



Prolegómenos. Derechos y Valores

ISSN: 0121-182X

derechos.valores@umng.edu.co

Universidad Militar Nueva Granada

Colombia

Woolcott, Olenka

La naturaleza de la responsabilidad del productor a la luz del derecho norteamericano

Prolegómenos. Derechos y Valores, vol. X, núm. 19, enero-junio, 2007, pp. 125-148

Universidad Militar Nueva Granada

Bogotá, Colombia

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87601908>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

**LA NATURALEZA DE LA  
RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR  
A LA LUZ DEL DERECHO  
NORTEAMERICANO\***

**De la responsabilidad por culpa a la *Warranty*,  
a la *Strict Liability* y de ésta..., ¿De regreso a la  
responsabilidad por culpa?**

**Olenka Woolcott\*\*  
Universidad de Lima, Perú**

Fecha de recepción: Abril 25 de 2007.

Fecha de aceptación: Mayo 11 de 2007.

**Resumen**

La existencia de un ingrediente contractual en el origen de la responsabilidad del productor en el presente siglo sugiere una necesaria referencia al derecho contractual del S. XIX. A diferencia del S. XVIII en el cual, resulta sumamente difícil alcanzar un conocimiento pleno del *common law*, debido al escaso número de demandas judiciales y a la casi inexistente trascendencia del precedente judicial, en el S. XIX se asiste a un cambio profundo debido a la expansión económica. Este fenómeno determinó un incremento paralelo de las demandas judiciales, gran parte de las cuales tenía como fundamento la mala calidad del producto vendido. Este período, caracterizado por el movimiento en las operaciones económicas que suscita el desarrollo industrial, se convierte en el contexto *ad hoc* para la difusión y la consolidación del principio de la *privity of contract* que en los sistemas de derecho escrito viene a corresponder al principio de la 'relatividad contractual'.

\* Este artículo constituye un extracto sintético de la tesis de doctorado titulada "La naturaleza de la responsabilidad del productor a la luz de un estudio comparativo de la experiencia estadounidense y la experiencia italiana. De la responsabilidad por culpa a la *warranty*, de ésta a la *strict liability* y de ésta... ¿de retorno a la responsabilidad por culpa?", sustentada en la Scuola di Studi Universitari e di Perfezionamento S. Anna-Univ. di Pisa.

\*\* Abogada de la Universidad de Lima; doctora en derecho de la Scuola Superiore di Studi Universitari e di Perfezionamento Sant'Anna, di Pisa Italia; Profesora de derecho civil de la Universidad de Lima, y en la Universidad de ciencias aplicadas (upc) - Perú.

La verificación de profundos cambios en el ámbito socioeconómico dará inicio a toda una etapa de transformación de la responsabilidad del productor, destacando los casos que han sentado precedentes en esta evolución con una orientación clara hacia la tutela de las víctimas de daños derivados de productos defectuosos.

**Palabras clave**

Responsabilidad, productor, derecho comparado, culpa, daños, contratos.

**RESPONSABILITY NATURE OF THE  
PRODUCER FROM NORTH AMERICAN  
LAW'S VISION**

**Abstract**

The existence of a contractual element in the beginning of the responsibility of the producer in the present century suggests a necessary reference to the contractual law of XIX C. Unlike the XVIII C. in which, is extremely difficult to reach a total knowledge of common law, due scarce number of judicial issues and the almost nonexistent importance of the judicial precedent, in XIX C. is attended to a deep change due to the economic expansion. This phenomenon determined a parallel increase of the judicial issues, great part of which had like foundation the bad quality of the sold product. This period, characterized by the movement in the economic operations that the industrial development, becomes the context *ad hoc* for the diffusion and the consolidation of the principle of *privity of contract* that in the systems of written right comes to correspond at the beginning of 'relativity contractual'.

**Key words**

Responsibility, producer, compared law, blame, damages, contracts.

**1. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD  
DEL PRODUCTOR EN LOS ESTADOS  
UNIDOS. LA 'AMERICAN PRODUCTS  
LIABILITY'**

El desarrollo de la *American products liability* puede ser estudiado siguiendo las diversas etapas que han caracterizado el modelo.

### 1.1. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL POR DAÑO DERIVADO DE PRODUCTO DEFECTUOSO. LA PERSPECTIVA EN EL S. XVIII Y EN EL S. XIX

La doctrina de la *privity of contract* precisa que el contrato produce efectos entre las partes contratantes y sólo respecto a lo expresamente estipulado en el contrato. He allí la razón por la cual la responsabilidad de los operadores económicos se limitaba estrictamente a los términos contractuales. Consecuente a dicha concepción del contrato, era la que atribuía el riesgo de la producción de los bienes defectuosos sólo al vendedor y adquirente directo, dejándose fuera del ámbito de responsabilidad al fabricante que no había participado directamente en la venta del producto defectuoso. En ese sentido, la industria podía mirar a las normas jurídicas de la época como factor de contención de los costos<sup>1</sup>, propuestas al interno de un sistema del *laissez-faire*, conforme al cual, se concedía el resarcimiento de daños sólo a aquél que se hubiera hallado vinculado contractualmente con la empresa productora y donde el dogma de la *privity* realizaba una auténtica compatibilidad de las normas jurídicas a las exigencias del mercado.

En ese contexto se proyectan dos tendencias seguidas por los jueces del *common law*. De una parte, se encuentran aquéllos que, atraídos por las teorías económicas del *laissez-faire* y de su corolario relativo al contrato de compraventa, es decir, al principio del *caveat emptor*, según el cual, el adquirente debe protegerse por sí mismo de los riesgos derivados del contrato. De otra parte, se hallan aquellos jueces ingleses que, adhiriendo a una tendencia intervencionista del S. XVIII, asumen una posición contraria a la doctrina del *laissez-faire*. Entre las soluciones propuestas en esta contraposición, se considera la conveniencia de introducir presunciones en el contrato de compraventa, como aquélla según la cual, el vendedor de un bien debe garantizar implícitamente la calidad del mismo.

<sup>1</sup> BESSONE, M., "Contratti di adesione e natura "ideologica" del principio di libertà contrattuale", en *Saggi di diritto civile*, Milano, 1979, p. 127 ss.

En ese sentido, se observa la evolución que ha tenido el sistema de la responsabilidad del productor en los Estados Unidos hacia fines del S. XVIII<sup>2</sup>. En efecto, a través de la elaboración doctrinal de la llamada 'garantía implícita de comerciabilidad', los jueces norteamericanos del S. XIX trataron de restablecer el equilibrio entre las situaciones jurídicas del vendedor y del adquirente, haciendo notar que el primero se hallaba en una situación de superioridad con respecto al segundo, debido a sus conocimientos y a su integridad comercial así como a la confianza en él depositada por el consumidor respecto a la seguridad de los productos vendidos.

