

HACIA UN TEST PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL*

Guido Calabresi* * y Jon T. Hirschoff* **

I. INTRODUCCIÓN

Cuáles son los límites de la responsabilidad objetiva y de qué manera debe determinarse la existencia de tal tipo de responsabilidad es un debate extenso y abierto. En el presente trabajo, Calabresi y Hirschoff nos entregan su opinión sobre el tema, conduciéndonos por un detallado análisis del Learned Hand test, tanto en su versión original como en su versión inversa, para luego compararlos con el test de responsabilidad objetiva que ellos proponen y, de esta manera, demostrar la superioridad de éste último.

En tal sentido, tras analizar las ventajas de dicho test sobre los demás, a partir de consideraciones trascendentes como la del "cheapest cost avoider", los autores abogan porque su test de responsabilidad objetiva sea aquél que se utilice para determinar la existencia de responsabilidad y porque en su aplicación se tomen en cuenta consideraciones adicionales a la eficiencia.

Los quince años desde que Fleming James lanzó la pregunta referida a si los fabricantes debían ser responsables sin negligencia¹ han visto una expansión notable en el alcance de la responsabilidad objetiva en el sistema de responsabilidad civil extracontractual, a pesar de que las cortes que han sido los líderes de esta tendencia se han visto consistentemente en problemas por la pregunta de qué tanto debe extenderse la responsabilidad objetiva dentro de las áreas en las que está siendo aplicada². Mientras que, por ejemplo, ha sido anunciada de jurisdicción en jurisdicción³ la responsabilidad objetiva del fabricante por defectos en los productos, en muchas jurisdicciones esto ha llevado simplemente a una serie de preguntas respecto de la definición de "defecto" y de cómo la responsabilidad por un defecto se relaciona con (a) qué tan adecuadas son las advertencias, (b) uso inapropiado o inesperado, (c) asunción del riesgo e,

* Traducido por Fernando Hurtado de Mendoza, bajo la supervisión del doctor José Chiarella, a quien le agradecemos su colaboración. Agradecemos también al doctor Alfredo Bullard por facilitarnos el presente artículo para su publicación. Publicado en The Yale Law Journal, Vol. 81, No. 6, mayo de 1972, bajo el título "Toward a Test for Strict Liability in Torts".

** John Thomas Smith Professor of Law, Yale Law School. B.S. 1953, L.L.B. 1958, Yale University; M.A. 1959, Oxford University.

*** Assistant Professor of Law, Indiana University School of Law. A.B. 1963, Stanford University; J.D. 1967, Yale University.

¹ JAMES. "General Products-Should Manufacturers Be Liable Without Negligence?" En: Tenn. L. Rev. No. 24, 1957. pp. 923-924. Ver también JAMES. "Product Liability". En: Texas L. Rev. No. 34, 1955. pp. 44, 192.

² Ver, por ejemplo, Wasik v. Borg, 423 F.2d 44 (2d. Cir. 1970); Lamendola v. Mizell, 115 N.J. Super. 514, 280 A.2d 241 (1971); Foster vs. Preston Mill Co., 44 Wash.2d 440, 268 P.2d 645 (1954). Ver también JAMES. "The Future of Negligence in Accident Law". En: Va. Law Review, No. 53, 1967. p.911; KALVEN. "Torts: The Quest for Appropriate Standards". En: Calif. Law Review, 1965. p. 189 y PROSSER. "The Fall of the Citadel - Strict Liability to the Consumer". En: Minn. Law Review, No. 50, 196,p.791.

A partir de la redacción de este artículo hemos leído el excelente artículo del Profesor Franklin, en el cual analiza la aplicación de varias teorías de responsabilidad en los casos de reclamos de pacientes que padecen de hepatitis como resultado de transfusiones de sangre. FRANKLIN. "Tort Liability for Hepatitis: An Analysis and a Proposal". En: Stan. Law Review, No. 24, 1972. p. 439. El test para responsabilidad objetiva que sugerimos en el presente artículo analiza extensamente los mismos tipos de consideraciones prácticas que el profesor Franklin considera al concluir que los hospitales y los bancos de sangre deberían ser responsables objetivamente por los casos de hepatitis vinculados a las transfusiones de sangre.

³ Ver FRUMER, L. & M. FRIEDMAN. "Products Liability". 16A [3], No. 2, 1970.

incluso, (d) negligencia concurrente⁴. Y esto no es del todo sorprendente. La responsabilidad objetiva nunca ha significado que la parte declarada objetivamente responsable deba ser un asegurador general de la víctima, sin importar cómo o dónde la víctima ha sido agraviada. El aseguramiento general no ha sido la regla en los casos clásicos de responsabilidad objetiva, tales como actividades altamente riesgosas, o en casos de obligaciones legales, tales como compensaciones a los trabajadores, y no es la regla en instancias de aplicación reciente, tales como la responsabilidad por productos⁵. Las preguntas que ahora se hacen las cortes (y que también les son hechas) en las nuevas áreas de aplicación, como responsabilidad por productos, incluyen la misma cuestión elemental que tenían preguntas igualmente complejas afrontadas en áreas tradicionales de la responsabilidad objetiva, las cuales eran expresadas en términos tales como “uso normal o anormal” y “surgiendo fuera de y dentro del curso de la relación laboral”. La cuestión sólo está en saber dónde debe detenerse la responsabilidad objetiva.

A pesar del reconocimiento de las cortes de que la responsabilidad objetiva debe ser restringida, éstas pocas veces han tenido la confianza para tratar de describir los límites. De hecho, en muchas ocasiones sus esfuerzos para responder a las preguntas planteadas en los casos de responsabilidad objetiva parecen degenerarse ya sea en disputas semánticas sin sentido o en intentos de equilibrar los costos del accidente contra los costos de evitar el mismo⁶; a pesar que este último acercamiento se asemeja extremadamente al mismísimo cálculo de la negligencia, o al *Learned Hand test* para culpa, aquél que la responsabilidad objetiva debía reemplazar.

Los límites de la responsabilidad objetiva pueden, sin embargo, ser definidos de una manera significativa. Las preguntas que las cortes han venido preguntándose son sumamente relevantes para tales límites, y la responsabilidad objetiva delimitada de esa manera es muy diferente del cálculo de la negligencia, o del *Learned Hand test* para culpa. El análisis de los límites de la responsabilidad objetiva en conjunto con un *test* sugerido para determinar dicha responsabilidad objetiva permitirá, creemos, dar una idea tanto del cálculo de la negligencia como de su crítica creciente.

II. CONSIDERANDO EL *LEARNED HAND TEST*

El *Learned Hand Test* para culpa define el deber de cuidado del demandado como una función con tres variables: (1) la probabilidad de que el accidente ocurra, (2) la magnitud del daño que sería sufrido si el accidente ocurre, y (3) la carga de precauciones adecuadas para prevenir tales accidentes⁷. Si el costo en que incurriría el demandado para evitar el accidente hubiese sido menor que el costo del accidente, multiplicado por la probabilidad de su ocurrencia, la conducta del demandado para evitar el accidente es calificada como negligencia⁸.

Para el propósito de las primeras partes de esta discusión, asumiremos que el *test* tradicional para culpa, tal como es expresado en la fórmula de *Learned Hand*, fue diseñado para hacer aquello para lo que el Profesor Posner dice que fue diseñado⁹, esto es, minimizar la suma de los costos de los accidentes y de los costos incurridos para evitarlos¹⁰. Parecería que, en teoría, el *Learned Hand test* cumple con este objetivo, porque *si fuese aplicado perfectamente*, colocaría los costos del accidente en el causante del daño cuando y sólo cuando hubiese sido

⁴ Ver, por ejemplo, con relación a qué tan adecuadas son las advertencias, *Alman Brothers Farm & Feed Mill, Inc. vs. Diamond Laboratories, Inc.* 437 F.2d 1295, 1303 (5º Cir. 1971); *Davis v. Wyeth Laboratories, Inc.* 399 F.2d 121 (9º Cir. 1968); *Wright v. Carter Products, Inc.*, 244 F.2d 53, at 56-59 (2d Cir. 1957); en cuanto al uso inapropiado o inesperado, *Hardy v. Hull Corporation*, 466 F.2d 34 (9º Cir. 1971); *Schemel v. General Motors Corporation*, 384 F.2d 802 (7º Cir. 1967); *Johnson vs. Standard Brands Paint Co.*, 274 Cal. App. 2d 331, 79 Cal. Rptr. 194 (1969); en cuanto a la asunción del riesgo, *Greco vs. Bucciconi Engineering Co.*, 407 F.2d 87 (3d Cir. 1969); *Sperling v. Hatch*, 10 Cal. App. 3d 54, 88 Cal. Rptr. 704 (1970); *Bartkewich v. Billinger*, 432 Pa. 351, 247 A.2d 603 (1968); y en cuanto a negligencia concurrente, *Friedman v. General Motors Corp.*, 411 F.2d 533 (3d Cir. 1969); *Matthias v. Lehn & Fink Products Corp.*, 70 Wash.2d 541, 424 p.2d 284 (1967).

⁵ Ver, en cuanto a actividades altamente riesgosas, *PROSSER, W. "The Law of Torts"*, 4ª edición. 1971. p.570.; en cuanto a compensación de trabajadores, *HARPER, S. "The Law of Workers Compensation"*, 2ª edición. 1920. p.470; y en cuanto a responsabilidad por productos, por ejemplo, *Suvada v. White Motor Co.*, 32 Ill.2d 612, 210 N.E.2d 182 (1965); *Elliott v. Lachance*, 109 N.H. 481, 256 A.2d 153, 156 (1969); *Dippel v. Sciano*, 37 Wis.2d 443, 451, 155 N.W.2d 55 (1967).

⁶ Ver *Pike v. Frank G. Hough Co.*, 2 Cal.3d 465, 467 P.2d 229, 85 Cal. Rptr. 629 (1970); *Christofferson v. Kaiser Foundation Hospitals*, 15 Cal. App 3d 75, 92 Cal. Rptr. 825 (1971); *Dunham v. Vaughan & Bushnell Mfg. Co.* 86 Ill. App. 2d 315, 327, 229 N.E.2d 684, 690 (1967); *cfr. Sanders v. Western Auto Supply Co.*, 183 S.E.2d 321 (S.Car. 1971). Ver también *WADE. "Strict Tort Liability of Manufacturers"*. En: *SW. Law Journal*, No. 19, 1965. p. 5.

⁷ *Conway vs. O'Brien*, 111 F.2d 611, 612 (2d Cir. 1940), 312 U.S. 492; *Estados Unidos v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (2d Cir. 1947).

⁸ Quizás anticipando lo que otros harían en nombre de su *test*, el Juez Hand advirtió que “[los tres elementos del *test*] son prácticamente no susceptibles de ningún estimado cuantitativo, y los otros dos generalmente no lo son, ni siquiera teóricamente”. *Conway v. O'Brien*, 111 F.2d 611, 612 (2d Cir. 1940). Ver también *Moisan v. Loftus*, 178 F.2d 148 (2d Cir.1949).

⁹ *POSNER. "A Theory of Negligence"*. En: *J. Legal Stud.*, No. 1, 1972. p.29 (en adelante citado como *POSNER*).

¹⁰ De manera más precisa, partimos del supuesto que el objeto es la optimización de los costos primarios de los accidentes. Ver *CALABRESI, G. "The Cost of Accidents"*, 1970. p. 26-31 (en adelante citado como *COSTS*). Pero en el texto tal postulado es suficientemente preciso para los propósitos del presente artículo.

para él más barato evitar los costos del accidente mediante medidas de seguridad apropiadas en vez de pagar dichos costos. *Asumiendo que los causantes del daño tenían la previsibilidad requerida*, esto causaría que los potenciales agentes eviten todos los accidentes que valga la pena evitar, esto es, aquellos en los cuales evitarlos cueste menos que el accidente, y tener sólo aquellos accidentes que no valga la pena evitar¹¹.

La aplicación de la regla tradicional de negligencia concurrente haría alguna diferencia, pero no mucha. Utilizando la rúbrica del *test*, existiría negligencia concurrente cuando la víctima también hubiese podido evitar el accidente a un costo menor a aquél generado por el accidente. Desde que, bajo la regla tradicional la negligencia concurrente es una defensa completa, el costo permanecería en la víctima a pesar de la negligencia del causante del daño, *aun si la prevención que pudo tomar el causante del daño hubiese costado menos que la prevención tomada por la víctima*. Por ello, incluso en el maravilloso, permítanos admitirlo libremente, mundo fantástico del Profesor Posner, en el que ninguno de los costos de un accidente son asumidos por terceros distintos al causante del daño y la víctima, y en el cual existe previsibilidad perfecta, la regla de negligencia concurrente evitaría que el cálculo de la negligencia optimice la reducción de costos de accidentes primarios. El causante potencial de un daño, que pudiese evitar un accidente de US\$100 a un costo de US\$5, sabiendo que la víctima podría evitarlo a un costo de US\$50, bien podría dejar de lado la medida de seguridad de US\$5 al saber que la víctima o evitaría el accidente o sería tomado como negligente concurrente. Dada la previsibilidad adecuada, uno podría esperar que el accidente sea evitado, pero a un costo de US\$45 mayor al necesario¹².

Sin embargo, un *Learned Hand test* para medir la responsabilidad del causante de un daño sin la defen-

sa de la negligencia concurrente también fracasaría en optimizar el costo de los accidentes, y por exactamente la misma razón. Bajo dicha regla, habría casos en los cuales la víctima que podría evitar un accidente a un menor costo de lo que podría hacerlo el causante del daño no lo haría porque sabría que, a pesar de ello, el causante del daño sería declarado responsable. Entonces, la *correcta* regla optimizadora, bajo el *Learned Hand test*, sería tener una doctrina de negligencia concurrente, pero que se aplique sólo cuando el costo de prevención del causante del daño exceda el costo de prevención de la víctima.¹³

A pesar de todos los defectos que el *Learned Hand test* pudiese tener, dada la existencia de una defensa absoluta de negligencia concurrente, al menos podría decirse que si el *test* funcionara, todos los accidentes que valdría la pena evitar serían evitados. Si éstos fueron ocasionalmente evitados a un costo algo mayor al necesario, eso no sería un hecho de gran relevancia. Al mismo tiempo, debe reconocerse que todos los costos de todos los accidentes que no valga la pena evitar recaerían en la víctima, generando cuestiones distributivas o de justicia. Nosotros, sin embargo, pospondremos la consideración de tales cuestiones en una sección posterior de este artículo, y limitaremos aquí nuestra discusión a una reducción de costos de accidentes primarios¹⁴.

