para determinar cuán altos serán los precios de las primas de la póliza del seguro.

Lamentablemente, la situación en el Perú en relación al número de accidentes y su gravedad no es la deseada. En relación a lo primero, el siguiente gráfico del Ministerio de Salud puede mostrar cómo en los últimos diez años los accidentes de tránsito han mantenido una regularidad, exceptuando el 2020 año atípico por los confinamientos obligatorios debido a la pandemia del Sars-Cov-2.

Figura 7

Tendencia de Accidentes de tránsito 2010-2020.



Nota. Reproducido de MINSA, 2020, (<https://www.dge.gob.pe/portalnuevo/informacion-publica/>)

Llama la atención que durante los últimos diez años no exista una reducción de los accidentes de tránsito. Es cierto que el parque automotor se ha incrementado considerablemente y es lógico pensar que el número de accidentes de tránsito debió aumentar de forma correlativa. Sin embargo, tampoco se muestra una reducción significativa, lo que puede deberse a una ineficiente política de seguridad vial en el Perú. Más adelante abordaremos este tema con mayor detalle.

Ahora bien, la siguiente imagen muestra la estadística del número de muertos y heridos durante la última década:

Figura 8

Número de Muertos y Heridos por Accidentes de Tránsito 2010-2020.



Nota. Reproducido de MINSA, 2020, (<https://www.dge.gob.pe/portalnuevo/informacion-publica/sala-de-lesiones-por-accidentes-de-transito/>)

El número de accidentes y heridos también guarda una constancia a lo largo de la última década y no se aprecia una disminución significativa.

Ahora bien, el siguiente cuadro muestra que dos grupos de vehículos sobrepasan el 90% de *siniestralidad*. Condición que incrementa el *precio* de las *primas* en este tipo de vehículos:

Figura 9

Índice de Siniestralidad del SOAT NACIONAL Por Clase y Uso de vehículos 2017.

Compañías	Primas netas de anulaciones (1)	Siniestros (2)	Índice de Siniestralidad (2) / (1)	No. Pólizas contratadas (**)
Vehículo menor - Particulares	74,340	69,453	93.4%	304,568
Automóvil - Particulares	72,432	43,939	60.7%	885,260
Camioneta Rural - Particulares	40,849	17,633	43.2%	413,098
Camión - Carga	37,699	12,964	34.4%	177,284
Camioneta Pick up - Carga	37,509	18,228	48.6%	219,748
Automóvil - Transporte Urbano	17,592	8,902	50.6%	87,595
Camioneta Pick up - Particulares	16,041	7,259	45.3%	133,414
Station Wagon - Particulares	14,308	4,835	33.8%	86,876
Ómnibus - Transporte Interprovincial	12,913	15,084	116.8%	8,665
Vehículo menor urbano - Transporte Urbano	8,618	3,636	42.2%	69,958
Remolcador o Tracto Camión - Carga	8,034	3,478	43.3%	43,041
Station Wagon - Transporte Urbano	6,816	2,953	43.3%	33,654
Camioneta Rural - Transporte Urbano	5,717	4,898	85.7%	19,531
Vehículo menor - Carga	4,784	977	20.4%	22,394
Ómnibus - Transporte de Personas	3,720	1,495	40.2%	6,838
Microbús - Transporte Urbano	3,680	5,671	154.1%	12,800
Otros	30,735	24,867	80.9%	121,866
Total	395,786	246,273	62.2%	2,646,590

Nota. Reproducido de SBS, 2017, (https://www.sbs.gob.pe/sistema-de-seguros_/indice-de-siniestralidad-soat).

Los grupos donde los accidentes de tránsito son muy altos en relación al número de primas contratadas son los vehículos menores, que se componen esencialmente por las motocicletas, los microbuses, los ómnibus y la camioneta rural.

En relación a la posición del país a nivel mundial en accidentes de tránsito, Perú se encuentra en la posición número 110 contando como criterio el número de muertos por cada 100 mil habitantes (World Health Ranking, 2022). Asimismo, la circulación vial se encuentra como una de las diez principales causas de muerte en el Perú (World Health Ranking, 2022).

Ahora bien, el costo de los accidentes no solo depende del número de accidentes sino del costo promedio de los daños. De la cobertura que brinda el SOAT es de resaltar que es la compensación por *gastos médicos* lo que representa un gran porcentaje de desembolsos.

La siguiente gráfica muestra el porcentaje de los gastos totales que asumen las aseguradoras en los accidentes de tránsito que corresponden a los llamados gastos médicos.

Figura 10

Gastos Incurridos por Accidentes de Tránsito 2019-2020.

Cobertura	N° de siniestros		Monto de siniestros (S/. millones)	
	2019	2020	2019	2020
Fallecimiento	2,484	1,677	41,2	28,3
Gastos médicos	77,593	48,089	149,9	104,0
Invalidez permanente	546	136	3,9	1,1
Incapacidad temporal	31,480	18,587	42,8	25,9
Sepelio	2,473	1,681	9,9	6,9
Total siniestros	114,576	70,170	247,7	166,2

Nota. Reproducido de SBS, 2020, (<https://www.sbs.gob.pe/boletin/detalleboletin/idbulletin/1172>).

Los gastos médicos son por mucho el gran grueso del gasto total de las recaudaciones del SOAT. Dichos gastos representan más del 60% de los gastos totales. Sin duda es un factor que explica cuán alto puede ser el *precio* de la *prima* del SOAT.

Recapitulando, el precio de las *primas* puede tener como causa la cantidad de accidentes, la siniestralidad de un grupo específico de vehículos, el costo promedio de los gastos médicos que representan más del 60% de los gastos totales.

3.2.1.2 Concentración del mercado asegurador y competencia. En relación a la falta de competencia del mercado de seguros en la rama del SOAT, el siguiente gráfico muestra cómo cuatro aseguradoras concentran más del 90% de la contratación de la póliza a los usuarios. Además, para mayo del 2020 La Positiva tenía más del 50% de pólizas contratadas en lo que SOAT incumbe.

Figura 11

Porcentaje de participación de pólizas colocadas por aseguradora hasta setiembre 2022.

SOAT				
	Empresas	Monto	Participación (%)	Porcentaje Acumulado
1	La Positiva	194 576	55.03	55.03
2	Rimac	59 416	16.80	71.83
3	Interseguro (1)	45 972	13.00	84.83
4	Mapfre Perú (1)	21 490	6.08	90.91
5	Pacifico Seguros	18 692	5.29	96.19
6	Protecta	10 132	2.87	99.06
7	Crecer Seguros	2 966	0.84	99.90
8	Qualitas	316	0.09	99.99
9	Vivir Seguros	47	0.01	100.00
	Total	353 606	100.00	
	Mapfre Perú (abs) (2)	23 653		
	Total + Mapfre Perú (abs) (3)	377 259		

Nota. Reproducido de Boletín Semanal, SBS, 2022, (https://www.sbs.gob.pe/app/stats_net/stats/EstadisticaBoletinEstadistico.aspx?p=25#)

No es falso afirmar que el mercado de seguros en el Perú está concentrado: “El mercado está concentrado y se compone por 18 participantes, después de la liquidación de dos compañías en 2020. Los cinco principales participantes representan el 78% del mercado y el Índice Herfindahl-Hirschman (HHI, por sus siglas en inglés) es de 1,848. Las compañías peruanas suscriben alrededor del 77% de las pólizas de seguros en el país, a pesar de constituir únicamente poco más de una cuarta parte de todos los participantes” (Best’s Market Segment Report, 2014)

“El índice de Herfindahl-Hirschman (HHI) es el más utilizado para medir el grado de concentración de los mercados y se define como la sumatoria del cuadrado de las participaciones de mercado de todas las empresas que participan en el:

$$HHI = \sum_{i=1}^n \alpha_i^2$$

Donde es la participación de mercado de la i -ésima empresa. El valor mínimo que puede adoptar este indicador corresponde a la situación en que las n empresas que operan en el mercado participan equitativamente en él, y es igual a $1/n$. El valor máximo es igual a 1 y se alcanza cuando todo el mercado se encuentra concentrado en una única empresa.” (Echegoyen & Bonilla, 2008, pág. 174).

El indicador a penas mostrado señala el grado de concentración en el mercado de seguros del Perú, pero referido a todas las ramas. Si se toma en cuenta que en la rama del SOAT la participación de las aseguradoras es mucho más dispar que en otras ramas, el índice de concentración se eleva para el SOAT. Veamos el siguiente desarrollo:

Tabla 3*Índice de Herfindahl-Hirschman del SOAT en Perú*

Aseguradora	Participación (α)	$\Sigma\alpha^2$
La Positiva	53.27%	2837.6929
Rimac	14.76%	217.8576
Mapfre	12.28%	150.7984
Interseguro	11.49%	132.0201
Pacifico Seguros	4.55%	20.7025
Protecta	2.64%	6.9696
Creceer Seguros	0.88%	0.7744
Qualitas	0.11%	0.0121
Vivir seguros	0.01%	0.0001
		3366.83

Fuente: Elaboración propia.

El *índice de Herfindahl-Hirschman* (HHI) en la rama del SOAT sería de 3366.83 lo que significa que *sería* un mercado *altamente concentrado* y un indicador relativo de falta de competencia. No es la intención de este trabajo afirmar tajantemente que existen problemas graves de competencia en la rama de SOAT del mercado de seguros. Pero poner el énfasis en cuestiones

como la alta concentración del mercado, que claramente es una variable para definir la competencia en el mercado, es fundamental (Mankiw, 2012, pág. 330). Además de ello, es sabido que la falta de competencia *puede* influir en la formación de precios (Mankiw, 2012, pág. 335).

En términos económicos lo que sucede en el mercado asegurador es un oligopolio. El profesor Mankiw señala “Un tipo de mercado de competencia imperfecta es el **oligopolio**, que es un mercado en el que solo hay pocos vendedores o proveedores, cada uno de los cuales ofrece un producto idéntico o similar a los que ofrecen otros proveedores. Los economistas miden el dominio del mercado que ejerce un pequeño número de empresas mediante una estadística llamada *razón de concentración*, que es el porcentaje de la producción total que ofrecen en el mercado las cuatro empresas más grandes. En la economía de Estados Unidos, en casi todas las industrias, la razón de concentración de las cuatro empresas más grandes es menor de 50%, pero en algunas industrias las cuatro empresas más grandes desempeñan un papel más dominante. Las industrias con mayor concentración incluyen el mercado de focos eléctricos (80%), fabricación de aviones (81%), equipo doméstico de lavandería (98%) y cigarrillos (98%). Estas industrias se describen mejor como oligopolios.” (Mankiw, 2012, pág. 330).

El *razón de concentración* tiene la fórmula siguiente

$$C_m = \sum_{i=1}^m \alpha_i$$

Se puede calcular la *razón de concentración* para el mercado del SOAT de la siguiente manera.

Tomemos los datos de las cuatro empresas de mayores ventas (de acuerdo al primer cuadro mostrado en este subapartado). La sumatoria de sus ventas entre las ventas totales nos dará la *razón de concentración* de estas cuatro empresas:

Tabla 4

Razón de Concentración SOAT en Perú

Aseguradora	Ventas individuales (Vi)	Ventas totales (Vt)	Razón de concentración ($\Sigma Vi/Vt$)
La Positiva	102 610	192 605	0.918 ⁶¹
Rímac	28 430		
Mapfre	23 653		
Interseguro	22 128		

Fuente: Elaboración propia.

La *razón de concentración* de las cuatro empresas de mayores ventas es de más del 90%. La diferencia con el *índice de Herfindahl-Hirschman* (HHI) es que si bien el mercado puede estar

⁶¹ El cálculo es el siguiente: $RC = \frac{102\,610 + 28\,430 + 23\,653 + 22\,128}{192\,605} = 0.918$

concentrado, la *razón de concentración* nos dirá el nivel de concentración tomando como referencia un número determinado de empresas.

Se debe recalcar que estos índices son relativos y no absolutos. Pero que son valiosos para empezar a analizar a fondo los problemas de competencia que puede tener un mercado en específico (Ruiz Paredes, Ruiz Paredes, & Morales Paredes, 2017). El oligopolio en el Perú en el ramo de SOAT ya ha traído consecuencias económicas y sociales: el 2011 la Corte Suprema confirmó la concertación de precios en la venta de pólizas de SOAT.