Esas garantías implícitas hallan el medio de desarrollo en la propia relación contractual<sup>3</sup> y representaron el instrumento idóneo para la determinación de una responsabilidad objetiva: la llamada *strict liability*. En efecto, a través de la violación de una garantía implícita se configuraba el supuesto de responsabilidad aún en el caso que el productor hubiera sido diligente, vale decir, para usar los términos del derecho norteamericano, aún si éste se hubiera comportado conforme al *reasonable care*. Y ello, no obstante que no existiera una razón clara que justificara la *strictness* de las llamadas *implied warranties*. Tal atribución de responsabilidad objetiva puede ser explicada en parte por el hecho que en el S. XIX no se distinguían claramente las nociones de *negligence* y de *strict liability*<sup>4</sup>. En todo caso, cualquiera que pueda haber sido el origen de la responsabilidad objetiva del vendedor, el período correspondiente al auge de

<sup>2</sup> V. PROSSER, W., "The implied warranty of merchantable quality", en *Minn. L. Rev.*, vol. 117, 1943, p. 146 ss.

<sup>3</sup> No obstante, en los orígenes la violación de una *warranty* configuraba un *tort*. La acción correspondiente obedecía a la violación de un llamado *duty* que era considerada por constituir una forma de *misrepresentation*. El derecho de los *torts* ha ejercido constantemente, desde su origen, una gran influencia sobre el derecho sustancial de las *warranties*, introduciendo una idea de *misrepresentation of fact*, aún sin la mediación de una culpa. Cfr. Prosser, W., "The implied warranty of merchantable quality", en *Minn. L. Rev.*, vol. 27, 1943, p. 117 ss. Se ha puesto de relieve un origen híbrido de las c.d *implied warranties*, que ha lla entre los *torts* y el *contracto*. V. Prosser, W., "The fall of the citadel. (Strict liability to the consumer)", en *Minn. L. Rev.*, vol L., 1965-1966, p. 800 ss.

<sup>4</sup> Cfr. Schwartz, G., "The character of early American tort law", en *UCLA L. Rev.*, vol. 36, 1989, p. 641.

las llamadas garantías implícitas en el contrato, ha comportado un momento importante en el impulso del desarrollo de la responsabilidad del productor. El siguiente paso en esta línea de desarrollo habría sido la de infectar el ámbito de los *torts*<sup>5</sup>. No obstante dicha evolución, ha sido el propio carácter contractual de la garantía el que ha limitado sus efectos, debido justamente al imperio del dogma de la *privity of contract*: doctrina que congelaba toda posibilidad de extensión del resarcimiento de los daños con respecto a aquellas víctimas que no fuesen parte del contrato y hayan sufrido daños como consecuencia del consumo de un producto defectuoso.

En los primeros decenios de este siglo la garantía implícita de comerciabilidad se aplicaba sólo a los productos alimenticios contaminados así como a las bebidas<sup>6</sup>. Progresivamente, los efectos de la llamada *warranty* se extendieron a todo tipo de producto sin distinción alguna.

## 1.2. LA DOCTRINA DE LA 'PRIVITY OF CONTRACT' (O RELATIVIDAD CONTRACTUAL) Y EL ÁMBITO DE LOS TORTS. EL CASO INGLÉS WINTERBOTTOM V. WRIGHT (1842)

Como se ha precisado en líneas precedentes, la doctrina de la *privity* invade el ámbito de los *torts* en el derecho inglés en la primera parte del siglo pasado. Dicha expansión tuvo como consecuencia el hecho que el distribuidor de productos defectuosos respondiera por *negligence* sólo con respecto a quien se hallara en una relación de *privity* con él, limitando en ese modo el normal desarrollo del llamado *tort of negligence*<sup>7</sup>.

Ha sido en especial un caso, *Winterbottom v. Wright*<sup>8</sup>, que fuera difundido por los jueces ingleses y norteamericanos como un *leading case* a los fines de bloquear la responsabilidad extracontractual derivada de la venta de productos defectuosos, el que ha servido de apoyo para sostener como regla general la improcedibilidad de la acción de resarcimiento de los daños en *tort*, cuando el comportamiento imputable al demandado configurase una violación contractual. En el caso en referencia, un cochero sufre daños como consecuencia de la destrucción del vehículo que conducía. El demandado era el propietario del vehículo que lo había dado en arrendamiento a una oficina de correos, para la cual trabajaba la víctima. Conforme a lo estipulado en el contrato de arrendamiento, el arrendador asumía el deber de mantener el vehículo en buen estado. Consecuentemente, la volcadura y subsiguiente destrucción del vehículo hallaban su causa en el incumplimiento de la obligación de parte del demandado. El juez Lord Abinger hizo notar que no había ningún precedente de un caso similar siendo así que la corte se pronuncia negativamente a la demanda de resarcimiento. Esta última no se puso el problema de resolver si la víctima tenía o no un derecho en el ámbito de los *torts*, sino simplemente declaró que no existía una acción autónoma en *torts*.

Más adelante, la decisión recaída en el caso en mención fue interpretada en un sentido genérico, es decir, en el sentido de considerar que si la víctima era un tercero con respecto al contrato de compraventa, no se hallaba en grado de pretender un resarcimiento en el ámbito extracontractual (*torts*), en modo independiente de un vínculo contractual. Sucesivamente esta regla de la *privity*, entendida en sentido sumamente lato, viene conocida como una '*privity fallacy*'<sup>9</sup>.

No obstante la difusión del sentido lato con que se interpretó la decisión recaída en el caso *Winterbottom*, interpretación que favorecía sobremanera a

<sup>5</sup> V. Stapleton, J., *Product liability*, Butterwoths, 1994, p. 14.

<sup>6</sup> Le c.d. *implied warranty* vengono prevista per prima nel *Uniform Sales Act* (1906) negli Stati Uniti. Una versión moderna de las llamadas garantías, ha sido contemplada en el vigente *Uniform Commercial Code* (adoptado e primer lugar por el estado de Pennsylvania en 1953 y sucesivamente por todos los estados norteamericanos). V. J. White & Summers, *Uniform Commercial Code*, West Publishing Co., 4<sup>o</sup> ed., 1995, p. 349-357.

<sup>7</sup> Cfr. Henderson, J. Jr. - Twerski, A., *Products liability problems and process*, Little, Brown & Co., Boston e Toronto, 1987, p. 12.

<sup>8</sup> *Winterbottom v. Wright* (1842) 10 M&W 109; 152 ER 402, 404. V. Palmer "Why *privity* entered *tort* - An historical re-examination of *Winterbottom v. Wright*", en *Am J. L. H.*, vol. 27, 1983, p. 85 ss.

<sup>9</sup> Cfr. Fleming, J., *The law of torts*, Sidney, 1965, p. 442.

los productores de bienes<sup>10</sup>, dicho caso en realidad, no constituyó un *leading case* en materia de responsabilidad del productor, toda vez que los hechos se referían a la omisión culposa en la reparación de un bien, conducta que se imputa al demandado, y no así en la fabricación de mercadería defectuosa, comportamiento que no habría configurado un incumplimiento contractual frente al adquirente, estando a cuanto sugería el principio del *caveat emptor*, según el cual, el comprador asume los riesgos del bien adquirido.

Posteriormente, se supera el principio del *caveat emptor* con relación al adquirente, en el momento que las cortes y el parlamento ingleses deciden reconocer la responsabilidad contractual del vendedor mediante el recurso a las garantías implícitas en el contrato. Pero aún, con respecto a los consumidores no adquirentes directos o a los llamados *bystanders*, la regla de la '*privity fallacy*' representaba un sólido obstáculo para el resarcimiento de los daños<sup>11</sup>.