Si tomamos los supuestos bajo los cuales el *Learned Hand test* funcionaría adecuadamente, lo más fascinante es que, en términos de reducción de los costos primarios de los accidentes, se podría obtener un resultado tan bueno mediante una regla de responsabilidad que sea exactamente opuesta al *Learned Hand test*. Bajo dicho "*Learned Hand Test inverso*", los costos de un accidente serían asumidos por el *causante de daños* salvo que evitar el accidente por parte de la víctima hubiese costado menos que el accidente mismo. Si un *test* inverso de negligencia concurrente fuera añadido, la víctima asumiría los costos del acciden-

¹¹ En estricto, la meta es evitar los costos de los accidentes en vez de evitar los accidentes. Podría darse, por ejemplo, que la minimización de la suma de los costos de accidentes automovilísticos y de los costos para evitarlos resulten como consecuencia de medidas diseñadas para hacer al automóvil resistente contra choques en vez de a través de medidas dirigidas a evitar en sí mismos los accidentes automovilísticos. Para determinar si vale la pena evitar el costo de un accidente el *test* no analizará el costo total de la medida de seguridad que lo evitaría, sino el costo de dicha medida de seguridad descontado apropiadamente habiendo tomado en cuenta todos los demás costos de accidentes que dicha misma medida evitaría. Entonces, el costo de evitar un determinado accidente es de diez dólares si un mecanismo de seguridad de un valor de 100 dólares también evitaría otros nueve accidentes de igual magnitud.

Hay otros numerosos supuestos implícitos en la aplicación de cualquier *test* de esta naturaleza, pero este no es el lugar para discutirlos. Ver COSTS, nota 10 *supra*, *passim*.

¹² El costo en exceso de US\$45 sólo sería evitado en el aún más maravilloso mundo del Profesor Coase, donde los costos de transacción no existen, y en donde un "soborno" previo al accidente otorgado por el causante del daño a la víctima resultaría en que la víctima optaría por la medida de seguridad de un valor de US\$5. Ver COASE, "The Problem of Social Costs". En: J. Law & Economics, No. 3, 1960.p. 1; CALABRESI, "Transaction Costs, Resource Allocation and Liability Rules – A Comment". En: J. Law & Economics, No. 11, 1968.p.67 y COSTS, nota 10 *supra*, p.135-140.

¹³ El Profesor Posner se da cuenta de esto, y añade que esta sutileza, si bien no está explícita en los casos, podría estar implícita en ellos. POSNER, nota 10 *supra*, p.33.

¹⁴ Ver parte VI, *infra*.

te sólo si el causante de los daños tampoco hubiese podido evitar el accidente a un costo menor a aquél que implicó este último. En otras palabras, un *Learned Hand Test inverso* que siempre hacía responsable al causante de los daños salvo que la víctima fuese negligente, y que incluso bajo esas circunstancias considera responsable al causante si es que éste también fue negligente, haría respecto de los costos incurridos para evitar los accidentes primarios justamente lo que supuestamente logra el *Learned Hand test* actual con negligencia concurrente. La única diferencia entre los *tests* sería distributiva. Bajo el *Learned Hand test*, los costos de todos los accidentes que no valga la pena evitar son asumidos por las víctimas, mientras que bajo el *Learned Hand Test inverso* éstos serían asumidos por los causantes de los daños¹⁵.

Al focalizarnos en el *Learned Hand Test inverso*, no estamos jugando simplemente con espejos. El punto es que un mundo perfecto con previsibilidad perfecta es un prerequisite para la optimización de la reducción de costos de accidentes primarios bajo *cualquiera* de los tipos de *Learned Hand test* y que, dado tal mundo, cualquier número de otros mecanismos también lograría dicha meta¹⁶. En la medida que nos preocupamos por la minimización práctica de los costos de los accidentes, la elección entre estos mecanismos dependerá no de su habilidad *teórica* para optimizar los costos de los accidentes dados ciertos supuestos, sino del grado en el que así efectivamente lo obtengan los supuestos particulares que cada mecanismo requiera¹⁷. Sugeriremos un *test* que creemos es mucho más propenso a realizar un trabajo satisfactorio de

optimización de costos de accidentes primarios que cualquier tipo de *Learned Hand test*. Nosotros pensamos también que la aplicación del *test* propuesto requiere emitir preguntas que se encuentren íntimamente ligadas a aquéllas que las cortes siempre se han preguntado en los casos de responsabilidad objetiva. Por eso es que creemos que el *test* propuesto es uno apropiado para definir los límites de la responsabilidad objetiva.

III. DEFINIENDO EL TEST DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Cuando se presenta un caso para ser juzgado bajo cualquiera de los dos tipos de *Learned Hand test*, se hace un análisis costo-beneficio por una institución gubernamental (un juez o jurado) sobre los costos relativos del accidente y los incurridos para evitarlo¹⁸. La responsabilidad se colocaría en la parte inicialmente exenta de responsabilidad sólo si *quien toma las decisiones* encuentra que los beneficios de evitar los daños (i.e., no incurriendo en el costo del accidente) serían mayores a los costos incurridos para evitarlos. El *test* de responsabilidad objetiva que sugerimos no requiere que una institución gubernamental realice tal análisis costo-beneficio. Únicamente requiere de una institución semejante una decisión respecto a cuál de las partes del accidente *está en la mejor posición para realizar el análisis costo-beneficio entre los costos del accidente y los costos de evitarlo y para actuar sobre la base de aquella decisión una vez que sea tomada*. La cuestión para la corte se reduce a una búsqueda de aquél que evita los costos de manera más barata.¹⁹

¹⁵ Como nuestra discusión subsiguiente indica, las implicancias prácticas de los dos *tests* también son muy diferentes. Podría darse el caso, por ejemplo, que un *test* resulte en más disputas sobre el traslado de pérdidas de las que resultarían del otro y, por tanto, resultaría en mayores costos administrativos. Esta consideración práctica era inválida según Holmes. Ver, HOLMES, O. "The Common Law". Howe Ed., 1963. p.76-77. Pero *cf.* COSTS, nota 10 *supra*, p.261-262.

¹⁶ Considere, por ejemplo, un *test* en virtud del cual una agencia de prevención de accidentes con conocimiento de todo lo que ocurre emite a la parte pertinente una orden para evitar un accidente cuando valga la pena evitarlo, con una sanción lo suficientemente severa como para garantizar que la orden será acatada. Comparar COSTS, nota 10 *supra*, p.111-113. Ver nota 73 *infra*.

¹⁷ Estos supuestos se vinculan, *inter alia*, al costo de información para cada parte, la ausencia de impedimentos psicológicos u otros para actuar sobre la base de información disponible, los costos administrativos de trasladar las pérdidas, y la medida en que las partes asumen realmente los costos que los *tests* particulares imponen sobre ellos. Estos son principalmente, en términos de los economistas, supuestos relacionados a los costos de transacción y externalización. Ver generalmente COSTS, nota 10 *supra*, p.55-64, 143-150, 178-186, 244-250.

¹⁸ La decisión podría ser tomada también por el legislador, tal como a veces sucede mediante la aplicación del concepto de "negligencia *per se*". Ver 2 HARPER, F. & F. JAMES. "The Law of Torts". 17.6, 1956. La historia de los roles respectivos de los jueces y jurados en la configuración del análisis puede ser visto en casos tales como Grand Trunk Ry. v. Ives, 144 US, 408 (1892); Baltimore & O.R.R. v. Goodman, 275 U.S. 66 (1927); Pokora v. Wabash Ry., 292 U.S. 98 (1934) (limitando a Goodman); Lorenzo v. Wirth, 170 Mass, 596, 49 N.E. 1010 (1897); y Sylvester v. Shea, 280 Mass, 508, 182 N.E. 916 (1932). Ver también NIXON. "Changing Rules of Liability in Automobile Accident Litigation". En: Law & Contemp. Prob., No. 3, 1936, p.476.

¹⁹ Se ha definido en otro lugar a aquél que evita los costos de manera más barata como la parte "a la cual, quien asume inicialmente de manera arbitraria los costos del accidente, encontraría más valioso 'sobornar' para obtener aquella modificación en el comportamiento que reduciría lo máximo posible los costos del accidente." COSTS, nota 10 *supra*, p.135. Esta definición, a diferencia de la terminología que hemos venido usando en este artículo, incluye los costos incurridos para evitar accidentes dentro del término "costos de accidentes". Debe tenerse en claro para la reflexión que el soborno "más valioso" sería aquél otorgado a la parte que esté en la mejor posición tanto para determinar cuáles medidas para evitar los costos de los accidentes resultarán en la mínima suma de costos para evitar accidentes y costos de accidentes (esto es, para efectuar el análisis costo beneficio) como para actuar en base a tal determinación. No es nuestra intención sugerir que la parte que se encuentra en la mejor posición para efectuar el análisis costo beneficio está siempre en la mejor posición para actuar en base a él; donde aquél no sea el caso, la decisión requiere medir las ventajas comparativas. La imposición de los costos del accidente sobre quien evita los costos de manera más barata tendrá, por supuesto, su propio grupo de consecuencias distributivas, y éstas bien podrían diferir de aquéllas que resulten de las aplicaciones del *Learned Hand test* o del *Learned Hand test inverso*.

Así establecido, suena como si el *test* de responsabilidad objetiva fuese sencillo de aplicar. En vez de requerir, como lo hace el *Learned Hand test*, un juicio sobre si un causante de daños *debió* evitar los costos del accidente porque los costos de prevención eran menores que los costos previsibles del accidente, el *test* de responsabilidad objetiva simplemente requeriría una decisión sobre si el causante del daño o la víctima estaban en una mejor posición tanto para juzgar si los costos incurridos para evitar el accidente rebasarían los costos previsibles del accidente, como para actuar sobre la base de dicho juicio²⁰. El asunto no es *si es que* evitar el accidente vale la pena, sino cuál de las partes se encuentra en una mejor posición relativa de descubrir si evitarlo vale la pena. Este juicio no es de ninguna manera sencillo, pero nosotros estimamos que, en la práctica, efectuarlo correctamente sería usualmente más fácil que realizar el juicio requerido tanto bajo el *Learned Hand test* como bajo su versión inversa²¹. Esto también implica un menor grado de intervención estatal a aquél que requiere cualquiera de los tipos de *Hand tests*²².

Como un primer paso para determinar qué implica dicho *test* de responsabilidad objetiva, nosotros proponemos examinar cómo los asuntos surgidos en las cortes respecto de diversas áreas de la responsabilidad objetiva se vinculan con el *test* propuesto. Primero, haremos esto en un contexto muy simplificado, tratando a los accidentes como si sólo involucraran al causante de daños y a la víctima. Luego, examinaremos qué implica para el *test* considerar a los accidentes como eventos que involucran categorías enteras de víctimas, causantes de daños y terceros afectados.

En casos de responsabilidad objetiva por productos, la primera pregunta que se hace es “¿había algún defecto?” Un defecto puede ser definido como que simplemente algo salió mal. Todo lo que eso a su vez significa, sin embargo, es que se pudo haber diseñado un producto más seguro, y esto significaría que hay un defecto ahí donde ocurra un accidente. En cambio, si se define la existencia de un defecto como la falla de un producto para alcanzar los niveles que sean considerados como costumbre en el comercio, entonces la responsabilidad objetiva sería incluso menos exitosa que el *Learned Hand test* en alcanzar la reducción óptima de los costos primarios de los accidentes.²³ No es sorprendente, entonces, que las cortes hayan tendido a rechazar ambos extremos²⁴.

En reemplazo, las cortes se han inclinado a determinar si es que existe un defecto formulando una serie de preguntas secundarias relacionadas a (a) qué tan adecuada es la advertencia y (b) el uso dado al producto. Éstas se han percatado que la asunción del riesgo por parte de la víctima podría servir ya sea para negar la existencia de un defecto como para ser una defensa del mismo²⁵. En efecto, la defensa de la asunción del riesgo puede ser vista como lo suficientemente amplia como para abarcar qué tan adecuada es la advertencia y el uso apropiado del producto, los cuales son a su vez formas apropiadas para dar cabida a algunas de las preguntas implícitas en el *test* de responsabilidad objetiva que hemos ofrecido.

Veamos primero qué tan adecuada deba ser la advertencia. Supongamos que un producto ocasionalmente causa que la pierna del usuario se desprenda. La omisión de advertir al usuario potencial que esto podría ocurrir en un 0.0001 por ciento de los casos

²⁰ Estamos asumiendo para los propósitos de nuestra discusión en el presente artículo que los costos de los accidentes y los costos para evitarlos no sólo son determinables sino también fungibles, de manera que el análisis costo-beneficio involucra sólo una comparación de los costos relativos. Nos inclinaríamos por pensar que en la práctica, el juez o jurado que efectúe el análisis costo beneficio bajo el *Learned Hand test* sería afectado significativamente por consideraciones ajenas a los costos relativos de los accidentes y de evitarlos mismos, a pesar que esto es negado expresamente por el Profesor Posner. POSNER, nota 9 *supra*, p. 31-32, 33-34. Estas otras consideraciones, que involucran el valor colectivamente determinado de las partes y de las actividades en las que éstas participan, son de hecho de crucial importancia para determinar el tipo y nivel de actividades causantes de costos de accidentes que la sociedad desea permitir. La manera en la que las introduciremos en la decisión será discutida bajo el título de “disuasión específica” en COSTS, ver nota 10 *supra*, p. 95-129, 174-198. Ver también notas 72 & 73 *infra* y texto adjunto.