Además de la alta concentración se puede señalar que para algunos segmentos de vehículos la oferta se reduce. Véase el caso de los Minibús, Ómnibus y Microbuses:

Tabla 5

Precio de la Prima de Póliza de SOAT en Lima por Tipo de Vehículo según SBS

Lima	Motocicleta	Microbus	Omnibus	Auto	Taxi	Minibus
Protecta	550	-	-	105	290	-
La Positiva	550	720	1050	120	320	780
PacificoSeguros	1000	1200		200	200	1000
Interseguro	550	450	-	105	315	-
BNP Paribas	570	-	-	99	299	-

Rímac Seguros	800	-	-	130	330	-
SEG de Pruebas	-	-	-	100	-	-

Fuente: <http://www.sbs.gob.pe/app/retasas/paginas/retasasInicio.aspx?p=P>

No puede existir competencia en la oferta del SOAT cuando es únicamente una empresa aseguradora la que brinda el producto en el caso de los ómnibus.

Por último, se puede mostrar como es el caso chileno en cuestión de comparación de concentración del mercado. En primer lugar, se encuentra que existe mayor oferta en las aseguradoras para un parque automotor menor que el peruano. A su vez, el precio de las primas convertido a soles peruano es mucho menor que en Perú (1 peso chileno es igual a 0.0042 soles).

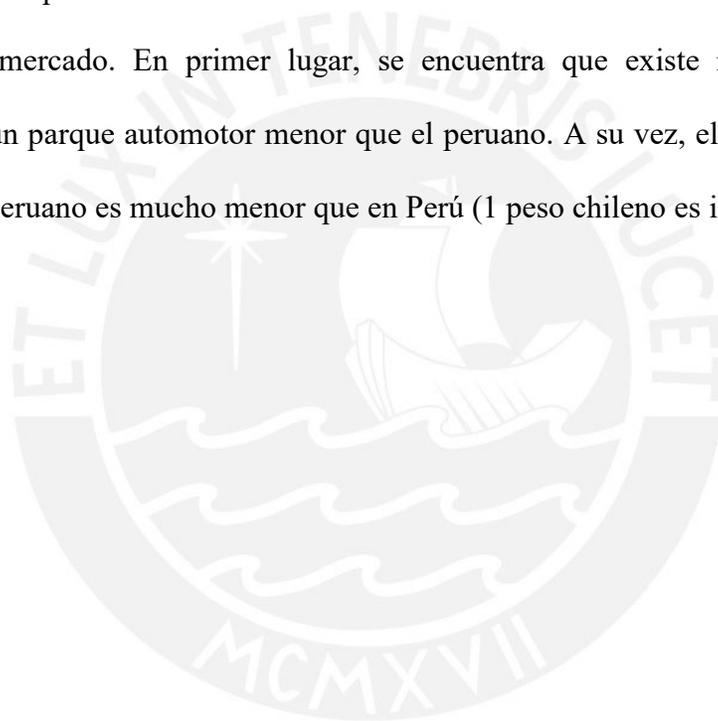


Figura 12

Tarifa de las aseguradoras en Chile en pesos chilenos al 2022.

Sociedad	Canal	Automóvil	Todo Terreno	Station Wagon	Camioneta	Furgón	Motocicletas	Carros de Arrastre
Aseguradora Porvenir S.A	Internet	\$ 5,900	\$ 5,900	\$ 5,900	\$ 8,800	\$ 8,800	\$ 38,600	\$ 4,500
	Presencial	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
Bci	Internet	\$ 5,290	\$ 5,290	\$ 5,290	\$ 7,590	\$ 7,590	\$ 40,000	\$ 3,990
	Presencial	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
BNP Paribas Cardif	Internet	\$ 4,990	\$ 4,990	\$ 4,990	\$ 8,990	\$ -	\$ 36,990	\$ 4,490
	Presencial	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
Consorcio	Internet	\$ 5,290	\$ -	\$ -	\$ 7,990	\$ 7,990	\$ 36,990	\$ 4,290
	Presencial	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
Chilena Consolidada Seguros S.A.	Internet	\$ 5,900	\$ 5,900	\$ 5,900	\$ 8,500	\$ 19,500	\$ 50,000	\$ 5,500
	Presencial	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
HDI Seguros	Internet	\$ 5,090	\$ 5,090	\$ 5,090	\$ 8,490	\$ 8,490	\$ 39,900	\$ 4,490
	Presencial	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
Liberty	Internet	\$ 8,000	\$ 8,000	\$ 8,000	\$ 9,400	\$ 9,400	\$ 76,500	\$ 4,100
	Presencial	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
Mapfre	Internet	\$ 8,660	\$ 8,660	\$ 8,660	\$ 8,800	\$ 8,800	\$ 69,990	\$ 4,600
	Presencial	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
Mutual de Seguros de Chile	Internet	\$ 5,590	\$ 5,590	\$ 5,590	\$ 8,190	\$ 8,190	\$ 42,000	\$ 3,400
	Presencial	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
Seguros Generales Suramericana (SURA)	Internet	\$ 5,290	\$ 5,290	\$ 5,290	\$ 7,990	\$ 7,990	\$ 36,990	\$ 3,790
	Presencial	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -
Zenit Seguros	Internet	\$ 5,210	\$ 5,210	\$ 5,210	\$ 7,590	\$ 7,590	\$ 40,000	\$ 3,920
	Presencial	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -	\$ -

Nota. Reproducido de EDUCA, Portal de Educación Financiera, 2022, (<https://www.cmfchile.cl/educa/621/w3-propertyvalue-565.html>)

El precio de la *prima* más alta para automóviles es de 24, 89 soles al tipo de cambio mientras que en Perú, Lima, la *prima* más barata es de 99 soles. Se podría pensar que las coberturas son menores pero al contrario, son mayores. Véase la siguiente imagen tomando en cuenta que el valor de la UF chilena equivale a 136.55 soles peruanos.

Figura 13

Montos y concepto de cobertura del SOAP en Chile al 2022.



2 Cobertura SOAP

• Muerte	300 UF
• Incapacidad permanente total	300 UF
• Incapacidad permanente parcial	hasta 200 UF
• Gastos médicos y hospitalarios	hasta 300 UF (nivel 03 M.L.E. Fonasa)

Nota. Reproducido de EDUCA, Portal de Educación Financiera, 2022, (https://www.cmfeduca.cl/educa/621/articles-47189_recurso_1.pdf)

En Perú el límite de la compensación por muerte es de 18 400 soles equivalente a 4 UIT mientras que en Chile es de 40 965 soles. La diferencia es considerable.

Además de ello, la composición del mercado en la rama del SOAT no es como la peruana. Véase el siguiente cuadro.

Figura 14*Número de seguros contratados por cada aseguradora en Chile al 2021.***SEGURO OBLIGATORIO DE ACCIDENTES PERSONALES****F. NUMERO DE SEGUROS CONTRATADOS**

(entre el 1 de enero y 31 de diciembre de 2021)

Sociedad	Automóviles	Camionetas	Camiones	Buses	Motocicletas	Taxis	Otros	Total
Bci	962,241	601,816	123,163	41,492	32,549	40,943	77,375	1,879,579
BNP PARIBAS CARDIF	162,075	8,160	0	0	839	0	177	171,251
Bupa	0	0	0	0	0	0	0	0
Chilena Consolidada	4,556	1,138	0	0	8	0	41	5,743
Chubb	0	0	0	3,711	0	0	0	3,711
Consorcio Nacional	216,722	54,133	2,888	1,004	6,250	4,933	3,870	289,800
FID			3,224	1,480			103	4,807
HDI	807,211	364,203	70,198	27,118	164,696	9,433	33,687	1,476,546
Liberty	35,176	31,878	16,646	19,754	1,332	28,373	28,267	161,426
Mapfre	13,159	8,956	6,389	1,252	0	608	7,732	38,096
Mutual de Seguros	299,796	120,771	0	0	9,782	0	11,411	441,760
Porvenir	8,561	14,111	2,983	0	241	0	241	26,137
Renta Nacional	15,822	4,636	599	5,852	1,089	0	1,184	29,182
Suramericana	1,384,606	119,314	21,670	8,869	30,171	13,667	40,985	1,619,282
Zenit	380,553	76,007	0	4,326	17,117	0	3,534	481,537
TOTAL	4,290,478	1,405,123	247,760	114,858	264,074	97,957	208,607	6,628,857

Nota. Reproducido de Comisión para el Mercado Financiero, 2021,

(<https://www.cmfchile.cl/portal/estadisticas/617/w3-propertyvalue-43832.html>)

El índice de Herfindahl-Hirschman (HHI) es mucho menor que el peruano aunque se puede predicar que también existe concentración pero no al nivel peruano:

Tabla 6*Índice de Herfindahl-Hirschman del SOAP en Chile*

Aseguradora	Participación α)	$\Sigma\alpha^2$
Bci	28.35%	803.72
BNP PARIBAS	2.58%	6.656
Chilena consolidada	0.08%	0.0064
Chubb	0.055%	0.003
Consortio Nacional	4.37%	19.09
FID	0.07%	0.0049
HDI	22.27%	495.95
Liberty	2.435%	5.929
Mapfre	0.57%	0.3249
Mutual Seguros	6.66%	44.35
Porvenir	0.39%	0.1521
Renta Nacional	0.44%	0.1936
Suramericana	24.42%	596.33
Zenit	7.26%	52.70
		2025.41

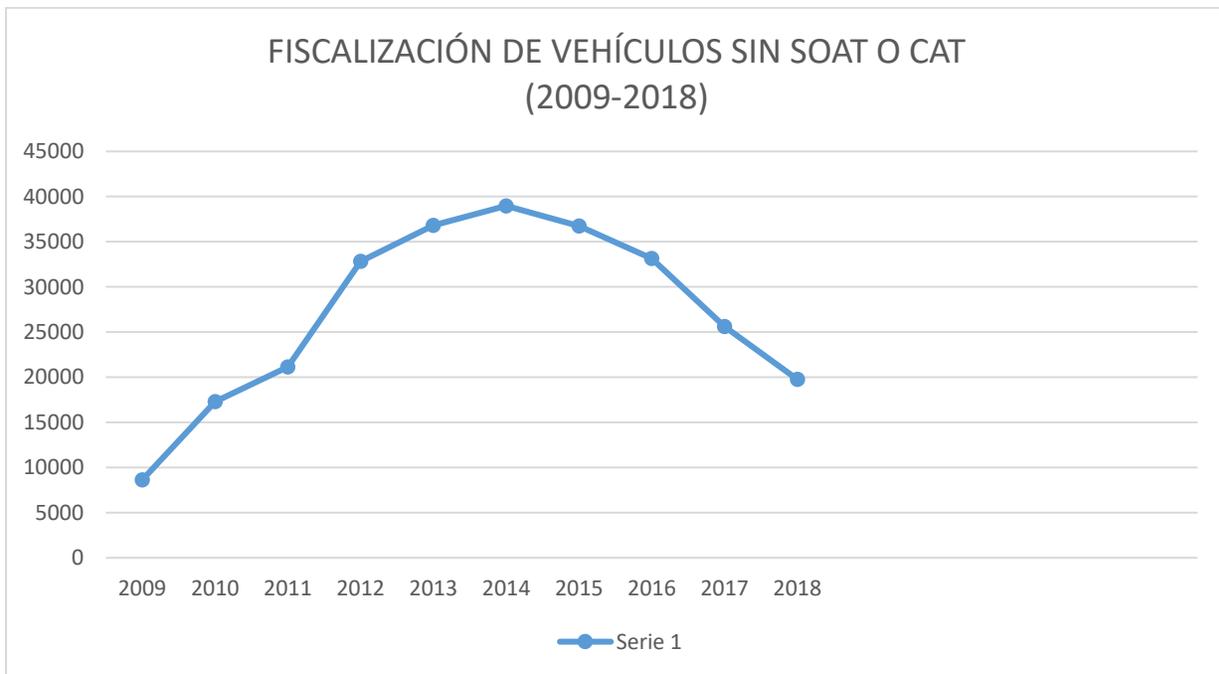
Fuente: Elaboración propia.