A la luz de la regla de la *privity*, pocos eran los casos en los cuales se concedía el resarcimiento de los daños a la persona, salvo cuando tales tenían lugar en un contexto relacional. En esas circunstancias, resultaba poco comprensible la teoría de la *negligence*. Sólo en el S. XX, cuando se produce el abandono de la doctrina de la '*privity fallacy*', la teoría de la responsabilidad por culpa alcanza a tener una cierta coherencia.

Las cortes norteamericanas, las que bien habían acogido la regla declarada en el caso *Winterbottom*<sup>12</sup>, mostraron su preocupación por el hecho de la limitación del resarcimiento a las víctimas, partes del contrato de compraventa, implicaba una limitación

de la responsabilidad del vendedor frente a los adquirentes, de los cuales se suponía poderse esperar un uso razonable del producto.

Tal preocupación determinó que progresivamente fuesen admitidas una serie de excepciones a la regla de la *privity*<sup>13</sup>. Fue así que se llega a conceder el resarcimiento a las víctimas de daños derivados de productos alimenticios adulterados como de medicinales considerados desde entonces como *inherently dangerous* aún si las víctimas tenían la condición de terceros frente al productor<sup>14</sup>.

### 1.3. ABANDONO DE LA DOCTRINA DE LA 'PRIVITY OF CONTRACT': EL CASO MCPHERSON (1916). EL CASO MAZETTI (1913) Y EL INICIO DE LAS DIFERENCIAS ENTRE LOS SISTEMAS ANGLOSAJONES SOBRE LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR

La verificación de profundos cambios en el mercado como consecuencia del desarrollo económico hacia fines del S. XIX, trajo consigo el descontento de las víctimas de daños que veían limitadas sus expectativas resarcitorias debido al predominio de la doctrina de la *privity of contract*.

Paralelamente a la preocupación por el resarcimiento de los daños generados durante el proceso de producción, surge la de tutelar la vida y la salud humanas, siendo sobretodo esta preocupación que induce a ver en la empresa un sujeto capaz de soportar los riesgos creados por la propia actividad. Se observa ya en el S. XX la tendencia a colocar en cabeza de la empresa los riesgos generados por la circulación de productos defectuosos. En este momento de la evolución, se asiste a una bifurcación del camino

<sup>10</sup> V. Kessler, F., "*Products liability*", en *Yale L. J.*, vol. 76, 1967, p. 887.

<sup>11</sup> V. Stapleton, J., "*Duty of care and economic loss: a wider agenda*", en *LQR*, vol. 107, 1991, p. 249. El a. explica cómo la responsabilidad moderna en materia del *tort of negligence* dependía de la evolución que ha tenido la materia contractual.

<sup>12</sup> La regla del caso *Winterbottom* ha sido posteriormente aplicada por la jurisprudencia norteamericana nel caso *Thomas v. Winchester*, 6 N.Y. (2 Seld.) 397, 408, 57 Am. Dec. 455 (1852).

<sup>13</sup> Tales excepciones se caracterizaban por no requerir la existencia de un vínculo contractual cuando la conducta del vendedor era particularmente reprochable, o bien, se trataba de un producto extremadamente peligroso que generaba un riesgo demasiado alto.

<sup>14</sup> En este sentido: *Boyd v. Coca Cola Bottling Works*, 132 Tenn. 23, 177 SW 80 (1915); *Klein v. Duchess Sandwich Co.*, 14 Cal. 2d 272, 93 P2d 799 (1939). En estos casos se aplica extensivamente a cualquier consumidor la garantía de conformidad del producto al consumo humano.

seguido por el derecho inglés y el norteamericano en materia de daños derivados de productos defectuosos.

En efecto, el derecho norteamericano, bajo la influencia de los intensos cambios económicos, emprende el camino que impulsa el desarrollo de la responsabilidad del productor. Emblemático a este respecto, el caso *McPherson v. Buick Motor Co.*<sup>15</sup> que diera lugar a la decisión, tal vez la más importante en el derecho estadounidense de la responsabilidad del productor por haber representado la separación de la línea jurisprudencial que hasta entonces había abrazado la doctrina de la *privity*. En efecto, la referida sentencia se pronuncia a favor del resarcimiento de los daños derivados de productos defectuosos sufridos por víctimas que no tenían vínculo contractual alguno con el productor.

En el caso *McPherson*, la víctima había sufrido daños personales y patrimoniales a causa de la destrucción de una rueda del vehículo adquirido de un intermediario. Por este motivo, la víctima interpone demanda en *tort of negligence* directamente contra el productor. En la causa instaurada, viene probado que el leño utilizado en la construcción del vehículo era defectuoso y que aunque si el productor adquiría generalmente las ruedas a un fabricante de piezas, se le reconoce igualmente responsable y de consecuencia, se concede el resarcimiento a la víctima.

Dicha sentencia de la cual fue artífice el famoso juez Cardozo, establecía efectivamente una nueva regla de responsabilidad por *negligence*, que se fundaba en el concepto de ‘peligro inherente a la cosa’ que causa daños a las personas y a la propiedad, más aún si sabido es que la cosa en cuestión puede ser utilizada por personas distintas al adquirente del producto<sup>16</sup>. La sentencia referida crea de este modo una excepción a la regla de la *privity* cuando la cosa que genera el daño es ‘*inherently dangerous*’. La nueva regla de responsabilidad fue sucesiva y velozmente adoptada por todas las cortes norteamericanas.

<sup>15</sup> *McPherson v. Buick Motor Co.*, 111 NE 1050 (1916).

<sup>16</sup> Cfr. Prosser, W., *Handbook of the law of torts*, St. Paul, Minn., 1964, p. 655.

En un primer momento, la responsabilidad por *negligence* se aplica al caso que se haya incurrido en una falta al *reasonable care* en el proceso de producción. Posteriormente, dicha noción es extendida a los casos de falta de información o en los de instalación negligente cuando se abandona el concepto limitado de ‘producto inherentemente peligroso’ por el de una simple *negligence*. Cabe subrayar que en el caso en cuestión se precisa expresamente que es el productor a tener el control del proceso de producción y distribución de los productos y en consecuencia, es el más indicado para ofrecer la prueba del llamado *reasonable care*, siendo aquél quien lo debe aplicar en la proyección y en el ensamblaje de los productos.

Una evolución en este sentido se observa también en el derecho inglés, y precisamente a propósito de la famosa sentencia de la *House of Lords* recaída en el caso *Donoghue v. Stevenson* (1932)<sup>17</sup> con la cual se supera la limitación del resarcimiento de los daños derivados de producto defectuoso a quien no fuera parte en un contrato.

Si bien es cierto que el caso *McPherson* ha comportado en el derecho norteamericano una importante reconsideración del *tort of negligence*, no constituyó el punto de máximo desarrollo. En cambio, se reconoce que una fase de notable relieve se da con el desarrollo de la llamada *implied warranty* en el terreno contractual. Es en este momento que las difusas *stricter obligations* ingresan al ámbito de los *torts* como consecuencia del hecho de haberse superado la doctrina de la *privity of contract*.

<sup>17</sup> *Donoghue v. Stevenson*, A.C. 562, 1932. En este caso, la víctima estaba a punto de tomar un helado sobre el cual, se había vertido una gota de licor, cuando vió los restos de un caracol en el interno de la botella que lo contenía. Consecuencia de ello, la víctima sufre un shock y otros disturbios psicósomáticos, y finalmente, interpone demanda contra el productor del licor.