²¹ Es un juzgamiento más sencillo porque analiza preguntas tales como qué parte está mejor informada en cuanto a riesgos y alternativas, en lugar de preguntas que requieren medir los costos de accidentes y de evitarlos, teniendo que ser ambos subjetivamente determinados por el examinador de hecho.

²² Ver p. 1074-75 *infra*.

²³ El *Learned Hand test* se pregunta si una medida para evitar un accidente costaría menos de lo que ahorraría en costos de accidentes, y esto tiene muy poco que ver con la costumbre. Ver POSNER, nota 9 *supra*, p.39. La costumbre no ha sido generalmente una defensa bajo el sistema de culpa, a pesar que puede ser tan admisible como relevante para determinar lo que es una conducta apropiada bajo las circunstancias. 2 HARPER F. & F. JAMES, “The Law of Torts”, 17.3.

²⁴ En cuanto al rechazo de la costumbre como una defensa absoluta en casos de responsabilidad objetiva por productos, ver, por ejemplo, Williams v. Brown Mfg. Co., 93 111. App. 2d 334, 236 N.E.2d 125, 138 (1968); Badorek v. General Motors Corp., 11 Cal. App. 3d 902, 935, 90 Cal. Rptr. 305, 328 (1970) (dictum), citando ambos la famosa opinión del Juez Hand en The T.J. Hooper, 60 F.2d 737 (2d Cir. 1932), *cert. denied sub nom.* Eastern Transportation Co. v. Northern Barge Co. 287 U.S. 662. El rechazo del otro extremo está implícito en el rechazo de la noción de que el fabricante es responsable sin excepción por los accidentes surgidos del uso de sus productos. Ver, por ejemplo, los casos de responsabilidad por productos citados en la nota 5 *supra*.

²⁵ Ver nota 4 *supra*.

resultaría normalmente en responsabilidad del fabricante²⁶. Pero incluso es improbable que una advertencia semejante permita al usuario hacer un análisis costo-beneficio inteligente entre los costos del accidente y aquéllos incurridos para evitarlo. Salvo que el usuario tenga razón para creer que él se encuentra en la categoría peligrosa y salvo que exista un sustituto cercano, que evite el peligro a algún costo, el usuario difícilmente se encuentra en una posición para evaluar los beneficios del producto respecto de sus costos. Parecería que el fabricante no se encuentra en una mejor posición, pero éste no sería el caso si nos movemos de una situación estática a una dinámica. Mediante el desarrollo de un nuevo producto o de un *test* que sirva para identificar al 0.0001 por ciento riesgoso, el fabricante se encuentra en posición de comparar los costos existentes del accidente con los costos incurridos para evitar este tipo de accidente. El consumidor no puede en la práctica hacer esta comparación. Relativamente, el fabricante es quien puede evitar los costos de la manera más barata, la parte en una mejor posición para hacer el análisis costo-beneficio y actuar sobre la base de él.

En caso se desarrolle un "*test* complementario" que permita al consumidor identificarse a sí mismo como un usuario especialmente riesgoso, la situación bien podría cambiar. La existencia del "*test* complementario", vendido conjuntamente con el producto y junto con una advertencia, podría ser suficiente para hacer del consumidor la parte con mayor capacidad para evitar los costos del infortunio²⁷. Esto dependerá en parte, pero sólo en parte, de la naturaleza de la advertencia y de qué tan adecuado es dicho "*test* complementario" (incluyendo la facilidad del uso). Incluso si la advertencia es indefectiblemente clara y

el "*test* complementario" 100 por ciento preciso, sin embargo, el fabricante aún podría estar en una mejor posición para hacer un análisis costo-beneficio. Ello, considerando que el análisis depende no sólo de qué tan adecuada es la advertencia y la posibilidad que un usuario riesgoso sea capaz de identificarse a sí mismo, sino también de la disponibilidad de alternativas al producto²⁸. Si el producto es un cosmético con muchos sustitutos cercanos, identificando y advirtiendo claramente al grupo riesgoso muy probablemente pondría al usuario en la mejor posición para escoger. Si, en cambio, el producto es un medicamento cuyo uso es la única manera de salvar la vida del usuario, identificar y advertir a los usuarios riesgosos probablemente no bastará para hacer que los usuarios sean quienes están en la mejor posición de elegir²⁹. Bajo esas circunstancias, el fabricante estaría en una mejor posición para comparar el costo de la pierna ocasionalmente perdida con el *costo de mayor investigación* diseñada para dar surgimiento a un adecuado sustituto que implique menos riesgos, o riesgos equivalentes pero respecto de otro grupo determinable³⁰.

Nosotros no pretendemos sugerir que estos ejemplos resuelven la cuestión, pero deben servir para indicar por qué, cuando las cortes preguntan sobre qué tan adecuada fue la advertencia para tratar de determinar si es que existe un defecto, se encuentran frecuentemente en el camino correcto. Los ejemplos también demuestran por qué la mera claridad de la advertencia o meros porcentajes de propensión del daño podrían no resolver la cuestión por sí solos. Porque éstos son sólo factores que van hacia la pregunta básica de quién se encuentra en la mejor posición para hacer el análisis costo-beneficio y actuar de acuerdo a él, y deben ser considerados en conjunto con otros facto-

²⁶ Ver, por ejemplo, *Davis v. Wyeth Laboratories, Inc.*, 399 F.2d 121 (9th Cir. 1968); *Basko v. Sterling Drug Inc.*, 416 F.2d 417, 430 (2d Cir. 1969).

²⁷ Ver, por ejemplo, *Matthis v. Lehn & Fink Products Corp.*, 70 Wash.2d 541, 424 P.2d 284 (1967).

²⁸ Las alternativas incluyen no sólo a los productos sustitutos, sino también al no uso del producto.

²⁹ Esto es porque aquél que evita los costos de manera más barata debe ser capaz de efectuar el análisis requerido y actuar sobre la base de él, y la única acción significativa es una que reduzca el riesgo. Donde el producto sea la única medicina que salvará la vida del usuario, es irrelevante señalar que el usuario está en una posición para actuar sobre la base del análisis.

El costo de la acción del fabricante en una situación semejante (esto es, investigación para productos alternativos) podría tener en el largo plazo un efecto no deseado. Cargarle los costos al fabricante podría reducir indebidamente el número de compañías de medicamentos o su producción. Si el efecto en el largo plazo, en caso exista, es suficientemente adverso como para negar el efecto en el corto plazo depende de la habilidad relativa de los usuarios contra la de los fabricantes para evitar los costos del accidente en el largo plazo, esto es, cuál es el que evita los costos de manera más barata en el largo plazo. En este ejemplo es difícil ver qué podría hacer el usuario en el largo plazo. Sin embargo, en otras situaciones el asunto del largo plazo podría resultar en los méritos relativos de una mayor producción en diferentes industrias.

Los efectos no deseados en el largo plazo podrían, desde luego, ser manejados mediante subsidios gubernamentales financiados por impuestos globales sobre quien evita los costos de manera más barata en el largo plazo; esto nos parece por lejos una mejor solución que negar la responsabilidad. Para un tratamiento más detallado de los problemas de evitar los costos a largo plazo contra los de corto plazo, ver Calabresi, nota 12 *supra*.

³⁰ La discusión en el presente trabajo simplifica de sobremanera las alternativas. El fabricante podría, por ejemplo, decidir identificar a los usuarios de alto riesgo y venderles los productos a un precio más alto. Ver *Costs*, nota 10 *supra*, p. 170-171. Si se le permite hacer esto, y si hacerlo es económicamente razonable, las consecuencias en el largo plazo de imponerle responsabilidad -referidas en la nota 28 *supra* -podrían ser evitadas. Ver, *Ibid.*, p.162, 168-172.

res tales como la disponibilidad de sustitutos y la naturaleza del uso del producto por el usuario, para efectos de determinar la responsabilidad.

La relevancia del uso para el cual se ha diseñado el producto ha parecido especialmente complicada para las cortes³¹. El hecho que una cortadora de césped no haya sido diseñada para proteger a su conductor en caso éste decida conducirla en la vereda no debe ser visto como un defecto del diseño que haga al fabricante responsable respecto a los usuarios o rescatistas. Pero tampoco una advertencia que indique que la cortadora de césped no debería ser usada donde hayan rocas debería *excluir* la responsabilidad del fabricante respecto de transeúntes golpeados por las rocas o incluso respecto del propio usuario. Nuevamente, la cuestión es quién es mejor para efectuar un análisis costo-beneficio y actuar sobre la base de él, visto en términos realistas. Muchos usos de un producto, pese a ser prohibidos por el fabricante, en realidad no son inesperados. Otros usos, a pesar de no estar prohibidos, son de hecho tan inusuales que colocan al usuario en una mejor posición que el fabricante para hacer el análisis costo-beneficio.

Mas aún, la pregunta sobre si el fabricante pudo anticipar suficientemente el uso³² como para estar en una mejor posición para efectuar el análisis costo-beneficio tiene poco que ver con si la sociedad considera que el uso vale sus costos. En otras palabras, es lógicamente distinto de la pregunta sobre si el usuario fue negligente concurrente. Entonces, un usuario podría tener una excelente razón para conducir la cortadora de césped por la vía (los beneficios del uso exceden los costos), en cuyo caso quien decide colectivamente en un régimen de negligencia / negligencia concurrente no considerará que su conducta contribuyó a la generación del daño. Pero aún tal usuario

sería con toda seguridad un mejor evaluador de los costos y beneficios involucrados que el fabricante. Como consecuencia, su demanda de responsabilidad objetiva contra el fabricante por los daños que resulten de dicho manejo fracasaría³³. Al revés, el hecho que el uso del producto sea considerado negligente de manera concurrente no significa necesariamente que el fabricante no esté en una mejor posición que el usuario para evaluar los costos y beneficios. Para tomar un ejemplo de un área distinta a la responsabilidad objetiva, un trabajador podría utilizar negligentemente un equipo y, sin embargo, su empleador podría estar en una mejor posición para evaluar los costos y beneficios relevantes. Esto es, él podría conocer la propensión al uso negligente y estar en mejor capacidad para evaluar un equipo sustituto que no pueda ser utilizado negligentemente con facilidad. Esto explica por qué la negligencia concurrente no ha sido una defensa inevitable para una acción basada en responsabilidad objetiva³⁴.

Esperamos que la discusión precedente sobre qué tan adecuada es una advertencia y el uso apropiado haya hecho pensar al lector que de lo que hemos hablado extrañamente suena como asunción del riesgo, pero en su sentido original y no en su sentido secundario y técnicamente inapropiado de negligencia concurrente³⁵. La doctrina de la asunción del riesgo - pese a ser aplicada de una manera exageradamente equivocada por las cortes, las cuales no han analizado de una manera realista si el demandante tenía en la práctica el requisito de conocimiento y la posibilidad de elección que la doctrina implicaba - es esencial para el entendimiento de un mundo sin culpa³⁶. Es, y siempre ha sido, un tipo de responsabilidad objetiva del demandante - la otra cara de la moneda de la responsabilidad objetiva del demandado. Incluso podría llegar al extremo de negar la negligencia del

³¹ Ver, por ejemplo, *Brown v. General Motors Corporation*, 355 F.2d 814 (4^o Cir. 1966); *Helene Curtis Industries Inc. v. Pruitt*, 385 F.2d 841 (5^o Cir. 1967).

³² Ver, por ejemplo, *Higgins v. Paul Hardeman, Inc.* 457 S.W.2d 943 (Mo. App., 1970); y *Dunham v. Vaughan & Bushnell Mfg. Co.* 86 111. App. 2d 315, 229 N.E.2d 684 (1967), sosteniendo que un uso anormal de un producto libera de responsabilidad al demandado sólo si ese uso no es razonablemente previsible.

³³ Ver, por ejemplo, *Greeno v. Clark Equipment Co.*, 237 F. Supp. 427, 429 (D.Ind. 1965), donde la corte señaló que a pesar que la negligencia concurrente no es una defensa para la responsabilidad objetiva de productos, el "mal uso" es una defensa.

³⁴ Ver, por ejemplo, *Bachner v. Pearson*, 479 P.2d 319 (Alaska, 1970); *Barth v. B.F. Goodrich Tire Co.*; 265 Cal. App. 2d 228, 71 Cal. Rptr. 306 (1968).

³⁵ En su sentido original, o "primario", la asunción del riesgo impide la recuperación que le correspondería aquel demandante que voluntaria y razonablemente escoge toparse con un riesgo conocido. Ver, 2 HARPER, F. & F. JAMES. "The Law of Torts". 21.1. 1956.

³⁶ Cfr. KALVEN. "Torts: The Quest for Appropriate Standards". En: Calif. Law Review, No. 53, 1965. p.189, 206, sugiriendo que hay una "analogía obsesiva" entre el énfasis del Juez Traynor en la inhabilidad del consumidor para detectar defectos en los bienes que adquiere (esto es, para evitar los riesgos) y la distinción efectuada en términos de asunción del riesgo entre accidentes de tráfico y "accidentes" entre propietarios adjuntos por Blackburn, J., en *Fletcher v. Rylands*, L.R. 1 Exch. 265, 287 (1866), *aff'd sub nom.* *Rylands vs. Fletcher* L.R. 3 H.L. 330 (1868).