Son distintos los factores que intervienen en el *precio* de la *prima* y no únicamente la concentración del mercado. El caso chileno puede diferenciarse del peruano por el número de accidentes de tránsito lo que puede disminuir el *precio* de la *prima*, también puede diferenciarse y este es un dato corroborado que el nivel de contratación de pólizas es por mucho mayor al caso peruano.

3.2.1.3 Escasa fiscalización. La fiscalización es un aspecto muy resaltante en el sistema actual del SOAT en Perú. Y lo es por su ineficacia. Como se ha desarrollado en el capítulo primero, es la PNP la principal responsable de la fiscalización; el siguiente cuadro muestra el número de vehículos que son encontrados sin la póliza del SOAT:

Figura 15

Fiscalización de Vehículos sin SOAT o CAT de 2009-2018.



Nota. Adaptado a partir de la información publicada anualmente por la PNP, 2018, (<https://observatorio.mininter.gob.pe/sites/default/files/reporte/archivos/ANUARIO%20PNP%202018.pdf>)

De un parque automotor de alrededor 6 millones de vehículos, alrededor de 2 760 000 no tiene seguro obligatorio. Anualmente se constatan más de 27000 casos de vehículos sin SOAT o CAT. Es realmente ineficaz la fiscalización. Existe un 0.97% de probabilidad de ser hallado responsable por no contar con el SOAT o CAT. Es decir, que de cada 10000 vehículos sin seguro obligatorio solo 97 son fiscalizados.

El no contar con el seguro obligatorio está tipificado como una falta “Muy Grave” en el Reglamento de Tránsito y amerita una multa correspondiente a 552 soles, se descuentan 50 puntos en el record de conducir del conductor y se debe retener el vehículo⁶². Pero bajo la probabilidad de ser atrapado se convierte en 5.35 soles. El *costo esperado* se calcula multiplicando el costo de la multa por la probabilidad de ser atrapado:

$$C_e = 552 * 0.97\% = 5.3544$$

Este es el costo esperado de incumplir este tipo de norma en el Perú. Además de la multa pecuniaria, la normativa prevé que se le descuenta 50 puntos y la retención del vehículo. Estas sanciones también entran al cálculo de costo-beneficio para quien incumple con la norma y también están sometidas a costo esperado que se acaba de calcular. Estas sanciones pueden tener un valor distinto en cada persona, es distinto que a un taxista se le reste 50 puntos en su licencia de conducir que a quien no utiliza el vehículo como herramienta de trabajo. Sin embargo, al fin y al cabo estas sanciones terminan diluyéndose debido a la escasa efectividad en la fiscalización.

En el año 2020 se modificó el Código Penal para incorporar el siguiente artículo:

“Artículo 273-A. Producción de peligro en el servicio público de transporte de pasajeros

El que presta el servicio público de transportes de pasajeros y/o el que conduce vehículos de dicho servicio, con o sin habilitación otorgada por la autoridad competente, que pueda generar un peligro para la vida, la salud o la integridad física de las personas al no cumplir con los requisitos de ley para circular y que, además, dicho vehículo no cuente con el correspondiente Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito vigente o no haya

⁶² https://www.sat.gob.pe/websitev8/modulos/contenidos/mult_papeletas_ti_rntv2.aspx

pasado la última inspección técnica vehicular, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno (1) ni mayor de tres (3) años e inhabilitación conforme al artículo 36, inciso 7.”

Es evidente que incorporar sanciones más estrictas sin tener una eficiente fiscalización no aumentará la efectividad de aquellas. Lo más preocupante es que en los últimos cuatro años, como se ve en la gráfica, el nivel de efectividad en la fiscalización está cayendo.

Una de las razones por las que la fiscalización es tan ineficiente es la calidad del fiscalizador. La PNP afronta un problema grave de corrupción que hace cuestionable su labor en la fiscalización de los vehículos a motor que deberían contar con la póliza del SOAT.

Veamos la estadística que respalda esta afirmación. En primer lugar, los funcionarios de la PNP son el segundo grupo más grande de condenados por corrupción:

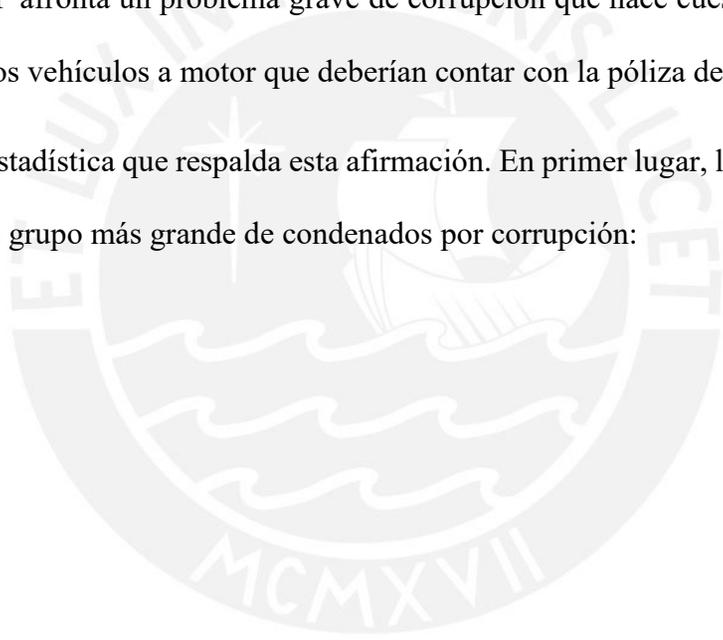


Figura 16

Principales Funcionarios Condenados de Enero a Diciembre de 2021.



Nota. Reproducido de Ministerio Público, 2021, (<https://www.mpfn.gob.pe/fiscalias-anticorrupcion/>)

En segundo lugar, el delito que más se comete es el cohecho activo por parte de los funcionarios públicos que son condenados:

Figura 17

Delitos más Sancionados de enero a diciembre 2021.



MINISTERIO PÚBLICO
FISCALÍA DE LA NACIÓN

FECOF | FISCALÍAS ESPECIALIZADAS EN DELITOS
DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS
Siempre alerta

Balance estadístico FECOF 2021 Delitos más sentenciados (Enero - Diciembre 2021)

N°	DELITOS	TOTAL
1	COHECHO ACTIVO	139
2	PECULADO SIMPLE POR APROPIACION PARA SÍ	124
3	NEGOCIACION INCOMPATIBLE O APROVECHAMIENTO INDEBIDO DEL CARGO	123
4	COLUSION SIMPLE	93
5	PECULADO AGRAVADO POR APROPIACION PARA SÍ	73
6	COLUSION AGRAVADA	62
7	COHECHO PASIVO PROPIO	50
8	OTROS DELITOS COMUNES (QUE NO SON DE CORRUPCION)	43
9	COHECHO PASIVO PROPIO EN EL EJERCICIO DE LA FUNCION POLICIAL	33
10	PECULADO SIMPLE POR APROPIACION PARA OTRO	25
11	CONCUSIÓN OBLIGANDO O INDUCIENDO A UNA PERSONA A DAR O PROMETER INDEBIDAMENTE PARA SÍ	22
12	PECULADO DE USO	19
13	PECULADO CULPOSO	15
14	OTROS	127
TOTAL		948

Fuente: FECOF



Nota. Reproducido de Ministerio Público, 2021, (<https://www.mpf.n.gob.pe/fiscalias-anticorrupcion/>).

En tercer lugar, tanto choferes como policías son los grupos más grandes de detenidos en flagrancia delictiva por corrupción:

Figura 18

Detenidos en Acciones de Flagrante Corrupción por Entidades.

CUADRO Nº 25.4: DETENIDOS EN ACCIONES DE FLAGRANTE CORRUPCIÓN POR ENTIDADES. (OPERATIVOS DIRCOCOR), AÑO 2019.

CUADRO Nº 25.4 : DETENIDOS EN ACCIONES DE FLAGRANTE CORRUPCIÓN POR ENTIDADES, AÑO 2019.

ENTIDAD	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SET	OCT	NOV	DIC	TOTAL
ADUANAS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
CHOFERES	6	12	7	12	9	31	53	10	28	36	65	9	278
EJERCITO DEL PERU (EP)	2	0	1	0	8	0	0	0	0	0	0	24	35
ESSALUD	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	1
FUERZA AEREA DEL PERU (FAP)	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	1
GOBIERNO REGIONAL	1	0	5	1	3	0	3	0	0	1	1	2	17
INPE	0	0	2	5	1	0	1	1	0	0	0	0	10
MINISTERIO DE AGRICULTURA	0	0	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	2
MINISTERIO DE CULTURA	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	1
MINISTERIO DE EDUCACION	1	1	3	0	2	0	1	18	0	0	1	3	30
MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS	0	1	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	3
MINISTERIO DE PRODUCCION	0	0	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0	2
MINISTERIO DE SALUD	1	0	0	0	0	1	4	0	0	0	1	0	7
MINISTERIO DE TRANSPORTE Y COMUNICACIONES	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	1
MINISTERIO DE VIVIENDA CONSTRUCCION Y SANEAMIENTO	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
MINISTERIO PUBLICO (MP)	2	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	3
MUNICIPALIDAD	4	16	4	13	8	7	6	2	22	11	12	6	111
OTROS FUNCIONARIOS PUBLICOS	0	0	1	0	1	2	0	0	2	0	0	0	6
PARTICULARES	8	5	12	14	8	4	6	7	7	18	1	6	96
PODER JUDICIAL (PJ)	1	1	1	1	0	0	0	1	1	0	0	0	6
POICIA NACIONAL DEL PERU (PNP)	19	8	10	14	11	10	9	13	8	4	14	28	148
SUNAT	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	1
UNIVERSIDADES	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	1	1	3
TOTAL	46	44	49	63	52	55	87	52	69	70	97	79	763

FUENTE: EM/DIRCOCOR PNP

ELABORACION: SECEJE-PNP/DIRTIC - DIVEST

Nota. Reproducido de Policía Nacional del Perú, 2019, (https://regulacion.pnp.gob.pe/anuario_estadistico/documentos/5070doc_BOLETIN%20IV-2019.pdf)

La estadística también muestra que los choferes como los policías son de los grupos más grandes de detenidos y capturados por corrupción:

Figura 19

Detenidos y Capturados por Corrupción, 2019.

CUADRO N° 25.3: DETENIDOS Y CAPTURADOS POR CORRUPCIÓN, SEGÚN ENTIDADES, AÑO 2019.

CUADRO N° 25.3 : DETENIDOS Y CAPTURADOS POR CORRUPCIÓN, SEGÚN ENTIDADES, AÑO 2019.

ENTIDAD	ENE	FEB	MAR	ABR	MAY	JUN	JUL	AGO	SET	OCT	NOV	DIC	TOTAL
ADUANAS	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
CHOFERES	17	21	34	5	10	7	5	6	5	4	2	6	122
EJERCITO DEL PERU (EP)	0	2	0	4	0	0	0	1	0	0	0	3	10
EMPRESA DE ELECTRICIDAD	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	1
ESSALUD	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
FUERZA AEREA DEL PERU (FAP)	0	0	2	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2
GOBIERNO REGIONAL	0	0	2	1	0	1	1	1	0	0	0	0	6
INPE	1	0	0	0	0	0	0	1	1	0	0	1	4
MIGRACIONES	0	0	0	0	0	2	0	0	0	0	0	0	2
MINISTERIO DE AGRICULTURA	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	1
MINISTERIO DE ECONOMIA Y FINANZAS	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	0	0	1
MINISTERIO DE EDUCACION	0	0	3	5	0	0	1	2	1	7	0	2	21
MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS	0	0	0	0	0	8	0	0	0	0	0	0	8
MINISTERIO DE JUSTICIA	0	0	0	0	0	0	1	0	0	0	1	0	2
MINISTERIO DE SALUD	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	1	2	4
MINISTERIO DE TRANSPORTE Y COMUNICACIONES	1	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	2
MINISTERIO DE VIVIENDA CONSTRUCCION Y SANEAMIENTO	0	0	0	0	0	2	0	0	0	0	0	0	2
MINISTERIO PUBLICO (MP)	0	0	0	3	1	0	1	1	0	0	0	0	6
MUNICIPALIDAD	3	3	9	9	12	12	7	10	16	9	27	30	147
PARTICULARES	0	2	4	15	15	7	7	5	7	4	1	3	70
PODER JUDICIAL (PJ)	2	0	3	0	3	0	0	1	0	0	0	0	9
POLICIA NACIONAL DEL PERU (PNP)	3	8	6	12	8	2	5	6	6	7	6	5	74
SUNAT	0	0	1	0	0	0	0	0	0	0	0	0	1
TOTAL	27	36	66	54	49	41	29	34	38	32	38	52	496

FUENTE: EM/DIRCOCOR PNP

ELABORACION: SECEJE-PNP/DIRTIC - DIVEST

Nota. Reproducido de Policía Nacional del Perú, 2019, (https://regulacion.pnp.gob.pe/anuario_estadistico/documentos/5070doc_BOLETIN%20IV-2019.pdf)

Claramente el estudio sobre las causas de la corrupción en la PNP y en los choferes amerita un trabajo a mayor profundidad. Lo único que se ha mostrado aquí es evidencia de que existe un

problema de corrupción en ambas partes relevantes en la adquisición de la póliza del SOAT: los fiscalizados, los choferes, y los fiscalizadores, la PNP.