A cincuenta años del caso *Winterbottom*, aquí se supera el principio de la *privity* y se establece que el fabricante, tiene un deber general de diligencia: *duty of care*, a los fines de tutelar a todos los consumidores de sus productos. La importancia de esta sentencia reside además en el hecho que, al haber introducido el principio conforme al cual, cada uno debe prever las consecuencias de los propios actos, al mismo tiempo, introduce el ilícito de la *negligence*. Cfr. Stapleton, J., *op. cit.*, p. 21 ss.

A diferencia del derecho inglés, la noción de *warranty* es desnaturalizada en el derecho norteamericano. En efecto, aunque si en el S. XIX dichas garantías fueron aplicadas en el marco fijado por la doctrina de la *privity of contract*, en el S. XX se asiste a una transformación de una llamada “*classical warranty*” a una llamada “*aclassical warranty*”. Esta última expresión es acuñada cuando las cortes norteamericanas deciden aplicar el instituto de la “*classical warranty*” a terceros, con respecto a un contrato de compraventa, que hayan sufrido daños como consecuencia del producto defectuoso adquirido.

El caso *Mazetti v. Armour & Co.* (1913) asume relieve en cuanto ha sido considerado como determinante del momento que fija la separación del derecho norteamericano de aquél inglés. Este caso ha sido resuelto sobre la base de una presunción de existencia de una garantía implícita a cargo del productor con respecto a productos alimenticios en mal estado, prescindiéndose del hecho que la víctima (último adquirente) se encontrase o no vinculado contractualmente con aquél. La sentencia recaída en este caso sirvió como modelo para las decisiones posteriores. Acogiendo esta línea jurisprudencial, la Corte del Estado de Mississippi en 1927 establece que dicha garantía sigue el recorrido del producto<sup>18</sup>. Esta tendencia hacia a la extensión de los efectos de las garantías a terceros, ha sido siempre seguida cuando se trataba de productos alimenticios. Algunos años después, la sentencia recaída en el caso *Baxter v. Ford Motor Co.* (1934) hace extensivos los efectos de la garantía expresa (*express warranty*) al último adquirente<sup>19</sup>.

El reconocimiento doctrinario más importante del abandono de la *privity* tiene lugar con el caso *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno* (1944)<sup>20</sup>, cuya significancia se pone de relieve también por el hecho de ser considerado un precedente de la *strict products liability*. El caso fue resuelto con base en el criterio

<sup>18</sup> *Coca-Cola Bottling Works v. Lyons*, 145 Miss. 876, 111, So. 305 (1927).

<sup>19</sup> *Baxter v. Ford Motor Co.*, 12 P 2d 409; 15 P 2d 1118 (1932), 35 P 2d 1090 (1934).

<sup>20</sup> *Escola v. Coca Cola Bottling Co. of Fresno*, 150 P 2d 436 (1944).

de la *negligence*, en el sentido de conceder el resarcimiento de los daños sufridos por una camarera, como consecuencia de la explosión de una botella de Coca-Cola. El juez Traynor, en una *concurring opinion*, declara admisible el hecho que las víctimas, como la del presente caso, puedan demandar el resarcimiento de los daños en vía extracontractual sobre la base de la *strict liability* del productor, sugiriendo que la política de la *implied warranty* debería ser llevada adelante hasta que sea posible construir una teoría independiente de la *strict liability in tort*.

La aplicación extensiva a terceros de la llamada *warranty* (garantía) había permitido hasta entonces, a los jueces evitar en modo más simple los problemas que comportaba la prueba de la culpa a las víctimas de los daños derivados de producto, en relación con lo que implicaba el recurso al principio *res ipsa loquitur* o la aplicación de un *standard of care* más elevado. Ésta es una razón en grado de explicar la difusión que ha tenido la aplicación de dichas garantías, no sólo a los productos alimenticios o medicinales sino a todo producto personal de uso externo.

#### 1.4. HACIA LA CONSOLIDACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL PRODUCTOR: LA ‘STRICT PRODUCTS LIABILITY’. I CASI HENNINGSEN (1960), GREENMAN (1963). LA S. 402A DEL RES-TATEMENT (SECOND) OF TORTS (1965)

Hasta este momento se ha observado una clara tendencia jurisprudencial norteamericana en el sentido de favorecer a la víctima del daño derivado de producto, al imponer al productor una responsabilidad objetiva, sea que ésta asuma la forma de una inversión de la carga de la prueba de la culpa, o que bien se concrete en una aplicación extensiva de las llamadas *warranties* en favor del último adquirente-víctima o de las llamadas *implied warranties* a todo aquél que sufre daño derivado de un producto defectuoso.

Al mismo tiempo, los aportes de la doctrina norteamericana confirman la referida tendencia expresando un especial interés por sustituir la que vino a difundirse como una ‘*aclassical warranty*’ a la que las cortes venían recurriendo. En este sentido, se manifiesta una preocupación por llamar a las cosas por

aquello que son en realidad, tal como Prosser sugiere en sus famosos artículos: primero “*The assault upon the citadel*” y luego “*The fall of the citadel*”<sup>21</sup>. Estos trabajos han ejercido una decidida influencia en los debates doctrinarios, así como en el *case law* sucesivos. En ellos, el insigne jurista norteamericano se refiere al origen híbrido de la *warranty* – “*a freak hybrid born of the illicit intercourse of tort and contract*”- y pone en relieve las dificultades que comporta su aplicación a los fines de la concesión del resarcimiento de los daños. Por esta vía llega a concluir que, si es posible la aplicación de la *warranty* aún a situaciones que no corresponden a una relación contractual entre los sujetos implicados (víctima del daño y productor) no es necesario recurrir al instituto del contrato de compraventa, cuando los hechos demuestran que se trata de una *strict liability in tort*, sugiriendo la oportunidad de abandonar la que el jurista norteamericano denomina “máscara contractual ilusoria”<sup>22</sup>. Siendo precisamente esta naturaleza híbrida e incierta de la *warranty* que había facilitado su instrumentalización de parte de las cortes.

Como se ha señalado, las cortes norteamericanas hallaron en las *warranties* una denominación para la responsabilidad objetiva a la que venía sujeto el vendedor de productos alimenticios, doctrina ésta, que luego se extiende a todo aquél que haya sufrido daño como consecuencia del producto alimenticio averiado<sup>23</sup>.

En 1960, la Corte del Estado de *New Jersey* pronuncia una importante decisión que resuelve el caso *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*<sup>24</sup>, decisión que,

siguiendo la expresión de Prosser, marca la “caída de la ciudadela de la *privity*”<sup>25</sup>, convirtiéndose en el *leading case* en esta materia. A esta sentencia se le reconoce más que el simple mérito de haber formulado una serie de normas que tratan de atender las exigencias de la contratación de masa en el marco de una política de tutela del consumidor. En efecto, la sentencia afirma un principio de responsabilidad objetiva del productor a través de la aplicación de la conocida garantía implícita de comerciabilidad (*implied warranty of merchantability*), declarando su aplicación a terceros que no hubieran estipulado el contrato que permite la circulación del producto defectuoso. La nueva regla se aplica sucesivamente a cualquier tipo de producto y no sólo a productos alimenticios. El aspecto innovador de la sentencia se halla en el hecho de poner en relación directa al productor con el público en general, o sea con el consumidor potencial de sus productos.