Otra analogía interesante es aquella entre el énfasis del Juez Traynor sobre consideraciones distributivas (Ver, por ejemplo *Escola v. Coca Cola Bottling Co. de Fresno*, 24 Cal. 2d 153, 150 P.2d 136 (1944) (opinión concurrente) y la sugerencia de Bohlen que los jueces que redactaron las opiniones en *Fletcher v. Rylands* buscaban proteger a la gente de la tierra contra las usurpaciones de la industria. BOHLEN. "The Rule in *Rylands v. Fletcher*". En: U. Pa. L. Rev. 1911. p.298. Ver generalmente la parte VI, *infra*.

demandado, mediante la emisión de un juicio que señale que a pesar que la conducta del demandado no valía sus costos (i.e., fue negligente), el demandante estaba en una mejor posición que el demandado para evaluar los costos y beneficios involucrados (i.e., el demandante asumió el riesgo). Así como el empleador podría estar en la mejor posición para evaluar los costos y beneficios de un equipo dada la propensión de la negligencia ocasional de los trabajadores (responsabilidad objetiva del demandado), de la misma manera un espectador en un partido de béisbol podría estar en una mejor posición para evaluar el deseo de sentarse en una gradería sin malla, dada la propensión de lanzamientos peligrosos que se producen ocasionalmente durante el partido, que podrían resultar en que el espectador sea golpeado en la cabeza (responsabilidad objetiva del demandante, o asunción del riesgo)³⁷. En ambas situaciones, la conclusión sobre si el costo de un accidente debe ser trasladado no depende de si una parte fue negligente, sino más bien de un juicio respecto de si la parte estaba en una mejor posición para efectuar el análisis costo-beneficio, independientemente de la negligencia del otro³⁸. En cada situación, la responsabilidad objetiva (sea del demandado o del demandante) es impuesta sin importar si la otra parte “debió” hacer lo que hizo.

Interpretada apropiadamente, la doctrina de la asunción del riesgo no sólo abarca las interrogantes que las cortes se están preguntando hoy en día sobre qué tan adecuada es la advertencia y el uso apropiado del bien, sino que también puede ser vista en el sentido que abarca mucho de la rúbrica tradicional por la cual las formas clásicas de la responsabilidad objetiva fueron limitadas. Estas formas de responsabilidad, sea respecto a animales, actividades altamente riesgosas, situaciones *Fletcher v Rylands*³⁹ o inclusive compensación de trabajadores, fueron limitadas en dos formas generales. El primer límite fue puesto usualmente en términos respecto de si el daño se originó por el riesgo cuya presencia fue la razón para hacer responsable objetiva a la actividad. ¿Invadió una vaca una propiedad o en cambio ha mordido a un vecino; ha despedazado un tigre a alguien, o simplemente ha masticado

do pasto; explotó una bomba, o sólo se rodó y aplastó el pie de alguien?⁴⁰ El segundo límite fue puesto usualmente en términos respecto de si la víctima ha hecho algo que, si bien no necesariamente *negligente*, lo ha expuesto especialmente al riesgo. ¿La víctima se involucró en un uso “anormal” de su tierra; la víctima, un zoólogo, entró a la jaula del tigre para estudiar los hábitos de los felinos grandes; la víctima fue a donde ninguna compañía de detonaciones pudiese haber esperado hayan personas?⁴¹ Al establecer estos límites, las cortes estaban en efecto emitiendo juicios respecto de si el causante de daños o la víctima pudieron decidir mejor las ventajas de la prevención en relación con los costos del accidente. Ambos límites sugieren preguntas tales como quién tiene el mayor conocimiento del riesgo involucrado y quién está en una mejor posición para escoger evitar ese riesgo mediante la modificación de una conducta en caso el riesgo parezca muy grande. Más aún, al discutir estas preguntas, las cortes parecían considerar irrelevante la pregunta sobre si un tercero que tomase la decisión aprobaría o no la decisión tomada, y, en cambio, se concentraban en la pregunta sobre quién podría tomar mejor la decisión. En otras palabras, la cuestión no estaba en si el propietario del terreno *debió* construir un reservorio o mantener tigres, como en efecto lo hizo. Tampoco era si la víctima actuó “razonablemente” al involucrarse en un uso anormal de su propiedad o al entrar a la jaula del tigre. En cambio, ésta estaba en si su situación lo hacía estar mejor preparado que el propietario para comparar los beneficios y los costos del riesgo que tomó.⁴²

Empero, decir esto es permanecer en un nivel demasiado sencillo. Hasta ahora simplemente hemos asumido un causante de daños y una víctima, cuando en realidad cada uno pertenece a una categoría quienes realizan las detonaciones, propietarios de fábricas, usuarios de productos, trabajadores, y así sucesivamente⁴³. Hemos asumido que los costos de pagar por accidentes o por evitarlos recaen en el individuo y, entonces, que la decisión costo – beneficio bajo la regla de la responsabilidad objetiva se efectúa en un nivel totalmente descentralizado. Más aún, hemos

³⁷ Cfr. *Kavafian v. Seattle Baseball Club Ass'n*, 105 Wash. 215, 177 P. 776, 181 P. 679 (1919).

³⁸ Por ello, la responsabilidad objetiva no puede ser explicada como lo “opuesto” de la negligencia, o como un *Learned Hand Test* inverso, puesto que si así fuese, éste tendría que tomar en consideración la negligencia del causante de daños, esto es, negligencia concurrente inversa (ver pp.1058-1059 supra) para determinar si trasladar el costo del causante de daños a la víctima debido a la conducta de la víctima.

³⁹ *Fletcher v. Rylands*, 3 H & C 774, 159 Eng. Rep. 737 (1865), *rev'd Fletcher v. Rylands*, L.R. 1 Exch. 265 (1866), *aff'd Rylands v. Fletcher*, L.R. 3 H.L. 330 (1868).

⁴⁰ Ver, por ejemplo, *Hartford v. Brady*, 114 Mass. 466 (1874); *Wiggings v. Industrial Accident Bd.*, 170 P. 9 (Mont., 1918); *Scribner v. Kelley*, 38 Barb. 14 (NY 1862); *Troth v. Wylls*, 8 Pa. Super. 1 (1897) (diferiendo de *Wickham*, J.).

⁴¹ Ver, por ejemplo, *Rozewsky v. Simpson*, 9 Cal. 2d 515, 71 P.2d 72 (1937); *Oklahoma City vs. Hudson*, 405 P.2d 178 (Okla. 1965); *Harder v. Maloney*, 250 Wis. 233, 26 N.W.2d 830 (1947).

⁴² Ver, por ejemplo, *Rozewsky v. Simpson*, 9 Cal. 2d 515, 71 P.2d 72 (1937).

⁴³ Ver generalmente *Costs*, nota 10 supra, *passim*.

ignorado los problemas que surgen cuando la víctima no es el detonador ni el detonado, sino un tercero rescatista, ni el fabricante de la cortadora de césped ni el usuario que la conduce en la vereda, sino un transeúnte que es golpeado cuando ésta se pone fuera de control. Obviamente, tales problemas no pueden ser ignorados bajo un estándar de culpa ni de responsabilidad objetiva⁴⁴. Asimismo, hemos evitado el problema de quién debe decidir qué categoría está en la mejor posición para hacer un análisis costo-beneficio y actuar de acuerdo a éste, y qué tan generalizada debe estar esta decisión. Esto es, hemos ignorado (a) quién decide si los que realizan la detonación están generalmente mejor preparados que los afectados por ésta para balancear los costos y beneficios, (b) cuántas excepciones se permitirán a esta noción general, y (c) a quién se le permitirá encontrar que una situación determinada configura una excepción. Estos problemas no alteran el *test*; sin embargo, requieren algo más de sofisticación en su aplicación.

IV. PERFECCIONANDO EL *TEST* DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

A. Nivel y generalidad de aplicación

Las mayores diferencias entre las áreas de responsabilidad objetiva se dirigen precisamente a la pregunta referida al nivel de generalidad al que se toma una decisión respecto de la categoría o parte que está en una mejor posición para efectuar el análisis costo-beneficio apropiado. Generalmente, en actividades de detonación y altamente riesgosas, la decisión tomada por la corte en el sentido que quien realiza la detonación está en una mejor posición para hacer el análisis costo-beneficio se encuentra en un alto nivel de generalidad. En muchas jurisdicciones la decisión contempla virtualmente ninguna excepción en tanto el daño surja del riesgo que hizo de la actividad una altamente riesgosa⁴⁵. La propensión de que la víctima se comporte estúpidamente o la sensibilidad inusual de algunas víctimas son muchas veces mejor consideradas quien realiza la detona-

ción. Es cierto que algunas cortes han hecho surgir la pregunta de si debe haber responsabilidad cuando quien realiza la detonación eligió un lugar que parecía estar totalmente desierto⁴⁶. La víctima, han dicho efectivamente estas cortes, está en una mejor posición para medir los costos de ubicarse en un lugar tan inusual en relación con los costos de tomar cualesquiera riesgos que puedan haber por estar en un lugar tan inesperado. Pero algunos jueces, en efecto, han razonado que no valdría la pena hacer tal excepción, precisamente porque requerirá mayores juicios individualizados⁴⁷. Quizás una víctima ocasional estaría en mejor posición para efectuar el análisis costo-beneficio, pero el costo administrativo de lidiar con tales circunstancias no valdría la pena, dada su presunta rareza.

En la responsabilidad objetiva por productos, en cambio, el juicio, nuevamente emitido por las cortes, que los grandes fabricantes están en una mejor posición que los usuarios para hacer el análisis costo-beneficio se considera es mucho menos aplicable de manera general, y al fabricante le es permitido intentar demostrar en cada caso específico que el usuario estaba en la mejor posición para hacer el análisis. Las preguntas formuladas respecto de cuán adecuada es una advertencia y a qué tan apropiado es el uso y, en algunas jurisdicciones, la disponibilidad de la defensa de negligencia concurrente, sugieren qué tan lejano está de ciertas cortes que la premisa generalizada de que el fabricante es quien evita los costos de manera más barata se aplicará al caso individual⁴⁸. Como resultado, se le permite a una combinación de juez y jurado encontrar que, dada la disponibilidad de sustitutos, qué tan adecuada es la advertencia y la capacidad de un usuario individual para identificarse a si mismo como especialmente riesgoso o seguro, el postulado general sobre quién es el mejor capacitado para comparar los riesgos y beneficios no resultará aplicable. El hecho que tales determinaciones sean hechas en formas que son mucho más realistas de lo que fueron decisiones análogas en casos antiguos de asunción de riesgo, es la lección de casos como *Henningsen*

⁴⁴ Ver *Sills v. Massey Ferguson, Inc.*, 296 F. Supp. 776 (N.D. Ind. 1969), y casos allí citados.

⁴⁵ Ver, por ejemplo, *Bedell v. Goulter*, 199 Ore. 344, 261 P.2d 842 (1953).

⁴⁶ Ver, por ejemplo, *Houghton v. Loma Prieta Lumber Co.*, 152 Cal. 500, 93 P. 82 (1901); *Kendall v. Johnson*, 51 Wash. 477, 99 P. 340 (1909).

⁴⁷ Los costos administrativos de realizar tales juzgamientos individualizados presumiblemente serían muy elevados. Ver, por ejemplo, *Whitman Hotel Corp. v. Elliot & Watrous Engineering Co.*, 137 Conn. 562, 79 A.2d 591 (1951) (concurriendo Baldwin, J.) notando que tales limitaciones en la responsabilidad objetiva para el caso de las detonaciones "añade una calificación o condición confusa e innecesaria." 137 Conn. p. 576, 79 A.2d. p. 598.

⁴⁸ New Jersey es una jurisdicción en donde la negligencia concurrente permanece como una defensa de la responsabilidad objetiva. *Maiorino v. Weco Products Co.*, 45 N.J. 570, 214 A.2d 18 (1965). *Cfr.* *Cintrone v. Hertz Truck Leasing & Rental Service*, 45 N.J. 434, 212 A.2d 769 (1965). En parte, esto puede ser el resultado del abandono de la defensa de la asunción del riesgo en New Jersey. Ver nota 55 *infra*. Ver generalmente Supp. al 2 HARPER, F. & F. JAMES "The Law of Torts", 22.7. 1968.

y *Sills*⁴⁹. Pero esto no desdice de manera alguna el juicio que para determinar quién está mejor capacitado para hacer un análisis costo-beneficio en casos de responsabilidad por productos, vale la pena un cierto grado de análisis caso por caso.

La compensación a los trabajadores difiere tanto de la responsabilidad por actividades altamente riesgosas como de la responsabilidad por productos en que la decisión original fue tomada legislativamente. También difiere en que ésta tiende a dividir la decisión de quién está en una mejor posición para evaluar los costos y beneficios en virtud del *tipo de daño* en vez del *tipo de accidente*. Aquí no estamos interesados en el hecho que los cronogramas de compensación de los trabajadores estén irremediamente fuera de fecha⁵⁰, pero en cambio sí lo estamos con el mero hecho que ellos se relacionen con los daños sobre la base de un cronograma. El resultado de esto es que la medida de los daños sufridos por pérdidas de altos funcionarios e incluso pérdidas de salarios sería aquella que correspondería a un trabajador ordinario haciendo ese trabajo. Si un gran violinista se destroza su mano en una fundición, causándole un sufrimiento extremo y pérdidas económicas, ése fue el resultado del riesgo que asumió. Uno podría contrastar esto con casos que involucren actividades altamente riesgosas donde, con excepción de situaciones sumamente inusuales, uno toma a su víctima como uno lo encontró. De otro lado, el hecho que un trabajador es advertido que una máquina es especialmente peligrosa, o que debe ser usada de una manera determinada, no negará la responsabilidad del empleador, desprovisto de extremos tales como comportamiento desenfrenado y premeditado de la víctima⁵¹.

Sin entrar en mayor detalle, uno puede discernir una cierta racionalidad en estos casos respecto al nivel apropiado de generalidad de la decisión original de responsabilidad y las excepciones correspondientes. Esto no significa que estemos de acuerdo con todos los casos, de ninguna manera. Pero no es irrazonable suponer que un violinista es el mejor evaluador de las ventajas y costos relativos de trabajar en una fundición, en relación con el sufrimiento que él

sufriría si pierde su mano, mientras que no es probable que él esté en la misma posición respecto de los daños causados por detonaciones. Igualmente, el usuario de un producto podría estar en una buena posición para evaluar si es que él quiere usar un determinado producto en una manera determinada a pesar de la advertencia del peligro de hacerlo, mientras que un empleado usando ese mismo producto en el trabajo puede no estar tan bien posicionado. Si sumamos a las consideraciones anteriores los costos administrativos inherentes a permitir un intento por demostrar una excepción a la regla general, es fácil comprender los niveles de generalidad que han surgido en la realidad⁵².