La contratación de la póliza es muy importante para proteger al mayor número de víctimas de accidentes de tránsito posible. La fiscalización es una pieza fundamental para aumentar con la contratación lo que a su vez redundaría en bajar el *precio* de las *primas*. La idea de indagar sobre la estructura actual y sus fallas es poder proponer algunos cambios al sistema. En el siguiente subapartado se propondrán algunas modificaciones al sistema actual.

3.2.2 *Propuesta para acercarnos al objetivo de cobertura global del SOAT*

Se parte de la premisa económica de que la baja del *precio* de la *prima* contribuye a la adquisición de la póliza del SOAT. De la misma manera, el fortalecimiento de la fiscalización puede equilibrar la balanza del análisis costo-beneficio a la hora de adquirir la póliza, haciendo más beneficio adquirirla que incumplir con la norma.

En base a lo apenas mencionado el segundo subapartado va a proponer algunas modificaciones a la estructura actual así como políticas complementarias partiendo de los problemas que atraviesa actualmente la estructura actual. Reducir el *precio* de las *primas* puede requerir no solo enfocarse en los factores que componen la *prima* sino una política pública que respalde la carga de soportar los daños y de cubrir a la mayor cantidad de víctimas posibles.

Tener como objetivo la mayor contratación posible de pólizas de SOAT se fundamenta en tener una mayor cobertura de las víctimas de accidentes de tránsito y sobre todo la reducción de lo que se ha llamado a lo largo de este trabajo *víctimas en contexto de ausencia de contratación*. Si entendemos como un imperativo de una vida *digna* la protección de eventos que minan las

libertades fundamentales de las personas, contar con una estructura eficiente para combatir los accidentes de tránsito es fundamental.

3.2.2.1 Propuesta para una mayor contratación de la póliza del SOAT. A continuación se van a proponer algunas modificaciones en la estructura actual del SOAT con la finalidad de obtener una mayor contratación de pólizas posible. Las modificaciones van a partir de los problemas encontrados líneas arriba.

i. Compartir la cobertura de los accidentes de tránsito con otros seguros

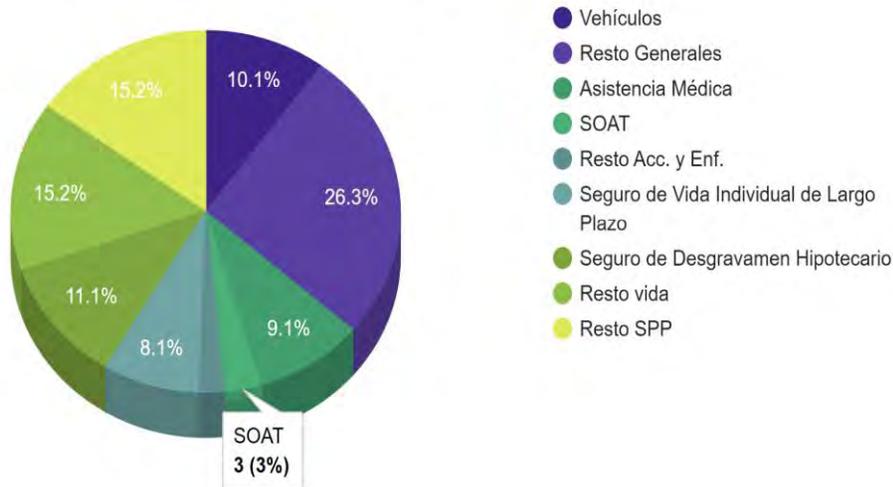
Dado que el alto *precio* de las *primas* se explica a partir de los *gastos médicos* principalmente pero también por los gastos por *incapacidad temporal*, una forma para reducir el precio de las *primas* e incentivar la contratación de la póliza sería compartir los *gastos médicos* y los *gastos por incapacidad temporal* con los *seguros médicos*. Pero también se podría compartir los gastos del SOAT relacionado a defunción con los *seguros de vida*.

El siguiente cuadro muestra cómo se compone la colocación de seguros por rama:

Figura 20

Composición del Mercado según Primas de Seguros Netas de Principales Riesgos.

Composición del Mercado según Primas de Seguros Netas de Principales Riesgos (*)



Nota. Reproducido de APESEG, 2021, (<https://www.apeseg.org.pe/composicion-del-mercado/>)

Como se puede ver, el SOAT solo representa el 3% de todas las pólizas colocadas. Las de asistencia médica representan más del triple, 9.1%. En rama vida, el Resto vida tiene un 15.2% y el seguro de Vida Individual de Largo Plazo cuenta con un 8.1%.

Cuando ocurre un accidente de tránsito, el SOAT es la primera opción de cobertura cuando las personas ingresan a las clínicas y hospitales; así como cuando fallecen o presentan incapacidad temporal o permanente. La propuesta consiste en cambiar la lógica de la prioridad del SOAT para compartir los gastos con los demás seguros que brindan cobertura para los *gastos médicos, incapacidad temporal o permanente y gastos de sepelio*.

Dado que la cantidad de pólizas de las ramas de vida y salud es considerablemente mayor a la del SOAT, los costos se pueden dispersar de mejor forma que en el caso del SOAT. Esto ayudaría a que no se concentren los gastos en unos pocos e incrementen el precio de las *primas* de

los otros seguros de vida y salud de tal forma que se desincentive la contratación en sus *ramas* respectivas.

Ahora bien, la propuesta no busca que otras *ramas* absorban por completo los gastos típicos del SOAT sino que compartan ***parcial y temporalmente*** los costos para así reducir el alto *precio* de la *prima*. La medida debe ser centrada, por ejemplo, en los *vehículos menores* que son los que por su *siniestralidad* generan mayores costos. De esta forma, se podrá en *alguna medida* incentivar la contratación.

El siguiente cuadro resume la cobertura del SOAT:

Tabla 7

Cobertura Actual del SOAT en Perú

Concepto	Monto
Por muerte	4 UIT
Por invalidez permanente.	Hasta 4 UIT
Por incapacidad temporal	Hasta 1 UIT
Por gastos médicos	Hasta 5 UIT
Por gastos de sepelio	Hasta 1 UIT

Fuente: Elaboración propia.

Una cobertura parcial implicaría lo siguiente:

Tabla 8

Propuesta de Cobertura de SOAT

Concepto	Monto	Seguros a cubrir
----------	-------	------------------

Por muerte	4 UIT	1 UIT seguros de vida - 3 UIT SOAT
Por invalidez permanente.	Hasta 4 UIT	
Por incapacidad temporal	Hasta 1 UIT	La primera 1 UIT SOAT - 1 UIT seguro médico
Por gastos médicos	Hasta 5 UIT	Las primeras 3 UIT SOAT - 2 siguientes UIT seguros médicos
Por gastos de sepelio	Hasta 1 UIT	

Fuente: Elaboración propia.

La cobertura de los seguros médicos y vida deben ser escalonados y sin sobrecargar sus propias finalidades, en ese sentido el soporte es *parcial*. Calcular hasta cuánto es posible compartir los gastos es una tarea técnica de gran importancia. Los criterios a tomar en cuenta deberán ser (i) en cuánto se incrementa la *prima* de las ramas de vida y servicios médicos y (ii) hasta qué punto se puede dispersar el costo dado el número de pólizas contratados, mientras más pólizas mayor dispersión habrá.

Como se puede ver, que los principales gastos del SOAT sean parcialmente compartidos permite incluso ampliar la cobertura de algunos conceptos de accidentes de tránsito.

Claramente, esto debe realizarse sin afectar las demás *ramas* de seguros. Ello amerita un estudio más detallado que excede los límites de la presente investigación. Lo que presentamos es un bosquejo que requiere mayor análisis y es una propuesta que se dio en el marco de un estudio en USA sobre los seguros *no-fault*.

Esta propuesta requiere de un cambio normativo en la Ley de Transporte y Tránsito Terrestre, específicamente en el inciso 30.6 del artículo 30:

(...)Las demás coberturas de seguros de accidentes personales, particulares u obligatorios que comercialicen las empresas de seguros, serán complementarias a la cobertura del SOAT o CAT y se aplicarán sobre el exceso de gastos no cubiertos por el SOAT o CAT. Esta disposición es también aplicable al seguro de accidentes personales que se otorga a los vehículos que transitan por las vías administradas por una empresa administradora de peajes y que acrediten el pago del derecho de tránsito mediante la presentación del boleto del peaje."

Lo propuesto aquí es una adaptación de lo que se propuso en el 2010 por Anderson, J. Heaton, P. Carroll, S. La idea de bajar el precio de la prima del seguro *no-fault* a través de compartirlo con otros seguros se encuentra en dicho trabajo.

ii. Mejorar la fiscalización en la contratación del SOAT

Actualmente, la fiscalización de la vigencia de la póliza del SOAT se encuentra primordialmente en manos de la PNP. Independientemente de diversificar los agentes fiscalizadores para no concentrar el mayor peso en una institución con serios cuestionamientos de corrupción, plantear una reforma en la PNP es crucial para incentivar la contratación del SOAT.

iii. Restringir el consumo de combustible a la corroboración de la contratación del SOAT.

Esta propuesta consiste en restringir válidamente el abastecimiento del combustible en los grifos si no se verifica la vigencia del SOAT. Esta propuesta no es una novedad en el ámbito de los hidrocarburos. Véase la siguiente normativa de la Resolución de Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión de Energía y Minería N° 90-2021- OS7DC:

“Artículo 5.- Sobre las consecuencias de la falta de registro o de actualización de la información de las pólizas de seguro

5.1. La falta de registro o de actualización de la información relacionada a las pólizas de seguro en el Módulo de Pólizas de Seguro es considerado medio de prueba del incumplimiento de la obligación establecida en la normativa, y configura la causal de imposición de medida de seguridad de **suspensión de la inscripción en el Registro de Hidrocarburos** prevista en el literal g) del artículo 20° del Anexo I del Reglamento del Registro de Hidrocarburos aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 191-2011-OS/CD o norma que lo sustituya, modifique o complemente, en los que casos que corresponda.”

La exigencia de una póliza de seguro de responsabilidad es exigida para que quienes operan con inscripción en el registro de hidrocarburos puedan operar de forma regular. Esta exigencia abarca desde los restaurantes que operan con GLP hasta industrias que requieren de algún combustible para poner en marcha sus maquinarias. Cualquiera de estos establecimientos, si quiere operar de forma regular, debe mostrar la vigencia de la póliza de responsabilidad civil.

Si bien la diferencia está en que exigir la vigencia del SOAT no tiene como fundamento el riesgo de combustible, resultaría una medida que incentive la contratación del SOAT. Sin combustible un vehículo a motor no puede circular y de hecho la Ley de Transporte y Tránsito terrestre -Ley 27181- condiciona la circulación vial de los vehículos a motor a contar con el SOAT. Por ello, la medida de restringir el abastecimiento de combustible estaría alineada a dicho fin.

Ahora bien, esta medida necesita de una fiscalización efectiva que ya no recaiga en la dudosa gestión de la PNP sino en OSINERGMIN. Este organismo deberá velar por que los grifos, principalmente, no expendan combustible a los vehículos que no cuenten con la póliza vigente. Esta tarea puede resultar difícil pero aquí presentamos algunas cuestiones generales que se deben tener en cuenta y estudiadas a mayor detalle.