Pero el momento definitivo, a partir del cual la jurisprudencia se pronuncia claramente por la responsabilidad objetiva contractual -*strict liability in tort*- del productor, lo constituye el caso *Greenman v. Yuba Power Products Inc.* (1963)<sup>26</sup>. En este caso se abandona explícitamente el enfoque contractual de la *products liability*, no obstante que el fundamento de las resoluciones jurisprudenciales se conformara a un carácter extracontractual de la responsabilidad que ya se vislumbraba en el contenido de las sentencias de los últimos años. En efecto, en esta sentencia no se recurre a una finta aplicación del instituto de la *warranty*, el cual ha sido ampliamente instrumentalizado por las cortes norteamericanas con el fin de declarar una responsabilidad por *warranty*. La referida sentencia fue aprobada por unanimidad, asumiéndose el voto del juez Traynor y convirtién-

<sup>21</sup> Prosser, “*The assault upon the citadel (Strict liability to the consumer)*”, en *Yale L. J.*, vol. 69, 1960, p. 1099; “*The fall of the citadel (Strict liability to the consumer)*”, *cit.*, p. 802.

<sup>22</sup> Prosser, “*The assault ...*”, *cit.*, p. 1134.

<sup>23</sup> Dicha extensión tiene lugar en el presente siglo bajo la guía de un movimiento nacional contra los alimentos averiados. Cfr. Regier, “*The struggle for Federal Food and Drugs legislation*”, en *Law & Contemp. Prob.*, vol. 1, 1933, p. 3.

<sup>24</sup> *Henningsen v. Bloomfield Motors Inc.*, 1960, 32 N.J. 358, 161 A. 21 69, 75 A.L.R. 2d 1. El caso concierne a un auto defectuoso, que fuera vendido por un intermediario (*Bloomfield Motors Inc.*) a *Henningsen*, cuya cónyuge, mientras conducía, sufre un accidente debido a un defecto del auto. Se interpone demanda de resarcimiento contra el productor (Chrysler Corporation), y contra el distribuidor.

<sup>25</sup> Prosser, “*The fall of the citadel ...*”, *cit.*, p. 791.

<sup>26</sup> *Greenman v. Yuba Power Products Inc.*, 59 Cal. 2d 57; 377 P. 2d 827; 27 Cal. Repr. 696, 1963. En el caso en cuestión, el actor interpone demanda de resarcimiento por los daños sufridos como consecuencia del uso de un instrumento eléctrico, utilizado por la víctima para trabajar un pedazo de madera en forma de cáliz. Después de haber utilizado dicho instrumento en varias oportunidades, se produce el desprendimiento de la pieza de madera que estaba sujeta al torno, generando graves lesiones al usuario. La demanda ha sido interpuesta sea contra el vendedor o contra el productor.

dose en un precedente de singular significado en el *common law* norteamericano. Asume relieve en dicha decisión el hecho que resolviera un caso de defecto de diseño del producto que ha dado lugar al daño; lo que fue acreditado en el proceso. No obstante la explícita referencia a la noción de 'defecto' como presupuesto para que opere la llamada *strict liability* en el productor, dicha noción ha sido sólo mencionada sin haberse dado una definición de su contenido<sup>27</sup>. Desde entonces, las cortes norteamericanas asumen el 'defecto' como principio basilar para resolver los casos de responsabilidad del productor (*products liability*), aún si la imprecisión sobre el contenido de la noción permaneciera como una constante en la jurisprudencia sucesiva con la consecuente confusión conceptual sobre el criterio de imputación aplicable en los diversos campos de responsabilidad.

La renombrada *strict products liability* halla consagración oficial en 1965, año en el cual es promulgado el *Restatement (Second) of torts*<sup>28</sup>, cuya sección 402A establece el principio de responsabilidad objetiva en materia de daños derivados de producto. El texto que concierne a esta sección es el siguiente:

"S. 402A Special Liability of Seller of Product for Physical Harm to User or Consumer.

(1) One who sells any product in a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property is subject to liabi-

lity for physical harm thereby caused to the ultimate user or consumer, or to his property, if  
(a) the seller is engaged in the business of selling such a product, and

(b) it is expected to and does reach the user or consumer without substantial change in the condition in which it is sold.

(2) The rule stated in Subsection (1) applies although

(a) the seller has exercised all possible care in the preparation and sale of his product, and

(b) the user or consumer has not bought the product from or entered into any contractual relationship with the seller" (*corsivo aggiunto*).

Desde este momento inicia la fase de la *products liability* que ha sido clasificada como 'revolucionaria pro-víctima' por los estudiosos norteamericanos<sup>29</sup>. El nuevo régimen de responsabilidad había simplificado la carga probatoria de las víctimas, pero a su vez había acentuado una característica del sistema procesal norteamericano: la *litigation*.

El cambio sustancial que comportaba la sección 402A del segundo *Restatement*, consistía en el paso oficial de un régimen basado en la culpa a uno basado en la noción de 'defecto'<sup>30</sup>.

La noción de defecto es mencionada como requisito para que opere la responsabilidad pero no es definida ni siquiera en los comentarios al *Restatement*. Así, éstos, en lugar de aclarar vía la interpretación del texto, han contribuido a la confusión conceptual que caracteriza el desarrollo sucesivo de la *American products liability*. El texto de la sección 402A introduce, además, una expresión que podría parecer un requisito que se agrega a la 'condición defectuosa del producto'. Nos referimos a la expresión 'irrazonablemente peligroso' (*unreasonably dangerous*).

<sup>27</sup> En efecto, una crítica que se ha formulado a la sentencia *Greenmann* ha sido que ella no ofrece un criterio objetivo o bien, un *standard*, en base al cual pueda establecerse la existencia del defecto del producto. Cfr. Twerski, "From defect to cause to comparative fault -rethinking some product liability concepts", en *Marq. L. Rev.*, 1977, p. 297.

<sup>28</sup> El *Restatement* consiste en una compilación ordenada sistemáticamente de las tendencias jurisprudenciales del *common law* norteamericano, conteniendo no solamente el derecho creado por las decisiones jurisprudenciales, sino también el que emana de las cortes con respecto a la aplicación de los llamados *statutes*. La compilación del *Restatement* ha sido realizada por el *American Law Institute (ALI)*. Cfr. Mattei, Ugo, voz *Restatement*, en *Digesto, Sez. Civ.*, Utet, 1998, p. 417. El autor de la sección 402A es William Prosser, *reporter* della ALI, merced al cual, se agrega al *Restatement (Second)* la referida sección dedicada específicamente a la *products liability*. La versión definitiva ha sido aprobada en 1964 y publicada con el *Restatement* en 1965.

<sup>29</sup> Cfr. Henderson, J. Jr. - Eisenberg, Th., "The quiet revolution in products liability", en *Anglo-American L. Rev.*, vol. 20, 1991, p. 188.

<sup>30</sup> Cfr. Keeton, P., "Product liability and the meaning of defect", en *St. Mary's L. J.*, vol. 30, 1973, p.30. El a. pone de relieve el hecho que, según el régimen de la *strict liability*, la víctima no debe reprobador la conducta del demandado, si no el producto en cuanto tal.