B. Categorías de causantes de daños y víctimas

Hasta el momento hemos discutido los problemas involucrados en minimizar los costos de accidentes primarios como si el causante de daños o la víctima asumiesen efectivamente las pérdidas sufridas. Como ha sido discutido ampliamente en otra oportunidad, claramente ése no es el caso⁵³. La existencia de seguros y de otras formas en las que el costo es removido de quien inicialmente los asume y asumido finalmente por otros no requiere ser examinado aquí. Sin embargo, el efecto de factores tales como seguros en la elección de la parte que sería declarada como responsable bajo un *test* de responsabilidad objetiva debe hacerse explícito.

No hace ningún bien dejar el costo del accidente en la víctima en un caso de responsabilidad por productos, sobre la base de que está en una mejor posición que el causante del daño para hacer un análisis costo-beneficio, si la víctima no asumirá la pérdida en ningún caso. El asunto debe ser si, dado el hecho de esta "externalización", quien *efectivamente* asume la pérdida está en una mejor posición de la que está el causante del daño para hacer el análisis (asumiendo, por supuesto, que el causante del daño asumirá la pérdida si se le considera responsable). El punto es sencillo y no necesita ser tratado extensamente. La decisión crucial sobre quién está en una mejor posición para efectuar el análisis costo-beneficio apropiado debe ser hecho dentro de las *categorías* que efectivamente asumen una pérdida y no dentro de los

⁴⁹ Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc., 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960); Sills v. Massey Ferguson, Inc., nota 44 *supra*.

⁵⁰ Ver Boletín No. 161 emitido por la Oficina de Estándares Laborales del Departamento de Trabajo de E.E.U.U., "State Workmen's Compensation Laws" (1969).

⁵¹ Ver 1^a, LARSON, A. "Workmen's Compensation Law". 1967. p. 31.

⁵² Desde luego, los costos administrativos incluyen la propensión al error que podría resultar de un acercamiento particular, así como los costos de adjudicar disputas particulares. Ver Costs, nota 10 *supra*, p.251, 255-259.

⁵³ Ver la discusión sobre externalización en Costs, nota 10 *supra*, pp.144-150, 244-250.

individuos que sólo lo hacen inicialmente⁵⁴.

Este punto es, sin duda, igualmente válido para los dos tipos de *Learned Hand test*. La aplicación sofisticada de dichos *tests* requeriría que el juzgamiento colectivo sobre si vale la pena evitar los costos se haga al nivel de las categorías que terminarían pagando, y no al nivel de causante de daños individual y víctima individual. El hecho que en la práctica esto es casi imposible bajo las reglas existentes de culpa es una de las debilidades del sistema de culpa-seguro como mecanismo para reducir los costos primarios de los accidentes⁵⁵. Sin embargo, en teoría debería admitirse que uno pueda aplicar un *Learned Hand test* al nivel de categorías. Si el lenguaje de culpa, con el estigma que implica, también sería apropiado para tal *test* a un nivel no individual bien podría ser un asunto distinto.

C. La necesidad de realismo en la aplicación del *Test*

No debería sorprender que consideraciones de conocimiento, alternativas y niveles de categoría sean implícitos en la búsqueda de aquél que puede evitar los costos de manera más barata. El simple hecho que estos factores *son sólo implícitos* en el *test*, sin embargo, nos exige ser extremadamente prácticos en la medición de su existencia en situaciones específicas⁵⁶.

Al respecto, es bueno enfatizar nuevamente la naturaleza relacional del *test*. No importa que no haya virtualmente forma alguna por la que el fabricante de un medicamento riesgoso pueda hacerlo más seguro para aquellos usuarios que no tengan una alternativa real al consumo del medicamento – a pesar que el usuario puede identificarse a si mismo como una parte especialmente riesgosa. *Relativamente*, el fabricante se encuentra en una mejor posición para hacer el único análisis costo-beneficio que interesa, que es uno entre mayor investigación y daños actuales. El problema sería muy diferente si el medicamento tu-

viese sustitutos razonablemente cercanos que acarrearían riesgos distintos para distintos grupos de personas. Un ejemplo podría ser una píldora anticonceptiva que acarrea ciertos riesgos de trombosis a un grupo que puede identificarse a si mismo fácilmente (digamos, a través de un examen sanguíneo), pero que tiene sustitutos – sea otra píldora que evita ese riesgo pero que es eficaz en un poco menos del 100 por ciento (y, por tanto, contiene un riesgo para otro grupo que puede identificarse a si mismo fácilmente, aquellos que no quieren un bebé bajo *ninguna* circunstancia y que objetan los abortos así éstos sean legales), u otros mecanismos anticonceptivos totalmente efectivos, pero incómodos. En este caso, la existencia de sustitutos cercanos podría hacer que sea el usuario quien esté en una mejor posición para conducir el análisis costo – beneficio apropiado.

Asimismo, la necesidad de establecer la habilidad relativa para efectuar un análisis costo-beneficio nos exige mirar de manera realista la habilidad de las partes para actuar bajo la percepción de que se encuentran dentro de categorías riesgosas. Si sólo hay dos medicamentos disponibles para combatir una seria enfermedad, una que implica un riesgo de perder una pierna de 0.0001 por ciento, y la otra que implica un riesgo de perder un brazo de 0.0001 por ciento, no es realista sugerir que el usuario es quien está en una mejor posición para actuar sobre la base de los resultados de un análisis costo-beneficio. Cierto es que los violinistas tendrán la tendencia a preferir un medicamento y los corredores olímpicos el otro, pero para la mayoría de personas no está disponible ninguna elección considerable, y el tamaño del riesgo involucrado es tan pequeño, que parece probable que dejar la pérdida del lado del usuario resultaría en poco incentivo para la investigación⁵⁷. A nosotros nos parece preferible hacer al fabricante responsable y así crear una situación donde haya un incentivo considerable para la investigación, a pesar que esto

⁵⁴ Esto no significa que debería haber una regla de responsabilidad para personas aseguradas y otra para las no aseguradas. Al contrario, significa que ideando una regla apropiada para una categoría particular, la disponibilidad de seguro y otros medios de externalización de costos deberían ser tomados en cuenta. La regla de responsabilidad resultante reflejará, así, el grado general de externalización del individuo a la categoría en conjunto, aunque la regla bien podría también ser aplicada a todos aquellos dentro de la categoría, ya sea estén asegurados o no. Ver, por ejemplo, *Darling v. Charleston Community Memorial Hospital*, 33 Ill. 2d 326, 336-338, 211 N.E.2d 253, 259-60 (1965), 383 U.S. 946, anulando la doctrina de inmunidad caritativa en Illinois; *cfr.* *Gelbman v. Gelbman*, 23 N.Y.2d 434, 297 N.Y.S.2d 529. 245 N.E.2d 192 (1969).

⁵⁵ Ver *Costos*, nota 10 *supra*, pp. 244-250. El movimiento actual a favor de la reforma en el tratamiento de accidentes automovilísticos puede ser en parte explicado por la tendencia del sistema tradicional de incurrir en costos administrativos considerables como resultado del enfoque sobre accidentes específicos en la asignación de costos entre las partes, a pesar del hecho que los costos asignados son externalizados a través del seguro de responsabilidad.

⁵⁶ Una opinión reciente que rechaza destituir la queja en una acción que busca la recuperación obtenida de toda la industria de explosivos, por daños causados a niños por las detonaciones es un buen ejemplo del tipo de acercamiento que se requiere. *Chance v. E.I. Dupont de Nemours & Co.*, 69 C.273 (E.D.N.Y., decidido el 18 de Mayo, 1972).

⁵⁷ No estamos sugiriendo que la creación de incentivos adicionales hacia la investigación en seguridad sea o debería ser, necesariamente, el propósito básico de la responsabilidad objetiva. En el ejemplo del presente artículo, nuestro *test* propuesto impone responsabilidad en el fabricante porque él es la parte que puede reducir el riesgo, mediante acciones que podrían esperarse razonablemente. Ver nota 29 *supra*.

incrementaría de alguna manera los costos farmacéuticos para la gente que sólo valora sus pies⁵⁸.

El realismo es especialmente necesario cuando se encuentran involucrados terceros. Entonces la pregunta no es si, por ejemplo, la categoría a la que pertenece el vendedor o aquélla a la que pertenece el usuario está en la mejor posición para efectuar el análisis costo-beneficio; por el contrario, debe preguntarse qué categoría está en tal posición en relación con la categoría a la que pertenece el tercero. A veces la categoría del tercero es aquélla que evita los costos de manera más barata y entonces el problema es sencillo. Otras veces, sin embargo, las cosas no son tan simples. Si tanto el fabricante como el usuario están en una mejor posición para efectuar el análisis costo-beneficio que el tercero que es víctima, el *test* de responsabilidad objetiva requerirá, como regla general, que la víctima recupere los daños, sea que demande al fabricante o al usuario⁵⁹. Si la víctima elige demandar a la parte que no sea quien evita los costos de manera más barata, ese demandado debe estar en la posibilidad de juntarse con quien evita los costos de manera más barata como demandado o repetir contra él subsecuentemente para ser indemnizado. En cualquier caso, la regla de responsabilidad objetiva haría responsable a quien evita los costos de manera más barata y se logrará la optimización de los costos primarios de los accidentes, al menos si ignoramos los costos administrativos del litisconsorcio o de la demanda por indemnización. Bien podría haber situaciones, sin embargo, en que las habilidades relativas del fabricante y del usuario para efectuar el análisis costo-beneficio son tan claras, y los costos administrativos del litisconsorcio y de la indemnización son tan grandes, que nosotros negaríamos la existencia de responsabilidad si es que la víctima hizo la elección "equivocada" y demandó a una persona distinta a quien evita los costos de manera más barata. Esto porque en dichos casos la víctima está en la mejor

posición para elegir al demandado óptimo y debe ser inducido a hacer ello. Pero las cortes podrían ser conducidas en algunos casos a decisiones erróneas al asumir que allí donde el usuario está en una mejor posición que el fabricante para efectuar el análisis costo-beneficio, el fabricante no puede ser responsable respecto a terceros⁶⁰. Este error puede ser el resultado de una tendencia a asumir que en situaciones que involucren a terceros el usuario está en una mejor posición meramente porque el fabricante le advirtió⁶¹. En cambio, el hecho que un fabricante haya advertido al usuario que evite un uso particular debe servir para impedir que el tercero que es víctima recupere las pérdidas del fabricante sólo si (a) la advertencia es tan claramente adecuada como para resolver la controversia entre el fabricante y el usuario y (b) este hecho es suficientemente conocido por la víctima tras el accidente de tal manera que lo coloque en una buena posición para escoger al demandado apropiado⁶². El punto no es tanto que los conceptos sean difíciles, sino que ellos pueden ser fácilmente aplicados erróneamente.

Al respecto, la historia de la doctrina de la asunción del riesgo es instructiva. La doctrina formulaba preguntas tales como si el demandado tenía el "derecho" de imponer el riesgo sobre el demandante, lo cual la hacía frecuentemente circular⁶³. En cambio, un énfasis en el conocimiento y la apreciación del riesgo y disponibilidad de alternativas, igualmente parte de la doctrina, podría haberle fácilmente posibilitado que sirva para absolver a los demandados sólo en aquellas situaciones en las que la categoría del demandante era la que evitaba los costos de manera más barata – en otras palabras, donde el análisis costo-beneficio hubiese sido mejor dejárselo al demandante⁶⁴. En cambio, la doctrina fue aplicada en casos donde el conocimiento y la apreciación del riesgo y la disponibilidad de alternativas no estaban presentes para el demandante en un sentido realista⁶⁵. Esto bien puede

⁵⁸ Puede ser que el productor no sea quien evita el costo de manera más barata en el largo plazo, y esto debe tomarse en cuenta al decidir si se impone la responsabilidad. Ver nota 29, *supra*. Comparar Posner, pp. 75-76. "RESTAMENT OF TORTS, Second" 402A. Comentan K. y McLeod v. W.S. Merrell Co. 174 So.2d 736, 739 (Fla. 1965).

⁵⁹ La tendencia es hacia la responsabilidad objetiva del fabricante por los daños a terceros circunstanciales. Ver Sills v. Massey-Ferguson, Inc., 296 F. Supp. 776 (N.D. Ind. 1969) y casos allí citados.

⁶⁰ Comparar Sills v. Massey-Ferguson, Inc., 296 F. Supp. 776, 783 (N.D. Ind. 1969). Se hace a menudo una asunción análoga que el fabricante de medicamentos cumple su deber con los consumidores ("terceros") al prevenir a la profesión médica ("los usuarios") de posibles efectos secundarios. Ver, por ejemplo, Basko vs. Sterling Drug, Inc. 416 F.2d 417, 426 (2d Cir. 1969).

⁶¹ Así, en los casos de medicamentos debe asumirse que si un productor previene al doctor sobre un pequeño riesgo asociado a un medicamento apreciado, el doctor está así en una mejor posición que el fabricante para hacer el análisis costo-beneficio. Ver, por ejemplo, Davis v. Wyeth Laboratories, Inc., F.2d 121, 130 (9th Cir. 1968). Este no será necesariamente el caso. Ver pp. 1062-1063 *supra*.

⁶² Cfr. Eck vs. E.I. DuPont de Nemours & Co., 393 F.2d 197 (7th Cir. 1968).

⁶³ Ver HARPER, F. & F. JAMES. "The Law of Torts". 1956. 21.3.