- La verificación de la vigencia del SOAT puede darse mostrando la póliza en físico o de manera electrónica pero también corroborando dicha información en la página de la Asociación Peruana de Empresas de Seguros (APESEG) en el siguiente link: <https://www.apeseg.org.pe/consultas-soat/>
- Las ventas realizadas por los centros de abastecimiento deberán coincidir con las solicitudes que realicen por la plataforma virtual de Osinergmin. Esta plataforma, fue creada para evitar la venta informal de combustible y tener un control más estricto sobre quienes lo solicitan. Los grifos deberán mostrar que el expendio de combustible se realizó a un vehículo con póliza vigente en la boleta o factura de venta electrónica emitida, que también es una obligación. El cuadro final deberá coincidir con la cantidad de combustible aprobada por Osinergmin en la plataforma virtual⁶³.
- Se deben establecer multas por el incumplimiento de los centros de abastecimiento que realmente incentiven a seguir lo establecido por la norma.

Una ventaja importante de cambiar al protagonista de la fiscalización, de la PNP a Osinergmin, es que estos no deberán *perseguir* en las calles a los vehículos sin SOAT. Su labor es menos exigente en ese sentido ya que deben fiscalizar a los *centros de abasto*, cuya ubicación es conocida.

De todas formas es importante realizar estudios que profundicen sobre esta propuesta. No se puede afirmar que la fiscalización de Osinergmin no pueda decaer y corromperse hasta equipararse a la que realiza la PNP. Los canales para denunciar corrupción y las medidas eficaces y prontas para afrontar dicho flagelo deben ser considerados de suma importancia.

⁶³ Los pedidos se realizan en la siguiente página web: <https://pvo.osinergmin.gob.pe/seguridad/login>

3.2.2.2 Propuesta de esquemas complementarios que comparten parcialmente el costo de los daños en los accidentes de tránsito. Los esquemas complementarios no son novedad y tiene como finalidad compartir parcialmente los costos de los accidentes de tránsito para poder cubrir a las víctimas en contexto de ausencia de contratación. Sin embargo, estos esquemas no son iguales en los distintos países de la región. En este subapartado se van a mostrar algunos de los esquemas para poder evaluar la mejor opción para el Perú.

❖ **Brasil**

En el caso de Brasil, el seguro obligatorio de accidentes de tránsito se denomina DPVAT, la normativa prevé la creación obligatoria de un consorcio que afronte los gastos de la misma forma que lo haría una aseguradora para las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*:

Arte. 7 La indemnización de una persona víctima de un vehículo no identificado, con asegurador no identificado, seguro no realizado o vencido, será pagada en las mismas cuantías, condiciones y términos de los demás casos por un consorcio constituido, obligatoriamente, por todas las compañías de seguros. Que operen en el seguro objeto de esta Ley. : ("Caput" del artículo con redacción dada por la Ley N° 8.441, del 13/7/1992)

§ 1º El consorcio a que se refiere este artículo podrá revertir del propietario del vehículo las cantidades a desembolsar, siendo el vehículo, desde el principio, en garantía de la obligación, aunque esté vinculado a un contrato de enajenación fiduciaria, reserva de dominio, arrendamiento o cualquier otro. (Párrafo con redacción dada por la Ley N° 8.441, del 13/7/1992)

§ 2º El Consejo Nacional de Seguros Privados (CNSP) establecerá las reglas para atender el pago de las indemnizaciones previstas en este artículo, así como la forma de su distribución por los Aseguradores participantes del Consorcio.⁶⁴

La idea fue que las empresas se auto-organizaran para cubrir a las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*. En estos supuestos, la norma permite afectar jurídicamente el vehículo que participó en el accidente como garantía para el pago de las indemnizaciones.

No pasó mucho tiempo para que las aseguradoras interpongan una acción de inconstitucionalidad que fue, sin embargo, rechazado por el Supremo Tribunal Federal:

“IDA 1003

En decisión unánime, los ministros desestimaron la ADI 1003, presentada por la Confederación Nacional de Comercio (CNC) y la Federación Nacional de Empresas de Seguros Privados y de Capitalización (Fenaseg) contra el artículo 1 de la Ley 8.441/1992, en la parte que modificó el artículo 7 de la Ley 6.194/1974. La disposición prevé la creación de nuevas hipótesis de responsabilidad objetiva de un consorcio de aseguradoras que operen seguros DPVAT.

⁶⁴ Art. 7º A indenização por pessoa vitimada por veículo não identificado, com seguradora não identificada, seguro não realizado ou vencido, será paga nos mesmos valores, condições e prazos dos demais casos por um consórcio constituído, obrigatoriamente, por todas as sociedades seguradoras que operem no seguro objeto desta Lei. : (“Caput” do artigo com redação dada pela Lei nº 8.441, de 13/7/1992)

§ 1º O consórcio de que trata este artigo poderá haver regressivamente do proprietário do veículo os valores que desembolsar, ficando o veículo, desde logo, como garantia da obrigação, ainda que vinculada a contrato de alienação fiduciária, reserva de domínio, leasing ou qualquer outro. (Parágrafo com redação dada pela Lei nº 8.441, de 13/7/1992)

§ 2º O Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) estabelecerá normas para atender ao pagamento das indenizações previstas neste artigo, bem como a forma de sua distribuição pelas Seguradoras participantes do Consórcio.

La Corte siguió la opinión de la ministra Cármen Lúcia, según la cual no hay, en el caso, “incumplimiento del principio de libre empresa, ni del derecho de propiedad”. Agregó que la regla cuestionada “garantizaba al consorcio de seguros tomar acción contra el responsable de los accidentes que pudieran identificarse” y que “la legislación vigente autoriza el reajuste de la tarifa”.

La disposición declarada constitucional determina que “la indemnización de una persona víctima de un vehículo no identificado, con aseguradora no identificada, seguro no realizado o vencido, será pagada en las mismas cantidades, condiciones y términos de los demás casos por un consorcio constituido, obligatoriamente, por todas las compañías de seguros que operan en los seguros objeto de esta ley” (artículo 7 de la Ley 6.194/1974).⁶⁵

Actualmente, existe una reforma en camino que contempla eliminar el DPVAT. Visto los argumentos expuestos se observa que no se pretende quitar protección a las víctimas de accidentes de tránsito sino que en dicho país se han venido desarrollando desde 1974, fecha de la normativa del DPVAT, diversos programas sociales que comparten las mismas finalidades que el seguro obligatorio; además de los constantes problemas de fraude que ha sufrido el sistema:

“El seguro DPVAT ha sido objeto de numerosos fraudes en los últimos años. En 2015, el Departamento de Policía Federal lanzó el operativo “Tempo de Despertar”, con el objetivo de combatir el fraude en los ámbitos administrativo y judicial relacionado con el pago del Seguro DPVAT, con órdenes de aprehensión temporal, conducta coercitiva, registro, incautación, secuestro de propiedad y remoción de la función pública.

⁶⁵ <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=385381&ori=1>

El Ministerio Público del Estado de Minas Gerais, en 2017, alertó sobre la posible ocurrencia de fraude en el pago de las indemnizaciones del DPVAT, con evidencia de la proposición de más de 120 acciones públicas penales y civiles involucrando diversos agentes, como abogados, empresarios, servidores públicos, médicos y fisioterapeutas, además del Líder de Seguros de DPVAT Seguros.

El Tribunal de Cuentas Federal (TCU), por su parte, ha presentado, en los últimos años, siete sentencias sobre seguros. Entre las recomendaciones realizadas por el TCU, se destaca la posibilidad de que la Superintendencia de Seguros Privados (Susep) estudie la factibilidad de cambiar el modelo adoptado de gestión de recursos.

Actualmente, hay cerca de 370 mil juicios en curso relacionados con el DPVAT, sobrecargando el Poder Judicial. En la Susep se reciben en promedio 5.825 denuncias por año, y se iniciaron 54 procesos administrativos de consumo y 100 procesos administrativos sancionadores. Solo en el último año se identificaron 15.648 fraudes.

En consecuencia, entre abril de 2019 y marzo de 2020, el 12% de la fuerza laboral del área de Fiscalización de Conducta de la Susep se emplearía en las fiscalizaciones de Seguradora Líder y el 20% de las semanas de trabajo del área de Fiscalización Prudencial se destinarían a la Aseguradora Líder del Consorcio de Seguros DPVAT. Por lo tanto, parece que las áreas de fiscalización y fiscalización de la Susep han sido excesivamente recargadas para la fiscalización y fiscalización de un solo ramo de seguros, en perjuicio de más de un centenar de ramales de seguros, también sujetos a fiscalización y fiscalización de ese municipio.

Además, se creó el Seguro DPVAT con el fin de compensar una externalidad negativa provocada por los propietarios de vehículos, representados por víctimas de

accidentes de tránsito. Sin embargo, en el caso de los gastos médicos y complementarios, existe atención gratuita y universal en la red pública, a través del SUS. Para los asegurados del INSS, existe también la cobertura de prestación por enfermedad, jubilación por invalidez, prestación por accidente y pensión por fallecimiento.

Para quienes no están asegurados en el INSS, el Gobierno Federal también ofrece el Beneficio en Efectivo Continuo (BPC), con el pago de un salario mínimo mensual para las personas que no cuentan con los medios para proveer su subsistencia o para que la proporcione su familia., en los términos de la legislación respectiva.

Es importante recalcar que, cuando se creó el Seguro DPVAT, no se encontraba vigente ninguna de las pólizas sociales descritas en los párrafos anteriores. De esta forma, la cobertura de gastos médicos y de invalidez del Seguro DPVAT se solapan con estas pólizas.”⁶⁶

❖ Uruguay

El esquema de Uruguay optó por un esquema complementario en el que intervenía el Estado y las aseguradoras.

Artículo 19.-

(Coberturas especiales).- Los damnificados o sus causahabientes serán indemnizados por el procedimiento de los artículos siguientes, cuando los daños sean producidos por:

A) Un vehículo no identificado.

⁶⁶ <https://www.gov.br/economia/pt-br/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/seguro-dpvat>

B) Un vehículo carente de seguro obligatorio.

C) Un vehículo hurtado u obtenido con violencia.

Artículo 20.-

(Creación del Fondo de Indemnización).- Créase un Fondo de Indemnización de Coberturas Especiales, el cual será administrado por la Unidad Nacional de Seguridad Vial (UNASEV). Dicho Fondo se hará cargo parcialmente de las coberturas especiales previstas en el artículo anterior, en las siguientes proporciones:

A) Durante el primer año de vigencia de la presente ley, el Fondo abonará los dos tercios de las sumas correspondientes a las coberturas especiales siendo el restante tercio de cargo de la entidad aseguradora designada conforme al procedimiento del artículo 22 de la presente ley.

B) Durante el segundo año, el Fondo abonará un tercio de las sumas correspondientes a coberturas especiales siendo los restantes dos tercios de cargo de la entidad aseguradora designada conforme al procedimiento del artículo 22 de la presente ley.

C) A partir del tercer año, la totalidad de las sumas a abonar por coberturas especiales serán de cargo de la entidad aseguradora designada, conforme al procedimiento del artículo 22 de la presente ley.

Como se puede ver, a diferencia de lo ocurría en Brasil, en Uruguay el Estado participa directa, aunque parcial y temporalmente, en la cobertura de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*. Además de esto, la designación de que asegurado cubre a este tipo de víctimas es

designada bajo la superintendencia de acuerdo a la participación en el mercado según las pólizas colocadas por las aseguradoras:

Artículo 22.-

(Procedimiento en los reclamos).- La Superintendencia de Seguros y Reaseguros indicará el nombre y domicilio de la entidad aseguradora que procesará el reclamo en cada caso. A tal efecto operará en la misma un Centro de Distribución de dichos reclamos. Para la adjudicación del reclamo entre las entidades aseguradoras, éstas informarán, al 31 de diciembre de cada año a la Superintendencia de Seguros y Reaseguros la cantidad de contratos de seguro obligatorio celebrados con posterioridad a la vigencia de la presente ley. Con esta información la Superintendencia de Seguros y Reaseguros determinará la cantidad proporcional de reclamos que le corresponderá atender a cada entidad aseguradora durante el año siguiente.