Efectivamente, de lo que se desprende del texto, el presupuesto de responsabilidad sería la ‘condición defectuosa irrazonablemente peligrosa’. Algunas cortes han considerado el ‘peligro irrazonable’ del producto como un requisito autónomo, conduciendo esta orientación hacia un razonamiento en términos de *negligence* a los fines de la determinación del ‘defecto’ del producto.

El segundo *Restatement* establecía una sola noción de defecto del producto, no así distinguiendo entre los diferentes tipos de defectos según la clasificación tripartita: *defectos de fabricación*, *defectos de diseño* y *defectos de información*<sup>31</sup>, clasificación elaborada por la doctrina norteamericana sobre la base de los hechos que han sido materia de examen en las decisiones de las cortes.

Desde la introducción jurisprudencial de la *strict liability* en el caso *Greenman*, las cortes han orientado sus esfuerzos para definir el *standard* sobre el cual fundar dicha responsabilidad. En materia de *defectos de fabricación*, el parámetro de evaluación utilizado para determinar el defecto, se define sobre la base de la serie de productos a la que pertenece el ejemplar defectuoso, vale decir, sobre la base del resultado que ha tratado de alcanzar el fabricante<sup>32</sup>, no existiendo, por ello, significativas dificultades conceptuales.

La aparente simplicidad que presentaba la nueva regla de responsabilidad (*strict liability*), tal como era contemplada por el texto de la citada sección 402A, ha sido desmentida por la caústica jurisprudencial y por la doctrina. En efecto, en ambos casos se ha puesto en evidencia que las dificultades que se ha tratado de eliminar a través de la inexigibilidad de la conducta culposa del productor o del vendedor, se presentan en el escenario de la responsabilidad, toda vez que la *strict liability* requiere como presupuesto el *defecto* del producto. En otras palabras, el cambio de atención de la conducta del productor a

la ‘condición defectuosa del producto’ que ha hecho posible la activación del régimen de la *strict liability* ha dado lugar a una fase del desarrollo de la *products liability*, la cual, se caracteriza por un período de acentuadas controversias relativas a los parámetros y a los criterios de evaluación para la determinación del defecto, especialmente en lo que concierne a los *defectos de diseño*.

En la aplicación del nuevo régimen de responsabilidad, las cortes demostraron ser conscientes que la orientación sucesiva habría sido tratar de hallar una posición intermedia, abandonando la *negligence* como criterio de imputación de la responsabilidad, pero sin llegar a establecer un régimen de ‘responsabilidad absoluta’ que no admite defensas (posibilidades de liberarse de responsabilidad) de parte del demandado. Pero la trayectoria de las cortes para tratar de alcanzar dicho objetivo, se caracteriza por una serie de imprecisiones conceptuales que traslucen en las decisiones adoptadas, las cuales repercuten negativamente en el jurado, institución del derecho procesal norteamericano que asume la tarea de evaluación de los hechos de la controversia judicial. Las mismas cortes, en algunos casos, han preferido asumir la tarea de evaluación de los hechos y consiguientemente, evaluar también la existencia o no del defecto en el producto, en razón de la escasa confianza en la imparcialidad del jurado<sup>33</sup>.

La evolución que ha tenido la aplicación de la *strict liability* permite inferir que, en el momento de la elaboración de la sección 402A del segundo *Restatement*, los creadores y defensores del nuevo régimen de responsabilidad hubieran pensado solamente a los llamados *defectos de fabricación*, respecto de los cuales, no se plantean problemas de individualización, puesto que a dicho fin basta la confrontación con cuanto el productor ha elegido como configuración estructural del producto. Este tipo de defecto en el producto surge aún si el productor ha sido diligente en su elaboración, constituyendo consecuen-

<sup>31</sup> V. *infra*, § 6.

<sup>32</sup> Cfr. Wade, J., “On product design defects and their actionability”, en *Vand. L. Rev.*, vol. 33, 1980, p.551-552.

<sup>33</sup> Cfr. Birbaum, Sh., “Unmasking the test for design defect: from negligence [to warranty] to strict liability to negligence”, en *Vand. L. Rev.*, vol. 30, 1980, n. 32.

temente uno de los riesgos calculables y por tanto, previsible del proceso de producción, y en tanto tales, riesgos asegurables. El juicio de responsabilidad referente a este tipo de defectos, halla aplicación inmediata desde el punto de vista de la *strict liability*.

El verdadero problema de aplicación del nuevo régimen de responsabilidad, se ha planteado con relación a los llamados *defectos de diseño* (*design defects*) y a los llamados *defectos de información* (*warning defects*). A este respecto, las respuestas de las cortes han sido diversas. La variabilidad de las sentencias puede ser atribuida en parte, al hecho de incorporar en la nueva regla de responsabilidad objetiva (*strict liability*) las teorías de la *warranty* y de la *negligence*, dándose lugar de este modo a una tradición que combina los aspectos objetivos (*warranty*) y subjetivos (*negligence*), la que ha sido recibida por la citada sección 402A. En realidad, esta sección del *Restatement*, al haber establecido la regla de responsabilidad fundada en la noción de 'defecto', utiliza en la propia definición elementos de ambos conceptos. Sea el concepto de la *negligence*, cuando se refiere al '*unreasonably dangerous defect*', como el de la *warranty*, precisando en el *comment i* de la sección en examen, que el *standard* que sirve para determinar cuándo un producto es irrazonablemente peligroso corresponde al test de las expectativas del consumidor ordinario (*ordinary consumer expectations*).

En suma, la determinación del contenido del *defecto de diseño* ha comportado una difícil tarea de reconstrucción para los jueces norteamericanos, en el cuadro de la *strict liability*, régimen que ha sido introducido en la *products liability* a los fines de evitar los problemas que planteaba la aplicación del régimen de la culpa en este ámbito de la responsabilidad civil.

No obstante la ambigüedad de los términos a través de los cuales se manifiesta la regla de responsabilidad, la sección 402A ha sido rápidamente adoptada por la mayoría de las jurisdicciones estatales, tanto que ellas prácticamente la han convertido en el texto sobre el cual fundar las futuras sentencias en materia de responsabilidad derivada de producto. Como se ha señalado en precedencia, la introducción del régimen de la *strict products liability* ha significado la consolidación del "inicio de una revolución", usan-

do los términos del Profesor Priest cuando se refiere a la evolución de la *American products liability*<sup>34</sup>.

### 1.5. CARACTERÍSTICAS DE LA JURISPRUDENCIA ELABORADA EN TORNO A LA SECCIÓN 402A DEL RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS

La evolución de la jurisprudencia elaborada en torno a la sección 402A se ha distinguido por su tendencia pro-consumidor que ha sido la vigente hasta cerca de los años '80. Esta tendencia concluye con la afirmación del nuevo régimen de la *strict products liability*.

El proceso de afirmación del régimen objetivo de responsabilidad por daño derivado de producto lleva consigo la aplicación extensiva de dicho régimen a los llamados *defectos de diseño* (*design defects*). Ello ha significado un impulso explosivo al proceso de evolución de la *American products liability*, como ha sido reconocido por los juristas norteamericanos que han puesto en evidencia la separación entre las consecuencias generadas por esta evolución acelerada y aquella que había sido la intención original de la introducción del régimen de la *strict liability*<sup>35</sup>.