⁶⁴ Ha existido, por supuesto, muchos casos de asunción del riesgo donde la apreciación del riesgo y la disponibilidad de alternativas han sido enfatizadas. Ver, por ejemplo, Guerrero v. Westgate Lumber Co., 164 Cal. App. 2d 612, 331, P.2d 107 (1958); Ridgway v. Yenny, 223 Ind. 16, 57 N.E.2d 581 (1944); Rush v. Commercial Realty Co., 7 N.J. Misc. 337, 145 A. 476 (1929)

haber sido porque metas distintas a la reducción de costos primarios prevalecían en esos casos, y los elementos circulares en el lenguaje de la asunción del riesgo fueron enfatizados, mientras que se asumió la ausencia de conocimiento y de apreciación del riesgo a efectos de satisfacer dichas metas⁶⁶. Así aplicada, la doctrina ha sido muy criticada⁶⁷. El hecho que haya sobrevivido sugiere que el núcleo de la verdad que contiene es real, no que su aplicación haya sido frecuentemente correcta. Conceptos tales como “aquél que evita los costos de manera más barata” o “la categoría que está en una mejor posición para efectuar el análisis costo-beneficio” puede ser aplicado erróneamente con tanta facilidad como la asunción del riesgo. Esto no significa, sin embargo, que sean inservibles. Sólo significa que las cortes y juristas deben ser diligentes en su utilización, en criticar las aplicaciones erróneas y en indicar cuándo están siendo utilizadas para servir metas distintas a aquéllas de la reducción de costos primarios de los accidentes⁶⁸.

V. EL *LEARNED HAND TEST* FRENTE AL *TEST* DE RESPONSABILIDAD OBJETIVA

Si el *test* de responsabilidad objetiva es usualmente difícil de ser aplicado correctamente, y si los tipos de *Learned Hand Tests* podrían, en teoría, ser igual de capaces en lograr la reducción óptima de costos primarios de accidentes, ¿por qué dichos *tests* basados en la culpa han sido crecientemente desaprobados?⁶⁹ No es probable que la respuesta recaiga simplemente en la existencia de metas distributivas que son mejor servidas por el *test* de

responsabilidad objetiva. No nos queda ninguna duda que tales metas son relevantes, y discutiremos su relevancia posteriormente. No obstante, su relevancia debe ser restringida, toda vez que los dos *Learned Hand Tests* logran ellos mismos resultados distributivos diametralmente opuestos⁷⁰. En tal sentido, si el objetivo de la tendencia actual de alejarse del sistema de culpa era simplemente favorecer a las víctimas como una categoría, esto podría ser hecho también – de hecho, de una mejor manera – pasando del *Learned Hand Test* al *Learned Hand Test inverso* en lugar de pasarse a un estándar de responsabilidad objetiva. La suspicacia debe permanecer en que el cambio a la responsabilidad objetiva se basa, en parte, en otros aspectos.

Ha sido anotado ya que los tipos de *Learned Hand Tests* son más “intervencionistas”, más colectivos, de lo que es el *test* de responsabilidad objetiva. Bajo cualquiera de los *tests* de *Learned Hand*, un órgano del estado decide si una acción vale la pena o no, e impone los costos al demandante si considera que la acción no valía la pena. No es difícil ver que esto implica un mayor grado de involucramiento del estado que aquél implicado en el *test* de responsabilidad objetiva. Este último implica intervención estatal sólo para decidir qué categoría puede determinar mejor si una acción vale la pena, y esto asimismo implica un menor riesgo de que las modalidades tradicionales de consideraciones colectivas intervengan⁷¹. Pero esta diferencia entre los *tests*, pese a ser políticamente significativa, difícilmente cuenta para la caída en la popularidad de los *tests* de culpa. Después de todo,

⁶⁵ Esto fue particularmente cierto en casos de accidentes industriales anteriores a la vigencia de la legislación de compensación de los trabajadores. Ver, por ejemplo, *Alabama G.S.R. Co. v. Carroll*, 84 Fed. 772, 28 C.,C.A. 207 52 U.S. App. 442 (1898); *Titus v. Bradford, B & K. R.R. Co.*, 136 Pa. 618, 20 A. 517 (1890). Pero ver *Davidson v. Cornell*, 132 N.Y. 234, 30 N.E. 573 (1892).

⁶⁶ Esta sugerencia es familiar. Ver, por ejemplo, *Tiller v. Atlantic Coast Line R.R.*, 318 U.S. 54, 58-67 (1943). Comparar la sugerencia de Posner, nota 9 *supra*, pp.45-46, que la asunción del riesgo fue “apoyada por la lógica económica”, ya que sirvió para facilitar el riesgo que prefiere al empleado (en el ejemplo de Posner, un guardafrenos de la vía férrea contratado en un tren no equipado con aparatos estándares de seguridad) para “negociar su gusto por el riesgo.” Por supuesto, el mismo objetivo pudo haber sido logrado sin la doctrina de asunción del riesgo, al permitir al empleador “comprar” la liberación de responsabilidad. En teoría, precisamente las mismas diferencias de sueldo y las precauciones de seguridad resultarían tal como están indicadas en el ejemplo de Posner. Ver, CALABRESI. “Fault, Accidents and the Wonderful World of Blum and Kalven”. En: *Yale Law Journal*, No. 75, 1965. p.216, 225-228. En la práctica, sin embargo, la doctrina de asunción del riesgo, colocando el riesgo en primera instancia en el empleado, no ha servido adecuadamente para informar al empleado del riesgo que estaba asumiendo, mientras que una regla que coloca la responsabilidad en el empleador a menos que él pudiese “comprar” su liberación (esto es, persuadir al empleado a aceptar el riesgo) hubiera servido presumiblemente para informar al empleado de la naturaleza y magnitud del riesgo. Esto asume, por supuesto, que durante el período cubierto por el estudio de Posner, las vías férreas estaban mejor informadas que los guardafrenos sobre los peligros de operar sin los mecanismos de seguridad estándar.

⁶⁷ Ver, por ejemplo, BOHLEN. “Voluntary Assumption of Risk”. En: *Harv. Law Review*, No. 20, 1906. p.14, 91; JAMES. “Assumption of Risk”. En: *Yale Law Journal*, No. 78, 1952. p.141; JAMES. “Assumption of Risk: Unhappy Reincarnation” En: *Yale Law Journal*, No. 78, 1968, p. 185.

La doctrina ha sido abandonada en algunas jurisdicciones, en parte por la confusión que ha prevalecido en su aplicación. Ver, por ejemplo, *McGrath v. American Cyanamid Col*, 41 N.J. 272, 196 A2d 238 (1963).

⁶⁸ No es nuestra intención sugerir que otras metas son irrelevantes para la legislación de accidentes, pero las cortes, legisladores y la doctrina en general deberían tratar de evitar confundir la reducción de costos de accidentes primarios con otras metas. Ver parte VI, *infra*, para una discusión de otras metas.

⁶⁹ Ver notas 1, 2 & 3 *supra*.

⁷⁰ Ver p.1059 *supra*.

⁷¹ Ver nota 20 *supra*.

también hemos visto un incremento en años recientes respecto de las prohibiciones criminales dirigidas a conductas en el área de accidentes que no se consideran que valgan la pena⁷². Dichas prohibiciones definitivamente involucran inclusive una mayor intervención del estado de la que lo hacen los *Learned Hand Tests*⁷³. Que la preferencia política por el *laissez faire* haya estimulado el movimiento hacia la responsabilidad objetiva parece entonces tan improbable como la explicación de que el movimiento ha sido influenciado únicamente por metas distributivas. Sospechamos que el movimiento hoy en día hacia la responsabilidad objetiva, sin serlo menos que movimientos similares hacia la responsabilidad por daño del subordinado, responsabilidad por actividades altamente riesgosas y compensación a los trabajadores en el pasado, están basados al menos en parte en el deseo de lograr una mejor reducción de costos primarios de los accidentes.

Con anterioridad indicamos que parece improbable que cualquier *Learned Hand Test* pueda ser aplicado efectivamente en la práctica al nivel de categoría. Nosotros cuestionamos si al nivel donde realmente interesaba, esto es, al nivel de quien efectivamente paga, la rúbrica de "culpa" es probable que sea aceptable. Además, a pesar que es claro que si los *Learned Hand Tests* pudiesen lograr la óptima reducción de costos primarios de los accidentes ellos deben ser aplicados a dicho nivel, y no al nivel arbitrario de las partes de un accidente que no asumen finalmente los costos y a quienes, por tanto, no se les da ningún incentivo para escoger evitarlo, incluso cuando vale la pena hacerlo. Las decisiones apropiadas sobre evitar un accidente *deben* ser tomadas al nivel de categoría, y a ese nivel los *Learned Hand Tests* podrían parecer injustos. Más aún, las categorías que terminan asumiendo las pérdidas como resultado de una aplicación de los *tests* de negligencia sobre la base de un análisis caso por caso probablemente no sean aquellas que serían seleccionadas si dichos *tests* hubiesen sido aplicados a un nivel de categoría, ni tampoco es probable que esta técnica sea la manera disponible más eficiente para seleccionar las categorías que *son* escogidas. Todo esto ha sido discutido

extensamente en otra oportunidad, y no hay necesidad de profundizar en ello⁷⁴, pero es importante notar que la renuencia a aplicar el *Learned Hand Test* a las categorías podría ser una explicación significativa básica sobre el actual desfavorecimiento de los *tests* del tipo del cálculo de la "negligencia".

Existe, sin embargo, otro conjunto de razones que podría explicar el alejamiento de los *Learned Hand Tests*. Por más difícil que la aplicación correcta del *test* de responsabilidad objetiva pueda ser, es sin embargo más fácil de aplicar que el cálculo de culpa. Hemos visto que bien podría ser difícil saber si la categoría a la que corresponde un vendedor, usuario o tercero puede hacer un mejor análisis costo-beneficio de los riesgos involucrados y actuar sobre la base de dicho análisis. No obstante, es aún más difícil decidir correctamente no sólo quién puede actuar de manera más barata sobre la base de un análisis costo-beneficio, pero también cuál debe ser el resultado de ese análisis costo-beneficio. Empero, esto es precisamente lo que los *tests* de tipo *Learned Hand* requieren de quienes toman las decisiones en el ámbito gubernamental para poder lograr evitar los costos de accidentes primarios de una manera óptima. Ninguna de las dificultades significativas involucradas en el *test* de responsabilidad objetiva es evitada, y a ellas se añade el peligro que quienes toman las decisiones a nivel gubernamental resuelvan incorrectamente el análisis costo-beneficio.

Más aún, uno no puede responder que los *tests* de tipo *Learned Hand* evitan algunas de las dificultades inherentes al *test* de responsabilidad objetiva al decidir colectivamente si evitar el daño vale o no la pena, mientras que el *test* de responsabilidad objetiva deja tales decisiones a las categorías individuales. Esta respuesta no se encuentra disponible porque los *tests* de negligencia resultan en daños compensatorios en vez de en prohibiciones. A las categorías individuales se les permite, entonces, decidir que evitar el daño no vale la pena a pesar de una determinación contraria tomada por la colectividad (o viceversa)⁷⁵.

Esto puede servir para explicar el incremento concomitante, aparentemente paradójico, de las prohibicio-

⁷² Las prohibiciones que han recibido más atención han sido aquéllas relacionadas a la seguridad del automóvil. Ver Traffic and Motor Vehicle Safety Act, 15 U.S.C.A. §§ 1381-1431 (Supp. 1972).

⁷³ Por ejemplo, bajo cualquier tipo de *Learned Hand Test*, una parte a quien se le haya cargado los costos porque aquellos encargados de tomar decisiones a nivel colectivo han considerado que evitarlos vale la pena podría, al menos en algunos casos, escoger omitir medidas de seguridad y, en lugar de ello, pagar los daños compensatorios. Por el contrario, una prohibición colectiva generalmente está hecha para ser obedecida. Ver Costs, *supra* nota 10, pp. 68-69.

⁷⁴ Ver Costs, nota 10 *supra*, pp.255-259. Para resumir brevemente ese tema: la determinación caso por caso implica costos administrativos sustanciales, tiende a enfocar en lo inusual en vez de en causas recurrentes y en evitar accidentes en lugar de evitar el costo de los accidentes, y es una manera engañosa de compilar aquellas estadísticas que son significativas al nivel de categoría.

⁷⁵ Ver nota 73 *supra*. Por supuesto, una parte bien podría decidir ignorar una prohibición colectiva pero al considerar la propensión y magnitud de la pena debe tomar en cuenta el estigma involucrado, y esto resulta en un tipo de cálculo muy diferente.

nes colectivas junto al menos intervencionista *test* de responsabilidad objetiva, a expensas de aquellos *tests* donde la negligencia es analizada. Donde se pudiese tomar con un poco de seguridad una determinación colectiva de que una acción *no* vale la pena, las prohibiciones cuyo cumplimiento se busque lograr mediante penalización o mediante multas no asegurable parecen apropiadas. En cambio, donde haya serias dudas de que tal determinación colectiva de utilidad sea probablemente correcta, la mejor solución es una individualista. Esto implica una decisión limitada a seleccionar entre las categorías relevantes a quien se encuentre en capacidad de tomar la mejor decisión, aquél que pueda evitar los daños de manera más barata, y no extenderse a cuáles actos particulares son apropiados. Vistos de esta manera, el incremento en algunas áreas de prohibiciones cuyo cumplimiento se busque lograr, y de responsabilidad objetiva en otras, en vez de ser paradójico, puede ser visto como una reacción bastante sensible al mismo estímulo – esto es, al deseo de minimizar la suma de los costos de accidentes y los costos incurridos para evitarlos.