Tanto los reclamos pagados con su correspondiente cuantía como los denegados serán informados mensualmente a la Superintendencia de Seguros y Reaseguros. Al finalizar cada ejercicio la Superintendencia de Seguros y Reaseguros comunicará a las entidades aseguradoras las compensaciones recíprocas que deberán realizar a los efectos de que los montos indemnizados guarden debida relación con los reclamos atendidos. Las compensaciones recíprocas serán obligatorias para las entidades aseguradoras. Si se procediera judicialmente según el artículo 13 de la presente ley, la acción deberá dirigirse contra la misma empresa aseguradora indicada por el Centro de Distribución. Esta disposición comenzará a regir a partir de los ciento ochenta días de la entrada en vigencia de esta ley.

El modelo ecuatoriano es diferente al brasileno y al uruguayo. Hace no mucho se ha eliminado la participación privada de las aseguradoras para la comercialización del SOAT para pasar a un modelo donde el Estado gestiona los cobros de las *primas* prescindiendo de la actividad privada. Sin embargo, aun en su normativa reguladora a las aseguradoras privadas, en Ecuador se pensó en proteger a las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*.

La norma que reguló la forma de cubrir a las víctimas en contexto de ausencia de contratación es el Decreto Ejecutivo N 809 del año 2007.

Artículo 24.- Como parte del SOAT, existirá un Fondo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (FONSAT), que tendrá los siguientes destinos:

1.- Para el pago de las indemnizaciones previstas en el artículo 14 de este reglamento, que se deriven de accidentes provocados por vehículos no identificados o que no cuenten con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT, bajo los mismos términos y condiciones del SOAT.

2.- Para la promoción y difusión del SOAT y de actividades tendientes a disminuir los accidentes de tránsito y coadyuvar a mejorar el control de la circulación vehicular, poniendo énfasis en la educación, prevención y seguridad vial.

Mientras que en Perú las empresas de seguros transfieren el 1% del valor de las *primas* vendidas, en Ecuador, la normativa ordenó la transferencia del 22% para cubrir los dos fines previstos en el artículo 24 apenas mostrado; además de esto exigía que si las empresas aseguradoras sobrepasaba el 5% de utilidad por la comercialización del seguro obligatorio, la mitad del excedente iría para el denominado FONSAT.

Artículo 25.- Las empresas de seguros que cuenten con la autorización de la Superintendencia de Bancos y Seguros para operar en el ramo del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT, transferirán mensualmente, dentro de los diez primeros días hábiles subsiguientes al cierre de cada mes, al FONSAT, como mínimo, el 22% del valor de cada prima percibida por concepto del seguro obligatorio de accidentes de tránsito. Si se diera un incremento de estos porcentajes, estos estarán sujetos a la revisión de la tarifa de las primas conforme lo dispuesto en el artículo 23. De este 22% se destinará un 16.5% para el pago de las indemnizaciones previstas en el artículo 14 de este reglamento, que se deriven de accidentes provocados por vehículos no identificados o que no cuenten con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT, y un 5.5% para la promoción y difusión del SOAT y de actividades tendentes a disminuir los accidentes de tránsito y coadyuvar a mejorar el control de la circulación vehicular.

El FONSAT percibirá los valores correspondientes a las multas y recargos por moras originadas por la no contratación del SOAT, que no sean contravenciones de tránsito, valores que se destinarán en un 80% para el pago de las indemnizaciones previstas en el artículo 14 de este reglamento, que se deriven de accidentes provocados por vehículos no identificados o que no cuenten con el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito, SOAT, y en un 20% para la promoción y difusión del SOAT y de actividades tendentes a disminuir los accidentes de tránsito y coadyuvar a mejorar el control de la circulación vehicular.

El FONSAT se financiará además, con los rendimientos financieros y actividades de autogestión, así como por otros aportes directos o indirectos, y si las empresas de seguros obtuvieren una utilidad neta que supere el 5%, exclusivamente por las operaciones

del SOAT, el excedente de dicho 5% se distribuirá en partes iguales entre la aseguradora y el FONSAT.

El FONSAT, a su vez, deberá recibir el 100% de los valores obtenidos a través de las acciones de repetición que realice.

Esta normativa no solo se limitaba a la creación y financiamiento del FONSAT sino a regular el precio de la *prima* por tipo de vehículo:

Artículo 29.- La tarifa de primas, sin considerar los impuestos y contribuciones aplicables, serán las siguientes:

1. Para vehículos enumerados en los Arts. 103 y 111 del Reglamento General a la Ley de Tránsito y Transporte Terrestres y que no presten servicio público de alquiler:

Figura 21

Precios de las primas por clase de vehículo.

Clase	Cilindraje (cc)	Prima
Motocicletas	Menos de 100	\$ 28,15
	100 a 249	\$ 35,19
	250 o más	\$ 43,23
Todo terreno, camionetas de 0 a 9 años	Menos de 1500	\$ 55,30
	1500 a 2499	\$ 66,35
	2500 o más	\$ 77,41
Todo terreno y, camionetas más de 9 años	Menos de 1500	\$ 687,00
	1500 a 2499	\$ 79,42
	2500 o más	\$ 89,48
Automóviles de 0 a 9 años	Menos de 1500	\$ 30,16
	1500 a 2499	\$ 38,20
	2500 o más	\$ 45,24
Automóviles más de 9 años	Menos de 1500	\$ 41,22
	1500 a 2499	\$ 48,26
	2500 o más	\$ 54,29
Oficial especial	Menos de 1500	\$ 70,38
	1500 a 2499	\$ 89,48
	2500 o más	\$ 107,57
Carga o mixto	Capacidad de carga (tn)	Prima
	Menos de 5	\$ 61,33
	5 a 14,99	\$ 87,47
	15 o más	\$ 115,62
Transporte de pasajeros particular	Tipo	Prima
	Bus (24 o más pasajeros)	\$ 87,42
	Buseta (de 17 a 23 pasajeros)	\$ 78,68
	furgonetas (de 7 a 16 pasajeros)	\$ 69,94

Nota. Reproducido de Decretos, 2007, (<https://www.presidencia.gob.ec/decretos/>).

❖ Nueva Zelanda:

El caso de Nueva Zelanda es muy particular. La normativa, *Accident Compensation Act* 2001, exige un esquema de contribuciones que se distribuyen en cinco cuentas que con administradas por *Corporation*, con la finalidad de contar con una cobertura amplia de la gran mayoría de accidentes que pueda ocurrir en perjuicio de un ciudadano. A continuación se va a mostrar brevemente cómo se financian y cuáles son los objetivos de cobertura de las cinco cuentas de cobertura en Nueva Zelanda (Todd, 2016). Dentro de sus objetivos se señala:

El propósito de esta Ley es mejorar el bien público y reforzar el contrato social representado por el primer plan de compensación por accidentes al proporcionar un plan justo y sostenible para el manejo de lesiones personales que tiene, como objetivos primordiales, minimizar tanto la incidencia general de lesiones en la comunidad y el impacto de las lesiones en la comunidad (incluidos los costos económicos, sociales y personales), a través de:

(a) estableciendo como función primordial de la Corporación la promoción de medidas para reducir la incidencia y severidad de lesiones personales:

(b) proporcionar un marco para la recopilación, coordinación y análisis de información relacionada con lesiones:

(C) garantizar que, cuando ocurran lesiones, el enfoque principal de la Corporación debe estar en la rehabilitación con el objetivo de lograr una calidad de vida adecuada a través de la provisión de derechos que restablezcan en la mayor medida posible la salud, la independencia y la participación del reclamante:

(d) asegurar que, durante su rehabilitación, los reclamantes reciban una compensación justa por la pérdida por lesiones, incluida la determinación justa de una compensación semanal y, cuando corresponda, sumas globales por discapacidad permanente:

(e) Asegurar interacciones positivas de los reclamantes con la Corporación a través del desarrollo y operación de un Código de derechos de los reclamantes de ACC:

(g) asegurar que las personas que sufrieron lesiones personales antes de la entrada en vigor de esta Ley continúen recibiendo derechos cuando corresponda. (Parliamentary Counsel Office, s.f.)

Los cinco esquemas de cuentas que regula el *Accident Compensation Act 2001* son: *Work account, Motor Vehicle Account, Earners' Account, Non-Earners' Account* y *Treatment Injury Account*⁶⁷.

De los esquemas mostrados, el modelo uruguayo es más moderado y progresivo. Ecuador y Brasil han tomado rumbos opuestos. El primero, eliminando la participación privada y otorgando al Estado el control de las *primas* mientras que el segundo, eliminando de forma definitiva el seguro obligatorio. Adoptar el modelo uruguayo implica poner énfasis en incentivar la contratación ya que de otro modo el modelo fracasaría. Como se ha señalado, la contratación es muy importante para alimentar económicamente el sistema e internalizar las externalidades; aunque la contratación de la póliza no es lo único que importa, no exigirla, implicaría cada vez más mayor financiamiento en las arcas del Estado; lo cual tendría a la larga consecuencias negativas de dependencia fiscal.

El caso de Nueva Zelanda parece ser el más cercano a un pacto social en el que la preocupación es la víctima del accidente para así aminorar las consecuencias del daño más que

⁶⁷ Para conocer el detalle de las cuentas véase: (Parliamentary Counsel Office, s.f.).

buscar un *responsable*. Sin embargo, dado el esquema riguroso de contribuciones, es muy lejano que países como el Perú adopten este esquema en un corto plazo. Lo que se necesita en Perú es un esquema real progresivo.

La progresividad del soporte estatal requiere un mayor estudio técnico pero la idea es que se brinde protección a las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* con la finalidad de que un trabajo en paralelo con el incremento en la contratación, ya no requiera en adelante soporte estatal y sean solo las aseguradoras las que cubran todos los gastos dependiendo de su participación en el mercado. Nótese que el Estado requiere invertir en la fiscalización de la contratación y a mayor contratación las aseguradoras tendrán mayores ingresos con los que afrontar los daños de todas las víctimas.

Combinar la fiscalización eficiente y de calidad con los esquemas complementarios hará que el SOAT sea una herramienta útil para que todos pasen un *umbral mínimo de dignidad*, tal como lo requiere la Constitución Política del Perú y el *enfoque de capacidades*.

Esta propuesta de adoptar un modelo progresivo es inicial y sin duda requerirá de un mayor estudio y herramientas que lleven a un mejor entendimiento de la comparación entre instituciones. Esta tarea es por antonomasia el objeto del Derecho comparado y sin duda resulta importante ahondar en ello. Por ejemplo, muchos países que tienen un sistema educativo y de salud envidiable tendrán bases sólidas para depender menos de un seguro como el SOAT cuyo financiamiento sea el pago de la prima de la póliza. Sería interesante analizar en unos años la situación de Brasil dado que va camino a solventar los gastos de los accidentes de tránsito por instituciones de corte social como la salud y educación pública.

Conclusiones

La conclusión general a la que se ha llegado en la presente investigación es que existen argumentos de peso para que el Perú cuente con un sistema de compensación de víctimas de accidentes de tránsito que no condicione sus beneficios únicamente a través de la contratación de una póliza. Evidentemente, esta conclusión general parte de ciertas premisas que se han discutido y dado por ciertas o razonables, y que a su vez son conclusiones en cada uno de los tres capítulos que se han mostrado a lo largo de este trabajo.

En primer lugar, veamos la conclusión a la que se llegó en el primer capítulo sobre qué tipo de protección tienen las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* en el reglamento del SOAT:

(i) Sobre la protección de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* en la normativa actual peruana:

Dentro del tipo de víctimas que son las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*, sólo dos de los tres grupos cuentan con regulación expresa. Estos son los casos *hit and run* y el supuesto del artículo 17 del reglamento del SOAT. Los casos *hit and run* solo cuentan con dos de las cinco indemnizaciones posibles del SOAT; lo que significa que existe una diferenciación a este grupo de víctimas. Con respecto al supuesto del artículo 17 (víctimas ocupantes de un vehículo sin SOAT que chocó con un vehículo con SOAT), hubo dos momentos, el primero de negar la cobertura, y luego, aceptarla (las cinco indemnizaciones posibles) a partir de los pronunciamientos del PJ.

De esta forma, dentro de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* la protección es distinta. Están quienes solo pueden acceder a dos tipos de indemnización; las

que estando dentro de un vehículo sin SOAT tiene la *suerte* de chocar con un vehículo con SOAT; y por último, las que no tuvieron dicha *suerte* ya que no acceden a ninguna indemnización del SOAT.