Como se ha señalado anteriormente, aunque si la sección 402A del segundo *Restatement* ha sido adoptada por la mayoría de las jurisdicciones norteamericanas, las cortes se han hallado frente a grandes dificultades para determinar la existencia del *defecto de diseño*. En la práctica, el problema se hallaba en establecer el *standard* de evaluación para la determinación de este tipo de defecto y esto, sin considerar el no menos insignificante problema de definir el llamado *defecto de información* (*warning defect*). Defecto, este último, que ingresa en la clásica división tripartita de los defectos difundida por la doctrina norteamericana en materia de responsabilidad del productor.

Las cortes norteamericanas han llevado adelante la aplicación del régimen de la *strict liability* siguiendo

<sup>34</sup> V. Priest, G., "*Strict products liability: the original intent*", en *Cardozo L. Rev.*, vol. 10, 1989, p. 2301.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 2330.

diversas interpretaciones. Algunas cortes han tratado de atribuir un contenido preciso a las 'expectativas del consumidor ordinario', las que constituyen el parámetro de evaluación referido en el *comentario i* de la sección 402A siempre citado. Dicho parámetro de evaluación ha sido interpretado, en algunos casos, desde un punto de vista subjetivo, centrando el examen sobre los conocimientos y las expectativas de la víctima en el caso concreto<sup>36</sup>, no obstante que el lenguaje del *Restatement* parezca contener un *standard* objetivo de evaluación. Siguiendo esta línea subjetiva de interpretación, otras cortes, considerando que el consumidor ordinario pueda presumir que el producto comporte *riesgos razonables*, piden al jurado que balancee los riesgos y beneficios al fin de determinar el defecto del producto mismo<sup>37</sup>. Esta línea interpretativa despierta como interrogante el saber si el examen para la atribución de la responsabilidad sea o no basado en el modelo del *reasonable manufacturer*. En el primer caso, la óptica sería equivalente al que implica el *standard* de la *negligence*<sup>38</sup>. Otras cortes han interpretado el *Restatement* haciendo recaer la responsabilidad en el vendedor que haya puesto en circulación el producto conociendo los riesgos que esto comportaba sin atribuir una culpa al productor por no haber comunicado los referidos riesgos<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> En este sentido subjetivo de interpretación de las expectativas de los consumidores se hallan los casos siguientes: *Pridgett v. Jackson Iron & Metal Co.*, 253 So. 2d 837 (Miss. 1971); *Garret v. Nissen Corp.*, 84 N.M. 16, 498 P. 2d 1359 (1972); *Young v. Tide Craft, Inc.*, 270 S.C. 453, 472, 242 S.E. 2d 671, 680 (1978).

<sup>37</sup> En esta línea, los casos siguientes: *Aller v. Rodgers Mach. MFG. Co.*, 268 N.W. 2d 830 (Iowa 1978); *Estate of Ryder v. Kelly-Springfield Tire Co.*, 91 Wash. 2d 111, 587 P.2d 160 (1978); *Seattle-First Nat'l Bank v. Tabert*, 86 Wash. 2d 145, 542 P.2d 774 (1975), *Turner v. general Motors Corp.*, 584 S.W. 2d 844 (Tex. 1979). En este último caso, la Corte del Estado de Texas aplica claramente el llamado *risk-utility test*, sin pedir al jurado información sobre las expectativas del consumidor ordinario.

<sup>38</sup> Cfr. Birnbaum, Sh., *op. cit.*, p. 648.

<sup>39</sup> En este sentido: *Phillips v. Kimwood Machine Co.*, 269 Or. 485, 492, 525 P.2d 1033, 1036 (1974); la Corte Suprema de New Jersey, en el caso *Cepeda v. Cumberland Eng'g Co.*, 76 N.J. 152, 386 A.2d 816 (1978). Sucesivamente, realizando un examen retrospectivo de los riesgos y beneficios del producto (*hind-sight approach*), se aleja de la sección 402A: *Suter v. San Angelo Foundry & Mach. Co.*, 81 N.J. 150, 406 A.2d 140 (1979).

La dificultad en individualizar una orientación en cierto modo uniforme o al menos compartida por la mayor parte de las cortes, puede ser claramente ilustrada observando las vías interpretativas seguidas por las cortes en tres estados norteamericanos: *California*, *New Jersey* y *Pensylvania*. Estos casos ponen en evidencia las características que ha presentado la fase de aplicación del segundo *Restatement* en la *American products liability*, en la cual se crean *standards* de evaluación distintos al fin de determinar la existencia del llamado *design defect* en el caso concreto.

#### *California: variabilidad del standard.*

El Estado de California lleva adelante un desarrollo de la *products liability* que presenta una diversidad de matices sucesivos al momento en que su nombre es asociado a la emisión de la célebre sentencia del caso *Greenman v. Yuba Power Products Inc.* (1963)<sup>40</sup>.

Luego del claro reconocimiento de la responsabilidad objetiva del productor, la Corte Suprema de California debe afrontar los problemas de aplicación de la sección 402A del segundo *Restatement*. En este sentido, en el caso *Cronin v. J.B.E. Olson Corp.*(1972)<sup>41</sup>, la Corte desaplica el *Restatement* en cuanto se refiere al requisito del 'peligro irrazonable' (*unreasonably dangerous*) de la condición defectuosa del producto, como presupuesto de la sección 402A. El caso se refería a un *defecto de fabricación*, respecto del cual, la Corte sostenía que el requisito '*unreasonably dangerous*', no sólo imponía a la víctima la prueba de un elemento concerniente a la *negligence*, sino que también constituía una expresión demasiado ambigua. La corte criticaba la definición de dicho requisito en términos de 'expectativas del consumidor ordinario', porque en ese modo la responsabilidad resultaría ser excluida en los casos de riesgos evidentes y en los de información específica sobre los peligros del producto ofrecida al consumidor. En la práctica, la Corte rechazaba la aplicación del texto del segundo *Restatement*, y consideraba

<sup>40</sup> V. *supra*, n. 26.

<sup>41</sup> *Cronin v. J.B.E. Olson Corp.*, 8 Cal. 3d 121, 501 P.2d 1153, 104 Cal. Rptr. 433 (1972).

significativo el requisito del defecto, sin ofrecer una definición de ésta.

En el caso *Barker v. Lull Engineering Co.* (1978)<sup>42</sup>, la Corte trata de ofrecer los parámetros para determinar la existencia de un defecto de diseño. Así la Corte adopta dos *test* alternativos:

El primer *test* requiere que el producto no haya satisfecho las expectativas de seguridad del consumidor ordinario cuando se le usa según la finalidad para la que ha sido creado o aquélla razonablemente previsible. Esto es sustancialmente el parámetro de evaluación que acoge el segundo *Restatement*. En síntesis, se trata de una versión actualizada de la teoría de la 'garantía implícita' (*implied warranty*), teoría que ha demostrado sus limitaciones, conforme emerge de la sentencia recaída en el caso *Cronin*. En *Barker*, la Corte reconoce la existencia de dichas limitaciones, pero halla en el *test* de las 'expectativas del consumidor' un límite mínimo para determinar el defecto en el producto.