VI. VINCULACIÓN CON OTRAS METAS

Hemos visto que hay una variedad de mecanismos que podrían en teoría ser utilizados para lograr la reducción de los costos primarios de los accidentes. Conceptualmente, éstos van desde: (a) aquellos en los que quien toma la decisión está altamente centralizado y realiza determinaciones en materia penal cuyo cumplimiento se busca lograr, sobre qué acciones valen la pena y cuáles no (b) aquellos en los cuales los cálculos de tipo negligencia son utilizados para tomar las mismas decisiones a un nivel más descentralizado pero al nivel de agencia estatal al fin y al cabo, asegurando el cumplimiento de aquellas decisiones a través de daños compensatorios; a (c) aquellos en los cuales las decisiones colectivas son tomadas sólo para identificar quién es aquél que puede evitar los costos de manera más barata – la categoría que se encuentra en mejores condiciones para determinar si es que evitar accidentes vale la pena – permitiendo a la categoría escogida efectuar la decisión costo beneficio por sí misma. Hemos visto también que estos mecanismos implican en la práctica diferentes propensiones de éxito en lograr evitar costos primarios. Finalmente, hemos visto que cada una de estas aproximaciones tendría un efecto distributivo distinto. Lejos de ser insignificantes, las diferencias distributivas bien podrían determinar la aproximación elegida. Por tanto, alguna discusión sobre los efectos distributivos y las metas es esencial para un entendimiento de los

dos tipos de *Learned Hand test* y la responsabilidad objetiva alternativa.

Al discutir los aspectos distributivos de las reglas de responsabilidad existen dos problemas que deben ser claramente disgregados. El primero se vincula a los tipos de efectos que son agrupados conjuntamente bajo el concepto de distribución, y el rol apropiado de cada uno de estos efectos en la elección de reglas de responsabilidad. El segundo está dirigido a la pregunta considerablemente distinta respecto del rol apropiado de los jurados y las cortes, en contraste al poder legislativo, en la selección entre reglas de responsabilidad con la finalidad de lograr efectos distributivos.

Se puede ver a través de un ejemplo que ambos problemas son cruciales. El *Learned Hand test* actual tiende a enriquecer a los causantes de daños a expensas de las víctimas. El *Learned Hand Test* inverso tendría precisamente el efecto contrario. Al escoger entre ellos, una sociedad sería influenciada presumiblemente no sólo por cuál de los dos *tests* es más propenso a lograr la óptima reducción de los costos primarios de los accidentes, sino también, si tiene tal preferencia, se vería influenciada por cuál categoría desea enriquecer. Esta elección podría ser afectada por factores tales como la riqueza relativa inicial de las categorías, pero la riqueza relativa es sólo una parte de la elección implicada. Ello, toda vez que una categoría puede estar en una mejor posición para difundir las pérdidas que la otra, o una categoría podría ser vista en algún sentido como más valiosa. Por lo tanto, clasificar los efectos relevantes agrupados bajo el término “distribución” es una tarea necesaria para la sociedad en la elección entre reglas de responsabilidad. Pero una vez que esto es realizado persiste otra serie de preguntas: ¿cuáles de las consideraciones distributivas, si es que existe alguna, son apropiadas para decisiones judiciales entre las reglas de responsabilidad, cuáles son apropiadas para resoluciones de jurados *ad-hoc* y cuáles sólo pueden ser resueltas apropiadamente por ley?

Es claro que un tratamiento completo de estas preguntas no puede ser efectuado en este artículo. Sin embargo, se pueden ofrecer algunas indicaciones respecto a las consideraciones distributivas relevantes y algunas reflexiones sobre el rol histórico de las cortes y jurados respecto de aquéllas.

Para los propósitos del presente artículo, estamos agrupando conjuntamente como distributivos todos aquellos efectos de reglas de responsabilidad que no se vinculan a reducir (a) la suma de costos de acciden-

tes y costos para evitarlos, y (b) los costos administrativos implicados por tal minimización. Entonces, bajo las metas distributivas de una sociedad estamos incluyendo preferencias de tipos considerablemente variados. Estas preferencias pueden reflejar un deseo por distribuir o fraccionar las pérdidas, denominado comúnmente “difusión”. Éstas pueden reflejar una preferencia por moverse hacia una distribución determinada de riqueza, tal como mayor igualdad de riqueza, mejor tratamiento para castas más altas, o mejor tratamiento para castas que han sido tratadas pobremente en el pasado. Ellas pueden en cambio reflejar un deseo de profundizar aquello que puede ser visto como metas de eficiencia dinámicas – como podría ocurrir al favorecer a las personas activas, los empresarios en una sociedad. Finalmente, éstas bien podrían reflejar la noción de una sociedad, en caso tenga una o varias, de premiar los méritos individuales, en caso tenga una o varias – de reconocer aquello que se merecen.

Todas estas preferencias son de hecho relevantes de alguna manera para la elección de reglas de responsabilidad. En efecto, todas ellas junto a la noción de eficiencia pura reflejada en el objetivo de minimizar la suma de costos de accidentes y de evitar los mismos, son parte de lo que a veces se denomina justicia.⁷⁶ Estas son relevantes porque no hay una razón *a priori* por la cual el legislador podría no escoger una regla de responsabilidad solamente porque tiende a redistribuir el ingreso de, digamos, ricos a pobres. Es evidente que, el hecho que el legislador sería sabio por emplear reglas de responsabilidad para este propósito es otro asunto. Ello depende, entre otras cosas, de la disponibilidad de mecanismos alternativos para lograr la redistribución deseada de ingreso y del efecto que este uso de una regla de responsabilidad pueda tener en la consecución de otras metas cuya realización se encuentre ligada a la operación de dichas reglas. Pero no hay una razón lógica de por qué los deseos del legislador respecto de la igualdad de ingresos o de la preferencia de una casta no pueden ser servidos a través de la elección de una regla de responsabilidad sobre la otra. Asimismo, y en la práctica inclusive más común, la preferencia de una legislación respecto a la difusión, lo merecido, y la eficiencia a largo plazo puede ser efectivamente

profundizada al escoger una regla de responsabilidad en vez de otra.

Recientemente, el Profesor Fletcher ha argumentado por el contrario que las únicas consideraciones distributivas que deben ser tomadas en cuenta al escoger entre reglas de responsabilidad son aquellas que se vinculan a lo que se merece un individuo – aquellas que deciden quién debe ser más rico o más pobre sobre la base de qué han hecho las personas en vez de lo que son o de donde ellas empiezan.⁷⁷ Efectivamente, el argumento va más allá, y sugiere que tales consideraciones deben de terminar la elección de reglas de responsabilidad sin considerar ninguna de las metas “instrumentalistas” tales como la reducción de la suma de costos de accidentes y de costos de evitar los mismos.

De alguna manera, es muy fácil estar de acuerdo con el Profesor Fletcher. Si una sociedad tiene una teoría de lo merecido suficientemente bien desarrollada de manera tal que todas las otras consideraciones de eficiencia y equidad distributiva que hemos mencionado son reflejadas en esta teoría, entonces aquello “merecido” determinará tautológicamente las reglas de responsabilidad apropiadas para dicha sociedad. Desafortunadamente, no nos encontramos capaces de definir, ni siquiera de encontrar, una teoría de lo merecido tan englobante en nuestra sociedad.⁷⁸ En efecto, frecuentemente encontramos que lo que pasa por afirmaciones de lo merecido, sobre quién debe ser más rico o más pobre sobre la base de mérito, pueden ser fácilmente vistos como juicios basados en el deseo por lograr ya sea evitar los costos de accidentes de manera eficiente o alguna otra de las preferencias distributivas mencionadas previamente.

El *test* de lo merecido del Profesor Fletcher no nos ayuda demasiado. Él argumenta que se debe optar porque las pérdidas recaigan donde ocurren al menos que la víctima no haya creado un riesgo “recíproco” a aquél que llevó a que ella resultase dañada. Al examinar ejemplos de reciprocidad y no reciprocidad, nos llama la atención tres cosas. La primera es que frecuentemente la reciprocidad es simplemente una aproximación de resultado que se requeriría por el más instrumentalista de los *tests*, el *test* de respon-

⁷⁶ Ver HARPER, F. “The Law of Torts” . 1933 1, 3 y 4. Ver también *Bierrman vs. Ciudad de Nueva York*, 302 N.Y. S.2d 197 (iv. Ct. Of the City of New York, 1969) *Cfr* *Magrine v. Spector*, 100 N.J. Super. 223, 238 11, 211 A. 2d 637 646-47 (disintiendo *Botter*, J:S:C.)

⁷⁷ FLETCHER. “Fairness and Utility in Tort Theory”. En: *Harvard Law Review*, No. 85, 1972. P. 537, 547.

⁷⁸ Un libro reciente del Profesor Rawls puede tomarse como un intento para formular tal teoría. RAWLS, J. “A theory of Justice”. 1972. Pero ver HAMPSHIRE. “A new Philosophy of the Just Society”, Vol. XVIII, No. 3. *The N.Y. Rev. Books*, 1972. p. 34 cuestionando si es que la formulación de una teoría completa de lo merecido es posible. Ver también FEINBERG. “Review” en: *Yale Law Journal*, No. 81, 1972. p. 1004.

sabilidad objetiva descrito en este artículo.⁷⁹ La segunda observación es que cuando la reciprocidad y el *test* que proponemos parece desviarse, el resultado de responsabilidad objetiva parece ser más deseable.⁸⁰ La tercera observación es que cuando no aprobamos (en términos de quién se hace más rico o más pobre) un resultado dictado por el *test* de eficiencia, es a menudo en casos donde la reciprocidad llevará al mismo resultado no deseable.⁸¹

Ninguna de estas observaciones debería sorprendernos. Las nociones de justicia se adhieren a las consideraciones de eficiencia tales como aquellas utilizadas en el *test* de responsabilidad objetiva, y esto es suficiente para explicar por qué las aproximaciones de ese *test* parecerían justas. También se unen a preferencias de distribución como “difusión de ayuda”, “mayor igualdad de riqueza” y “beneficio a un grupo étnico particular”, que se dirigen a lo que la gente es en vez de lo que la gente hace. Esto explica por qué aquello que es preferible, dado un deseo de la sociedad de acentuar la igualdad de riqueza o a una preferencia de castas, puede parecer ser más deseable que el resultado que cualquier *test* de responsabilidad objetiva o *test* de reciprocidad impondría. Las nociones de justicia ligadas a otras preferencias sociales que sólo pueden ser explicadas con dificultad, en términos ya sea de eficiencia o preferencias de distribución de riqueza, diseñadas para hacer a algunos grupos más ricos por lo que ellos son. Estas otras nociones de justicia, que no podemos describir en términos generales, son, por supuesto, cruciales para la elección de

reglas de responsabilidad.⁸² En realidad, hemos dejado en algún lugar un sitio para un veto de reglas de responsabilidad que violen tales imperativos no generalizados de justicia⁸³, porque a la fecha estos imperativos no han sido puestos juntos de una forma que nos permitiría hablar sobre ellos de una manera distinta a coacciones dentro de las cuales objetivos más generalizados pueden verse operando. En su lugar, el Profesor Fletcher ofrece la reciprocidad como una manera de poner juntos estos imperativos en el campo de accidentes.

Es con esto en mente que, entonces, uno debe examinar la reciprocidad. ¿Hay algo sobre la reciprocidad que debería hacerla justificar el volver a alguien más rico o más pobre, aparte de la eficiencia y de las preferencias distributivas, basadas en lo que la gente es? Cuando la pregunta es así planteada, cuando la reciprocidad es vista no como una aproximación de eficiencia sino como una aproximación de una teoría generalizada de “lo merecido”, resulta ser filosóficamente muy escasa.⁸⁴

Si la igualdad de ingresos, la eficiencia dinámica y la difusión son todas relevantes para efectos de la elección de las reglas de responsabilidad por una sociedad, no necesariamente todas son igualmente apropiadas para ser consideradas por cortes o jurados. Obviamente, aquellas que son estimadas convenientes para decisiones judiciales dependerán del punto de vista de cada uno respecto de la naturaleza del juicio y del rol de las cortes y los jurados en un proceso

⁷⁹ Los ejemplos de responsabilidad indicados por Fletcher, nota 77 *supra*, p. 547-548, ilustran muy bien este punto. La responsabilidad entre vecinos por polvo ocasionado por las cosechas no se encuentra relacionada, pensamos, a cualesquiera riesgos que resulten ser impuestos por el dueño de la cosecha sobre aquellos vecinos que lo respiran. Se basa en cambio en la habilidad relativa del titular de la cosecha para calcular los costos y beneficios de cosechar en la situación particular involucrada y actuar sobre la base de dicho cálculo.

⁸⁰ Retornando al ejemplo de Fletcher de emisión de polvo por cosechas, supongamos en cambio que las partes son un agricultor que echa el polvo sobre sus 500 acres de su desierto reclamado irrigado y un residente quien, con conocimiento de los métodos del agricultor, escoge como residencia de entre 500,000 acres de desierto disponibles (igualmente bellas, accesibles y deseables, pero sin polvo), un acre adyacente a la tierra del agricultor. Supongamos también, para dar una reciprocidad mayor a la que es debida, que el residente no se beneficia de ninguna manera por la presencia del agricultor, esto es, él no usa nada de los productos del agricultor. El residente no impone riesgo alguno sobre el agricultor, y la reciprocidad parecería entonces requerir tomar como responsable al agricultor por los resultados de la respiración del polvo por el residente, a pesar de la disponibilidad y costo para el agricultor de métodos alternativos de protección de cosechas. El *test* de responsabilidad objetiva, tomando en consideración las habilidades relativas de las partes para comparar los costos de respiración de polvo por el residente con los costos de evitarlo, y actuar en base a tal cálculo, no impondría responsabilidad en el agricultor. El Profesor Fletcher podría responder que el residente “crea” el riesgo al moverse, pero tal respuesta reduciría el *test* de reciprocidad a una tautología. Esto es, la reciprocidad no daría guía alguna para tomar una decisión, pero simplemente sería una etiqueta adjunta a un resultado logrado en otros campos.

⁸¹ Si los agricultores fueran un grupo preferido, tales como veteranos discapacitados, cuya cosecha era esencial para su subsistencia, podríamos desaprobamos la regla de responsabilidad (si es que está basada en la reciprocidad o eficiencia) lo cual, en efecto, previno el polvo surgido de las cosechas.

⁸² Ver CALABRESI & MELAMED. “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral” En: Harv. Law Review, No. 85, 1972. pp. 1089, 1104-1105.

⁸³ Costs, nota 10 *supra* 10. p. 24-26, 291, 308.