¿Que justifica esta diferenciación si el común denominador de todos los casos es la *ausencia de contratación*? ¿Tiene sentido negar cobertura a algunos y brindar a otros? Si brindamos protección a una víctima a pesar de que se incumplió con la obligación de contratar el SOAT ¿Por qué no hacerlo en todos los casos? Como se vio, la exigencia de contratación del SOAT se flexibiliza en unos casos pero en otros no.

Ahora bien, dado que se entiende valiosa la contratación por ser la fuente económica por la cual se cubrirá los costos de los daños, es válido preguntarse en caso de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* ¿quiénes han de pagar por los daños?

Estas son las preguntas que nacen de observar la normativa especial dedicada a los accidentes de tránsito. Al constatar cual es la situación de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*, cabe preguntarse *cómo responder las preguntas apenas planteadas*.

Pasemos ahora a qué enfoques nos son útiles al momento de dar una respuesta al problema de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*. Como se ha visto, los enfoques *dogmático*, *económico* y *filosófico*, son insuficientes para dar una respuesta pero que sí abordan aristas importantes

(ii) Sobre los límites y que aportan los enfoques *dogmático*, *económico* y *filosófico*

No se ha pretendido dar una definición irrefutable, no controvertida y definitiva de la *dogmática* pero sí identificar una de sus principales preocupaciones: la coherencia del sistema jurídico. Sin embargo, esta forma de abordar el derecho tiene limitaciones. Y estas se han ilustrado a través del debate entre los León y Fernández Sessarego. Podemos concebir a la *persona* de distintas formas y a través de lo que consideremos valioso de ella clasificar el tipo de daño que la puede afectar en la interacción con otras personas. Esta es la estrategia utilizada por el profesor Fernández Sessarego a través de la filosofía existencialista. Su posición personal puede o no estar acorde con el sistema jurídico en un momento determinado. Por otro lado, podemos ver cuál es la mejor interpretación de un texto normativo dada la influencia francesa, italiana o alemana de las normas de responsabilidad civil. Esta es la estrategia del profesor León recurriendo a la división francesa de daño patrimonial y daño moral. Ambos enfoques apuntan a preguntas distintas.

Así como en el debate mostrado, nada nos puede decir la *dogmática* sobre la naturaleza de la persona, más allá de señalar que concepción adopta un sistema jurídico determinado, nada puede decirnos sobre qué tipo de protección se *debe* brindar a las víctimas de accidentes de tránsito, sobre cómo ha de concebirse la labor del Estado para un problema recurrente, masivo y de consecuencias tan graves; como tampoco quien debe cubrir los daños en los casos no regulados o cómo estructurar el sistema para incentivar la contratación. Estas preguntas son importantes para todas las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* y no solo para un grupo.

El trabajo de Moreno y Ayala, que hemos calificado como *dogmáticos*, no han identificado las preguntas que se han planteado en este trabajo. Han dedicado sus investigaciones a cómo armonizar el artículo 17 del reglamento del SOAT con todo el

sistema jurídico; también esta ha sido la tarea del Poder Judicial e INDECOPI: utilizando la categorías como *tercero no ocupante y consumidor indirecto* o apelando a que el artículo 4 del reglamento del SOAT está por encima del artículo 17 del mismo cuerpo normativo han pretendido extraer una norma de un texto normativo confuso. Nada se ha dicho sobre la situación de las demás *víctimas en contexto de ausencia de contratación*. Esto no es necesariamente un defecto de la *dogmática* sino su límite.

Así como el profesor Fernández Sessarego se cuestiona sobre la naturaleza de la *persona* para responder preguntas que repercuten en la indemnización de los daños, para abordar la problemática de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* es necesario cuestionarse preguntas propias de la *filosofía política* como la *justicia* en la estructura básica de la sociedad. Se pueden encontrar distintas posturas sobre este punto.

La academia nacional ha criticado severamente al *análisis económico del derecho* por identificar su causa con la *maximización de la riqueza* como guía de la sociedad para la toma de decisiones; confundiendo así la utilidad que puede aportar el enfoque económico. Para mostrar esta confusión se ha acudido a otro debate peruano entre Escobar y Nieto, así como a un reciente trabajo de Marciani.

La confusión se encuentra en afirmar que el *análisis económico* presupone una teoría normativa. Tanto Nieto como Marciani sostienen que el *análisis económico del derecho* alega por el funcionamiento del *mercado* como expresión de *justicia* pero no es así. El *análisis económico no presupone necesariamente* una concepción de *justicia* determinada. Para mostrar este punto se ha mostrado una interesante discusión de la década de los 80s entre Dworkin, Calabresi y Posner.

Los trabajos de Posner fueron los que iniciaron la confusión ya que sostiene una suerte de orden espontáneo legal que persigue la *maximización de la riqueza*. Posner no pretende justificar su trabajo sino describir cómo es que una norma ética como maximizar la riqueza conlleva muchos valores que consideramos importantes y sobre todo es neutral a las consideraciones *distributivas*. De esta forma, el *análisis económico* parece estar ligado de forma *espontánea* a un orden de cosas determinado, que en sus palabras sería el *concepto capitalista de justicia*. Ante esto, Dworkin fue uno de los primeros Dworkin en cuestionar el *valor* de la *riqueza* no solo en Posner sino también en Calabresi. Hasta ese momento Calabresi había planteado un esquema general que respeta la *justicia* pero nunca abordó la importancia de esta. A raíz de las críticas de Dworkin y la posición de Posner, Calabresi concluye tres cosas: la primera, identificar el análisis económico como neutro esconde realmente subrepticamente una teoría de normativa de consecuencias distributivas, lo que es un uso *sofista* del *análisis económico*; segundo, dado que las consecuencias distributivas importan estas deben tomarse en cuenta en el *análisis económico* pero para ello no se puede partir de concepciones propias acríicas ya que eso sería un uso *autoindulgente*; un uso académico del *análisis económico* requiere ser crítico con las consecuencias distributivas y estudiarlas a partir de, por ejemplo, la *filosofía*, esta es su tercera conclusión.

Esta investigación recoge estas conclusiones de Calabresi evitando el *sofismo* y la *autoindulgencia* para hacer uso del *enfoque económico* de forma académica. Un ejemplo de esto es mostrar las críticas al concepto de *bienestar* que se han utilizado, por ejemplo, por Escobar al responder a Nieto y también Kaplow y Shavell, lo cual ha sido criticado por Coleman. Los autores sostienen que a través del *bienestar* se pueden canalizar cualquier exigencia ya que esta es entendida como satisfacción de preferencias. Sin embargo, el

concepto de *bienestar* no es neutral como se desprende de Escobar y Kaplow y Shavell, ello sería caer en el *sofisma* de Posner; tampoco tiene un valor autoevidente que no necesite discusión, esto sería *autoindulgente*.

De esta forma, la discusión nacional sobre el *análisis económico* termina aclarándose y lo que terminan criticando, tanto Marciani como Nieto, es la concepción de justicia que se esconde en Posner pero no al enfoque en sí mismo. El análisis económico no perpetúa la pobreza como sostiene Nieto ni busca en el mercado como único canalizador de distribución.

El *análisis económico* no podría sugerir un sistema de gestión de los daños de accidentes de tránsito que reduzca los costos de los accidentes sin importar *otras consideraciones valiosas* pero tampoco puede tomarse a la ligera estas *otras consideraciones valiosas*, tiene que ser razonadas y criticadas. Y esto es lo que se pretende a través del enfoque *filosófico*.

En el capítulo uno se mostró como la tendencia va hacia dejar de lado las reglas de *responsabilidad civil* para pasar a un sistema *no fault* que se caracterice por ser célere aunque limitado. Si bien ha existido un avance para la protección a las víctimas de accidentes de tránsito, la exigencia de contratar la póliza de seguro limita seriamente el sistema. ¿Qué tipo de razones podríamos tener para contar con un sistema de compensación de daños que se preocupe por *todas* las víctimas de accidentes de tránsito y no solo por las que se ven cubiertas por una póliza?

Para mostrar este tipo de razones hemos acudido al trabajo de Papayannis quien se pregunta cuáles son las razones por las que se tiene un sistema de gestión de daños como la *responsabilidad civil*. El autor analiza qué principios pueden regir dicho sistema y

concluye que es tanto la *justicia distributiva* como la *justicia interpersonal*, esta última es el *valor intrínseco* de la responsabilidad civil, el reclamo uno a uno que exige dicho sistema se puede traducir como una exigencia de respeto mutuo que no puede conseguirse a través de otro sistema: *la justicia entre las partes*. Este es el tipo de razones que argumentar para *justificar* un sistema de protección a las víctimas de accidentes de tránsito que no dependa exclusivamente de una póliza. Sin embargo, el autor es consciente de los problemas que están detrás de la estructura de la responsabilidad civil que muchas veces frustra la indemnización de la víctima: la incertidumbre causal, las exigencias probatorias, la ignorancia, los incentivos de dañar a un tipo de víctimas debido al poco costo de sus daños.

Esto nos demuestra que los principios que rigen un sistema y los valores que este representa no son lo único que importa. El funcionamiento de este es muy importante, los incentivos que tienen los actores dentro de los daños, el funcionamiento de los juzgados que deciden los casos, el costo administrativos. Estas preocupaciones son propias del *análisis económico* y ajeno a la argumentación *filosófica*. En el caso de las víctimas de accidentes de tránsito, el funcionamiento del sistema de SOAT es fundamental. ¿Cómo podemos exigir la cobertura a todas las víctimas de accidentes de tránsito si la fuente de ingresos es escasa por la falta de contratación? ¿Cómo incentivar a las funerarias para que recoger los cadáveres de los accidentados sin seguro? Los argumentos del corte *filosófico* no pueden responder estas preguntas pero cómo estructurar un sistema que consiga una finalidad determinada puede estar en el ámbito del *análisis económico*. Este es el *límite* del enfoque *filosófico* y el aporte del *económico*.

Es importante conocer el funcionamiento e incentivos de las aseguradoras, uno de los protagonistas del esquema de SOAT, como señala Valdiviezo-Soto. Sin embargo, en

caso de no contar con un funcionamiento adecuado, para una finalidad determinada: la protección de *víctimas en contexto de ausencia de contratación*, ello no es óbice para exigir modificaciones que sí sean funcionales al fin descrito. Es decir, la protección de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* requiere de un esquema distinto al que opera hoy donde obligar a las aseguradoras a cubrir daños no previstos inicialmente podría significar una afectación, como sostiene Valdiviezo-Soto, pero este esquema se puede mejorar utilizando precisamente el *análisis económico*. Claramente esto está condicionado a encontrar argumentos razonables para una protección global a todas las víctimas de accidentes de tránsito independientemente de la póliza contratada.

Una vez que se han conocido los *límites* de los enfoques se ha mostrado cómo estructurar el sistema de compensación de daños a las víctimas de accidentes de tránsito. Y en este punto ha encontrado diversos argumentos de cómo estructurar el sistema de compensación de daños en los accidentes de tránsito. Desde posiciones del libertarismo, liberalismo igualitario y el enfoque de capacidades. Es por esta última que se ha tomado postura, alegando su cercanía con la esencia constitucional y fin del Estado, la *dignidad humana*. Además se ha llegado a diversas conclusiones en torno a cómo estructurar el sistema para alcanzar la finalidad de protección a todas las víctimas de accidentes de tránsito.

(iii) Sobre cómo estructurar un sistema de gestión de daños para las víctimas de accidentes de tránsito.

Exigir argumentos sobre el tipo de sistema de protección a las víctimas de accidentes de tránsito ha llevado a mostrar en la primera parte del tercer capítulo algunas de las teorías propias de la *filosofía política*. Entre ellas se ha desarrollado la teoría de Rawls, Hayek, Nozick, Sen y Nussbaum. No se ha pretendido mostrar argumentos

definitivos y cerrar con una discusión de décadas sobre la estructura básica del Estado. Sin embargo, se ha tomado posición por el *enfoque de capacidades* y su sustento filosófico en Nussbaum por la cercanía que tiene su postulado de pasar cierto *umbral de dignidad humana* con el artículo 1 de la Constitución Política del Perú. Si bien no es sencillo teorizar sobre la *dignidad*, se puede afirmar que un evento tal como el descrito en la introducción de esta investigación donde los cuerpos de los fallecidos yacen por días regados dentro y fuera de un bus por no existir un sistema de compensación de accidentes de tránsito no condicionado a la contratación de la póliza, es un evento que mina la dignidad de las personas.

Unido a esta fundamentación por un sistema de compensación de daños que no restrinja su protección a la contratación de la póliza, se encuentra la cuestión de cómo estructurar el sistema para cumplir con la finalidad. En este punto se ha señalado que la contratación es importante, aunque no lo es todo. Incentivar la contratación tiene un atractivo innegable que es el financiamiento para la cobertura de los daños así como la internalización de externalidades. Por ello, la segunda parte del tercer capítulo ha analizado cuáles son los problemas en el Perú en la contratación del SOAT, como incentivar la contratación y, por último, ha expuesto algunos modelos extranjeros que incorporan esquemas complementarios de protección a las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*.

Sobre los problemas de contratación en el Perú se ha concluido que son tres los puntos centrales: **i) alto precio de las primas, ii) muy alta concentración en la rama de SOAT en el mercado de seguros, y iii) fiscalización deficiente en la contratación de la póliza**. Cada uno de estos puntos tiene un respaldo en data peruana y a partir de ello se ha

recomendado lo siguiente: **i) compartir la carga de los costos con otros seguros, ii) reforma de la PNP principal fiscalizador y iii) Restringir el consumo de combustible a la corroboración de la contratación del SOAT.** Estas tres propuestas tienen como finalidad incrementar la contratación del SOAT.

También se ha concluido que incrementar la contratación va aparejado de los esquemas complementarios de protección a las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*. Incrementar la contratación es un trabajo progresivo y ese transcurso no se puede dejar sin protección a las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*. Los esquemas complementarios son muy importantes. En específico, se ha optado por el esquema uruguayo que se caracteriza por utilizar al Estado de forma temporal y progresiva para financiar parcialmente a los costos de los daños de las *víctimas en contexto de ausencia de contratación*.

Tanto el soporte financiero del Estado como incentivar la contratación son tareas que deben trabajarse de forma conjunta. Esta es una conclusión muy importante ya que la protección a las *víctimas en contexto de ausencia de contratación* no se debe dar sin pensar en las consecuencias. El sistema puede fracasar si solo se acentúa la protección y no la contratación. El financiamiento y los recursos para llevar a cabo la protección no son cuestión de segundo plano aunque no signifiquen todo. Combinar los enfoques para una mejor protección de las víctimas de accidentes de tránsito implica ello.

Referencias

Acción de Amparo, 2736-2004-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 2004).

Alexy, R. (1989). *Teoría de la argumentación jurídica*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Anderson, J. Heaton, P. Carroll, S. (2010). The U.S. Experience with No-Fault Automobile Insurance. A Retrospective. Rand: INSTITUTE FOR CIVIL JUSTICE.

APESSEG. (2018). Obtenido de <https://www.apeseg.org.pe/estadisticas-vehiculares/>

APESSEG. (7 de Julio de 2021). Obtenido de <https://www.apeseg.org.pe/2021/07/soat-como-saber-si-esta-vigente/>

Ayala, V. (2017). *¿Todo va a estar bien?: análisis de la cobertura del SOAT en los pronunciamientos del INDECOPI*. Lima.

Bedoya, H. (2009). *Dogmática como derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Best's Market Segment Report. (2014). Obtenido de <https://www.ambest.com/latinamerica/pdfs/PerspectivadelSegmentodemercadoSegurosenPeru202104.pdf>

Calabresi, G. (1981). The New Economic Analysis of Law: Scholarship, Sophistry, or Self-Indulgence? *International Review of Law and Economics*, 85-108.

Calabresi, G. (1984). *El costo de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Barcelona: Ariel.

- Calabresi, G. (1992). Seguros de primera persona, de tercera persona y responsabilidad de productos: ¿puede el análisis económico del derecho decirnos algo al respecto? . *Ius et veritas*, 89-103.
- Calabresi, G. (2016). *The future of Law and Economics: essays in reform and recollection*. London: Yale University Press.
- Chia Ramirez, L., & Huamani Antonio, S. (2010). *Accidentes de tránsito en el Perú: ¿casualidad o causalidad? Una aplicación de los modelos de cointegración y elección discreta*. Lima.
- Colander, D. C., (2016). *Microeconomics*. 10th ed. New York: McGraw-Hill Education. `
- Coleman, J. (2004). Los fundamentos del bienestar. *Revista Derecho y Humanidades*, 17-46.
- Congreso de la República del Perú. (2004). Decreto Supremo N° 024-2004-MTC. Lima.
- Davies, J. 1998. A No-fault History. En: William Mitchell Law Review.
- De Trazegnies Granda, F. (2016). *La responsabilidad Extracontractual*. Lima: ARA Editores.
- Defensoría del Pueblo. (2012). *Balance del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito: Propuestas para una Atención Adecuada a las Víctimas*. Lima.
- Diario Correo. (28 de Enero de 2011). *CORREO*. Obtenido de <https://diariocorreo.pe/peru/concertacion-de-precios-en-venta-de-soat-416062/>
- Diario Correo*. (28 de agosto de 2017). Obtenido de <https://diariocorreo.pe/peru/ana-jara-personal-medico-no-cumple-el-mandato-de-la-ley-de-emergencia-770184/>
- Diario Gestión. (26 de Diciembre de 2016). Obtenido de <https://gestion.pe/tu-dinero/soat-proponen-utilizar-fondo-compensacion-accidentes-5-uit-124653>

Dorman, P., (2014). *Microeconomics. A Fresh Start*. Berlin Heidelberg: Springer-Verlag.

Dworkin, R. (2005). ¿Es la riqueza un valor? *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, 13-44.

Echegoyen, I., & Bonilla, H. (2008).

Falla, A. (1993). *La Responsabilidad Civil Extracontractual en el Perú: Análisis de un Fracaso*. Lima.

Fernández Cruz, G. (2015). La Dimensión Omnicomprensiva del Daño No Patrimonial y la Reclasificación de los Daños. *Actualidad Jurídica*, 187-203.

Fernández Sessarego, C. (1996). El daño al proyecto de vida. *Derecho PUC*, 1-36.

Gargarella, R. 1999. *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*. Paidós.

Hart, H., & Honoré, T. (1985). *Causation in the Law*. Oxford University Press.

Hayek, F. A. (2014). *Derecho, Legislación y Libertad*. Unión.

Hayek, F. A. (2020). *Los fundamentos de la libertad*. Unión.

Hernando Nieto, E. (1993). ¿Por qué no debemos elegir el análisis económico del Derecho? *Themis*, 129-138.

Hernando Nieto, E. (2006). El análisis económico del derecho en tiempos neoconstitucionales. *Themis*, 43-52.

Hernando Nieto, E., & Escobar, F. (2012). ¿Es el análisis económico del derecho una herramienta válida de interpretación del derecho positivo? *Themis*, 341-354.

INDECOPI vs MAPFRE, 16658-2016 (Corte Superior de Justicia del Perú- Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social transitoria. 20 de Junio de 2018).

INDECOPI vs Pacífico, CASACIÓN N° 2932-2014 (Corte Suprema de Justicia de la República - Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente 15 de marzo de 2016).

INDECOPI vs PACÍFICO SEGUROS, 10192-2016 (Corte Suprema de Justicia de la República- Tercera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. 21 de julio de 2017).

Interseguro. (2018). Obtenido de <https://www.interseguro.pe/wp-content/uploads/2019/10/Nota-T%C3%A9cnica-SOAT.pdf>

Kaplow, L y Shavell, S. (2006) *Fairness versus Welfare*. Harvard : Harvard University Press.

León Hilario, L. (2008). Inflando los resarcimientos con automatismos. El daño al proyecto de vida y otros espejismos de nuestra magistratura. *Seminario de Responsabilidad Civil* (pág. 25). Lima: Foro Académico.

León Hilario, L. (2011). *La responsabilidad civil: líneas fundamentales*. Lima: El Jurista Editores.

León Hilario, L. (2013). El efímero encanto de "nuestro" Law and Economics. *IUS ET VERITAS*, 132-151.

León Hilario, L. (2019). Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=fzt0SKI5mzE>

León Hilario, L. (2020). *Amicus curiae sobre la incapacidad moral permanente como causal de vacancia presidencial*. Lima.

Mankiw, G. N. (2012). *Principios de Economía*. Harvard University.

- Marciani Burgos, B., Sotomayor Trelles, E., & Cornejo Amoretti, L. (2020). *Justicia, Derecho, mercado: una investigación sobre el Análisis Económico del Derecho en el Perú*. Lima: Zela.
- Mattei, U. (1997). *Comparative Law and Economics*. Michigan: the University of Michigan.
- Mengoni, L. (1996). *Ermeneutica e dogmatica giuridica*. Milan: giuffré editore.
- Moreno Bustamante, J. M. (2015). *Vulneración del principio pro consumidor de los terceros no ocupantes en un accidente de tránsito. Desde la perspectiva del INDECOPI en el año 2015*. Lima.
- Nogler, L. (2008). El itinerario metodológico de Luigi Mengoni . *Universita di Trento*, 353-383.
- Nozick, R. (2014). *Anarquía, Estado y Utopía*. Argentina: Fondo de Cultura Económica.
- Nordman, E. The History of No-Fault Auto Insurance. En: *Journal of Insurance Regulation*.
- Núñez del Padro Simons, A. (2017). *Los secretos de los seguros*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Nussbaum, M. (2012). *Crear capacidades: propuesta de Desarrollo humano*. Barcelona: Paidós.
- Orrego Penagos, J. L. (8 de NOVIEMBRE de 2008). *BLOG PUCP*. Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/juanluisorrego/2008/10/11/vida-cotidiana-durante-la-republica-aristocratica-1895-1919/>
- Okun, A. 2015 Equality and Efficiency. The big Tradeoff. A Brookings Classic.
- Papayannis, D. (2018). El valor intrínseco de la responsabilidad civil. *AFD*, 119-148.

Parliamentary Counsel Office. (s.f.). *New Zealand Legislation*. Obtenido de <https://www.legislation.govt.nz/act/public/2001/0049/latest/DLM99494.html>

Policía Nacional del Perú. (2019). Obtenido de https://regulacion.pnp.gob.pe/anuario_estadistico/documentos/anuario_estadistico_2000.pdf

Posner, R. (1980). The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication. *Hofstra Law Review*, 487-507.

Posner, R. (1998). Utilitarismo, Economía y Teoría del Derecho. *Estudios públicos*, 207-257.

Posner, R. (2007). *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de cultura económica.

Pozo, A y Rodriguez, A. 2014. Análisis del nivel de concentración en el mercado de seguros privados en el Ecuador: Un enfoque al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) para el periodo 2008-2012.

Rawls, J. (2000). *La justicia como equidad: una reformulación*. Barcelona: Paidós.

Ruiz Paredes, C. F., Ruiz Paredes, L. E., & Morales Paredes, J. (2017). Justificación topológica del índice de Herfindahl-Hirschman como índice generado por normas. *Semestre Económico*, 133-161.

Sen, A. (2000). *Desarrollo y Libertad*. Buenos Aires: Planeta Argentina.

Sen, A. (2010). *La idea de justicia*. Madrid: Taurus.

- Somma, A. (2015). *Introducción al Derecho Comparado*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid.
- Shavell, S. (1987). *Economic analysis of accident law*. Harvard : Harvard University Press.
- Todd, S. (2016). *The Law of torts in New Zeland*. Thomson Reuters.
- Tunc, A. (1971). *International Encyclopedia of Comparative Law: Volume XI: Torts: Chapter 14: Traffic Accident Compensation: Law and Proposals*. Tubingen, Germany, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubingen, Germany and Mouton, The Hague, Netherlands.
- Valdiviezo-Soto, R. (2016). *Sujetos protegidos por el SOAT según la jurisprudencia de INDECOPI. Análisis crítico a la luz de la técnica del seguro*. Lima.
- Valenzuela Gomez, H. (2005). *Responsabilidad civil por accidentes de tránsito y seguro obligatorio: una aproximación desde el análisis económico del derecho*. Lima: ARA Editores.
- World Helath Ranking. (2022). Obtenido de <https://www.worldlifeexpectancy.com/cause-of-death/road-traffic-accidents/by-country/>