⁸⁴ Los ejemplos discutidos por Fletcher, nota 77 *supra*, pp. 547-48 parecen indicar que el *test* de reciprocidad está temporalmente ligado. Esto es, quien impone el riesgo que no recupera, es usualmente la persona que crea un riesgo “inusual”. Un riesgo inusual puede significar un riesgo que puede ser evitado a bajo precio, pero eso es el *test* de responsabilidad estricta. Pareciera que Fletcher se está fijando en cambio en riesgos nuevos. Si a esto se refiere, no más que a reciprocidad, es incapaz de servir a una teoría filosófica de “lo merecido”. Básicamente esto equivaldría a decir que sólo aquellos que toman nuevos riesgos son menos merecedores que aquéllos que toman riesgos comunes.

legal. Posiblemente no podemos empezar a resolver estos casos en este artículo. Podemos, sin embargo, señalar algunas soluciones que son transparentemente muy simples, algunas por sí mismas y en términos de lo que las cortes y los jurados han efectuado históricamente.

Uno no puede desechar consideraciones distributivas basadas en la habilidad de difundirlas, o en la riqueza o la casta, como el Profesor Fletcher lo ha hecho con una referencia a Aristóteles y un comentario de que la tributación es para el legislador y no para las cortes.⁸⁵ Cuando las cortes escogieron un *Learned Hand test* en vez de un *Learned Hand test* inverso, ellos no tiraron simplemente una moneda, dado que los *tests* fueron igualmente eficientes en teoría⁸⁶. Las consecuencias distributivas pueden no haber sido un motivo predominante o aún consciente para las decisiones, pero es difícil argumentar que históricamente éstas consecuencias fueron irrelevantes para la elección.⁸⁷ Igualmente, muchas cortes han considerado explícitamente la habilidad para difundir pérdidas en casos de responsabilidad extracontractual como un factor para escoger una regla de responsabilidad en vez de otra que nos permita rechazar su relevancia para las decisiones judiciales fuera de nuestro alcance.⁸⁸ Por supuesto que uno puede cuestionar la sabiduría de tales decisiones⁸⁹. Uno podría sugerir adicionalmente que las cortes deberían considerar tales efectos distributivos sólo cuando ellos reflejen razonablemente metas explícitas de la sociedad. Alternativamente, uno podría sostener que las cortes deberían ser libres de seguir sus propias preferencias distributivas, en la medida en que ellas no entren en conflicto con las metas sociales correctamente definidas (tales como, quizás, eficiencia), siempre que el legislador tenga el poder

de revertir la decisión de la corte. Finalmente, uno podría apoyar la posición que considerando la forma como los jueces son escogidos, ellos están destinados a contrapesar otros objetivos, como eficiencia, con aquellos objetivos explícitamente distributivos al momento de escoger las reglas de responsabilidad de una sociedad. Todos estos son posibles acercamientos que valen la pena considerar. Lo que sugeriríamos que uno no puede hacer, es actuar como si las consideraciones distributivas no jugaran un rol histórico en la elección judicial de las reglas de responsabilidad, y que no deben hacer eso hoy en día a pesar de la fuerza y claridad del compromiso de la sociedad respecto de una preferencia distributiva específica⁹⁰.

Habiendo dicho esto, no necesitamos discutir aquí con el Profesor Posner si es que la elección particular hecha y aplicada del *Learned Hand test* entre 1895 y 1905 fue basada, como muchos han dicho⁹¹, sobre consideraciones distributivas o era, como él sostiene, esencialmente una elección de eficiencia⁹². Al menos, está perfectamente claro que tal elección tanto cuando fue hecha antes de 1895 y aplicada por muchos años, tenía efectos distributivos que son muy diferentes de aquellos producidos por *tests* alternativos que eran tan o más propensos a lograr evitar los costos primarios de los accidentes. El hecho que estas distintas metas distributivas parezcan estar adquiriendo relevancia hoy en día podría ayudar a explicar nuevamente el alejamiento del clásico *Learned Hand test*. Sin embargo, estas no son suficientes para explicar por qué el movimiento ha sido hacia la responsabilidad objetiva en vez de hacia un *Learned Hand Test* inverso, el cual parecería servir a las actuales metas distributivas dominantes de difusión y distribución

⁸⁵ Ver Fletcher, nota 77 *supra*, p. 547.

⁸⁶ Aquí estamos asumiendo con el Profesor Posner que, históricamente, las cortes "escogieron" de manera efectiva un *Learned Hand test*. Posner, nota 9 *supra*, *passim*. Ciertamente no escogieron el *test* inverso.

Si por alguna razón los *tests* en la práctica no producirían igualmente soluciones óptimas, si, por ejemplo, las víctimas en práctica probaron mucho menos capacidad para alterar su comportamiento que los causantes del daño, (a pesar de que el valor de su actividad fue menor que los costos resultante del accidente), luego la elección del *Learned Hand test* en vez del *test* inverso, implicaría un efecto de distribución a pesar de las consideraciones de eficiencia.

⁸⁷ *Cfr.* la explicación dada comúnmente para el desarrollo de la regla del compañero doméstico. Ver, por ejemplo, PROSSER, W. "Torts", 4ª ed., 1971, p. 529. *Cfr.* también nota 66 *supra*.

⁸⁸ Estas decisiones han significado un crecimiento en los últimos años de la opinión que concuerda con Justice Traynor en *Escola v. Coca Cola Bottling* (p. 24 Cal 2d 453, 461, 750 P.2d 436 (1944)). Ver W. Prosser. *Torts* S.5 en 22 (4to. Ed. 1971).

⁸⁹ Ver, por ejemplo, las distintas opiniones del Chief Justice Taf en *Lozrick v. Republic Steel Corp. & Ohio St.* 2d. 227, 218, N.E.2d 185 (1966), y del Juez Burke en *Goldberg v. Kollman Instrument Corp.*, 12 N.Y. 2d 432, 191 N.E. 2d 81 (1963). Ver también *Wights v. Staff Jennings, Inc.*, 241 Ore. 301, 309, 405 p.2d 624, 628-29 (1965), donde la corte rechazó adoptar la responsabilidad objetiva de productos basados en una "racionalidad de difusión del riesgo", indicando que tal teoría "prueba demasiado".

⁹⁰ Otras instituciones pueden hacer un mejor trabajo de manejarse con consideraciones distributivas, pero esta necesidad no significa que las cortes están obligadas a ignorarlas.

⁹¹ Ver, por ejemplo, HORWITZ. "Did the Legal System Subsidize Economic Growth in Ante-Bellum America?" (artículo no publicado, entregado en la reunión anual de la American Historical Association, Boston, 1970).

⁹² Posner, nota 9 *supra*, p. 32.

en favor de víctimas de una manera más completa que el *test* de responsabilidad objetiva⁹³.

Una consideración adicional queda pendiente sobre la discusión de la relación del *test* escogido respecto de metas distintas a la eficiencia. No sólo la elección del *test* tiene efectos distributivos sustanciales, sino que su aplicación en casos específicos o dudosos también lo tiene. Entonces la cuestión no es simplemente si es que una sociedad opta por una prohibición directa, un *Learned Hand test*, un *Learned Hand Test* inverso o un *test* de responsabilidad objetiva. Cualesquiera metas que sean buscadas también se encontrarán a merced de las aplicaciones del *test* elegido. Es aquí, por supuesto, donde la advertencia de Fletcher sobre el rol de las cortes parece más apropiada, a pesar que aún aquí no estaríamos tan listos como él dogmáticamente se encuentra para excluir consideraciones de justicia distributiva de la esfera de las cortes y jurados. La cuestión es muy interesante y personas razonables pueden diferir en cuanto a si las consideraciones distributivas deben aplicarse (1) a todos, o (2) sólo en aquellos casos en los cuales consideraciones sobre evitar costos primarios no otorguen un resultado claro, o (3) si es que deben dominar por encima de consideraciones de eficiencia a pesar que éstas últimas implicarían un resultado claro.

Como un asunto práctico, sugerimos que en las aplicaciones del *Learned Hand test* tradicional, las consideraciones distributivas han jugado frecuentemente el segundo rol y no con tan poca frecuencia el tercero. A diferencia de Posner, encontramos apoyo para este punto de vista en su admirable colección de sentencias de apelación⁹⁴. Muchas decisiones dudosas y claramente "ineficientes" pueden ser entonces explicadas⁹⁵. Sin hacer un estudio similar en tiempos más recientes, sugeriríamos que el cambio en la aplicación del estándar de culpa desde 1905 que ha parecido tan obvio para tantos autores, bien podría reflejar un tipo similar de interacción entre nuevas metas distributivas y las implicancias de eficiencia del *Learned Hand test* tradicional.

Este tipo de interacción es improbable que se detenga por el simple hecho que opere un cambio al *test* de responsabilidad objetiva que combine mejor el evitar los costos primarios de los accidentes con las metas distributivas que parecen congeniar más con la época actual. Incluso dentro de un régimen de responsabilidad objetiva, las cortes y jurados que deciden qué categoría es aquélla que evita los costos de manera más barata muy probablemente continuarán considerando en los casos poco claros si es que algunas metas distributivas pueden no ser servidas mejor por una decisión en vez de por otra.

Tampoco nos veríamos sorprendidos si es que las metas distributivas conducen frecuentemente a resultados de responsabilidad, bajo un *test* de responsabilidad objetiva, que son claramente equivocados si uno considera solamente el evitar los costos primarios. A veces éste va a ser el efecto de determinaciones legislativas, pero en otras será el resultado de decisiones de jueces y jurados – tal como ha sido en el pasado. Decir que esto es equivocado sería concluir que una vez que un *test* de responsabilidad es escogido, el rol de las cortes es darle efecto solamente a la eficiencia. Bien podría ser que esta conclusión sea apropiada, dada la naturaleza de las cortes y la ausencia de consenso para preferencias distributivas particulares tales como difusión, mayor igualdad de riqueza, o compensación de castas maltratadas. Esta conclusión no es, sin embargo, necesaria. De hecho, hace muchos años, el Profesor Clarence Morris argumentó que las cortes estaban muy bien preparadas para tomar justamente este tipo de decisión distributiva, aunque sólo cuando *clases* enteras de casos fuesen afectados⁹⁶. Asimismo, la habilidad e idoneidad del jurado para hacer lo mismo en casos *individuales* ha sido frecuentemente argumentada⁹⁷.

Como una cuestión práctica, introducir tales consideraciones distributivas, sea en un nivel legislativo o judicial, hace más fácil la aplicación de un *test* de responsabilidad objetiva, así como en el pasado lo

⁹³ Han habido numerosas sugerencias que un *test* de responsabilidad objetiva sirve a la meta de difusión; ver, por ejemplo, JAMES. "Accident Liability Reconsidered: The Impact of Liability Insurance". En: Yale Law Journal, No. 57, 1948. p. 549.

Requeriría otro artículo para tratar todas las ramificaciones distributivas del *test* de responsabilidad objetiva. Creemos que este *test* tendería a favorecer a las víctimas como categoría, porque en la práctica éstas son, *inter alia*, generalmente menos informadas que los causantes de daños, pero no haría esto en la misma medida que un *Learned Hand test* inverso, el cual pondría el costo de todos los accidentes que no valga la pena evitar sobre los causantes de daños.

⁹⁴ Posner, nota 9 *supra*, pp.52-96.

⁹⁵ Encontramos difícil estar de acuerdo, por ejemplo, con que la aplicación del principio de responsabilidad por los actos de los subordinados a los empleadores pero no a las familias se encontraba basado por completo en consideraciones de eficiencia. Posner, nota 9 *supra* p. 43. Parece más probable que las consideraciones distributivas fueron relevantes para dicha determinación.

⁹⁶ MORRIS. "Hazardous Enterprises and Risk Baring Capacity". En: Yale Law Journal, No. 61, 1952. p.1172.

⁹⁷ Ver, por ejemplo, JAMES, F. "Civil Procedure". 1965. p. 240.

hizo respecto de la aplicación del *Learned Hand test*. Esto, ya que usualmente un asunto complicado sobre si la categoría de víctima o de causante de daños está en una mejor situación para efectuar el análisis costo-beneficio entre evitar y compensar, se facilita si una opción sirve a metas distributivas mientras que la otra las perjudica. En la práctica también sería igual de difícil determinar cuáles son los roles de la eficiencia y la distribución para efectuar la elección como lo es para el Profesor Posner y nosotros ponernos de acuerdo sobre cuáles eran los roles de los dos grupos de objetivos en sus casos de 1895-1905. Marcos analíticos y las distinciones allí incluidas sirven para dilucidar; éstos raramente señalan qué hicieron los jueces y jurados en casos individuales.

VII. CONCLUSIÓN

En el presente artículo hemos tratado de describir un marco, un *test*, que podría ayudar a colocar en su lugar a los factores que parecen ser centrales para definir los límites de la responsabilidad objetiva en las áreas del derecho donde ha llegado a imperar. Nosotros con-

trastamos este *test* con el cálculo clásico de la negligencia y su imagen espejo. Hemos notado que este *test* de responsabilidad objetiva parece más adecuado que cualquiera de los otros para lograr la minimización de la suma de los costos del accidente y los costos para evitar el accidente. Luego discutimos por qué creemos que el desplazamiento hacia tal *test* no puede ser explicado únicamente en términos de metas distributivas, a pesar que admitimos sin reparo que tales metas también hubiesen podido ser servidas por tal desplazamiento. Finalmente, expresamos el punto de vista de que, a pesar que tal *test* está muy capacitado para lograr una óptima reducción de los costos primarios de los accidentes, prevemos que en su aplicación predominan metas distintas a la eficiencia.

Desde que Fleming James, apreciado colega, a través de su escritura, y enseñanza, primero dirigió y luego apoyó nuestro primer así como nuestro más reciente trabajo en este campo, agradecidamente le dedicamos este trabajo. Que el retiro sea para él, así como lo fue para su profesor, Arthur Corbin, simplemente una oportunidad para llevar más lejos la investigación.