El segundo *test* que se propone en esta sentencia, determina la existencia del *defecto de diseño* si la víctima prueba que "el daño ha sido causado probablemente por el *defecto de diseño* y si el demandado no llega a probar, a la luz de las circunstancias ..., que del balance de los riesgos y beneficios del diseño del producto resultaba que estos últimos superaban los riesgos". Este segundo parámetro de evaluación señalado en la sentencia consiste en el llamado *risk-utility test*. Aún si este tipo de examen corresponde a lo que tradicionalmente ha servido para determinar la existencia de la *negligence*, la Corte de California pone en relieve, en el presente caso, el hecho que "el jurado en el examen de los hechos debía centrar su atención sobre la condición del producto mismo y no así sobre la razonabilidad de la conducta del fabricante"<sup>43</sup>.

Los esfuerzos para distinguir cuándo es que el examen debe orientarse a la condición del producto y

cuándo en cambio, al comportamiento del fabricante, han conducido a un sector de la doctrina norteamericana a sostener que la llamada *design defect products liability* no sea otra cosa que una responsabilidad por culpa<sup>44</sup>.

La diferencia entre una evaluación que se funda en la *negligence* y aquélla que se funda en una condición del producto, es claramente observable en la sentencia *Barker*. Ésta precisa que el balanceamiento de los riesgos y de los beneficios del producto debe llevarse a cabo sobre la base del método retrospectivo (*hindsight*). Según dicho método, aunque si un fabricante razonable no hubiera previsto el *defecto de diseño* en el momento de la fabricación, o de la distribución del producto, se le atribuiría de todos modos la responsabilidad, siempre que, conforme al método *hindsight*, los riesgos superaban los beneficios del producto. De acuerdo a esta óptica, resultarían atribuirse al producto riesgos que a la luz del desarrollo tecnológico al tiempo de la producción del daño podrían constituir un diseño irrazonable. No obstante ello, la sentencia se reserva la decisión sobre la pertinencia de la aplicación de la llamada '*state of art defense*', cerrando la posibilidad de aplicar la *strict liability* en el caso en que el diseño del producto sea conforme a los parámetros vigentes al momento de la fabricación.

La evaluación de los riesgos y beneficios según el método retrospectivo (*hindsight*) puede llevar a calificar como defectuoso un producto porque el productor no ha advertido sobre los riesgos del mismo. La sentencia *Barker* no se pronuncia en cambio, sobre la aplicabilidad de la *strict liability* al caso de un *defecto de información* (*warning defect*). En una sentencia anterior, la Corte de California había expresado en todo caso, su posición negativa a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad, con respecto a los *defectos de información*, adoptando un razonamiento en términos de *negligence* y por ende, no hallando responsable al fabricante de productos medicinales, por tratarse de un daño imprevisible<sup>45</sup>.

<sup>42</sup> *Barker v. Lull Eng'g Co.*, 20 Cal. 3d 413, 425, 573 P.2d 443, 451, 143 Cal. Rptr. 225, 233 (1978).

<sup>43</sup> *Ibidem*, a 435, 573 P.2d a 457, 143 Cal. Rptr. a 239.

<sup>44</sup> Birbaum, Sh., *op. cit.*, p. 648.

<sup>45</sup> En este sentido: *Christofferson v. Kaiser Found. Hospitals*, 15 Cal. App. 3d 75, 92 Cal. Rptr. 825 (1971).

Como se puede observar, la evaluación seguida según el método del *hindsight*, había sido limitada por la propia jurisprudencia del Estado de California, por lo tanto, no satisfacía las expectativas de las víctimas. El hecho de dejar abierta la posibilidad de aplicar el *'state of the art defense'* y el de no aplicar el régimen objetivo de responsabilidad a los llamados *warning defects*, hacían que el segundo *test* propuesto en *Barker* no estuviese lejos de la *negligence*, aunque si allí la atención del examen se centraba en el producto mismo.

Aunque se ha reconocido la importancia de la sentencia *Barker* por haber tratado de proponer los criterios para la determinación del *defecto de diseño*, no alcanza a ofrecer una motivación suficiente para adoptar el segundo método de evaluación referido al balance de los riesgos y beneficios, es decir, el método del *hindsight*, en razón de lo cual, no ha sido seguida por las sentencias posteriores en la materia. Lo que en sustancia puede extraerse de la sentencia en cuestión es, de una parte, la aplicación de un *standard* que fundamentalmente se basa en la tesis de la *'garantía implícita'* (*implied warranty*), y por otra, la aplicación de una variante marcada del principio *res ipsa loquitur*. Siguiendo la óptica de este principio, *Barker* en efecto, sugiere la transferencia de la carga de la prueba, en modo tal que sea el demandado quien deba aportarla. Aún en el caso en que la culpa no es presunta, pero la víctima prueba que el producto ha sido la causa próxima del daño, siempre es el demandado que debe probar que el diseño del producto era *'razonable'*. La referida sentencia se halla elaborada en los términos de una responsabilidad objetiva, siguiendo un método retrospectivo (*hindsight*), pero es en su aplicación que prevalecen los criterios tradicionales de evaluación, estando sobretodo a las limitaciones de aplicación que emergen de dicho método.

***New Jersey: aplicación de la strict liability a los riesgos imprevisibles***

El caso *Beshada v. Johns-Manville Products Corp.* (1982)<sup>46</sup> adopta una posición casi única en la juris-

<sup>46</sup> *Beshada v. Johns-Manville Prod. Corp.*, 90 N.J. 191, 207, 447 A.2d 539 (1982). En el caso en cuestión, las víctimas eran

prudencia norteamericana, atribuyéndose su fama por haber establecido la responsabilidad del productor por los riesgos imprevisibles al momento de la puesta en circulación del producto.

La Corte Suprema del Estado de *New Jersey* aplica el concepto de *hindsight* a los casos concernientes a los *defectos de diseño*, como ha sido propuesto en el caso *Barker*, a la evaluación de los riesgos y beneficios del producto, teniendo en cuenta el momento de la producción del daño. Pero, a diferencia de la sentencia *Barker*, en *Beshada* la Corte concluye sosteniendo que los mismos principios pueden ser aplicados también con relación a los *defectos de información* (*warning defects*).

En este caso, la Corte rechaza la aplicación del llamado *'state of art defense'*, precisando que, a los efectos de la *strict liability*, no sólo es irrelevante el hecho que un fabricante razonable haya podido prever el riesgo, sino lo es también el hecho que el riesgo no sea determinable según el estado de los conocimientos científicos al momento de la introducción del producto en el mercado. En el caso en cuestión, se afirma expresamente que el tema de la culpabilidad no es materia que deba ser examinada en la responsabilidad del productor en general.

La decisión del caso *Beshada* supera también los tradicionales principios de causalidad. Hasta este momento en realidad, aún si el análisis del nexo de causalidad había sido efectuado en términos más estrictos cuando se trataba de la *strict liability* que con respecto a la *negligence*, se precluía la atribu-

trabajadores o bien, trabajadores sobrevivientes que han contraído enfermedades respiratorias generadas por la exposición al amianto, sustancia fabricada y distribuida por los demandados. La exposición a dicha sustancia tuvo lugar hacia los años '30, pero la interposición de las demandas judiciales fueron hechas en los años '80. En el proceso se puso el problema de la admisión del *'state of the art defense'* que fuera invocado por los demandados, sosteniendo que éstos no podían ser considerados responsables por no haber comunicado la existencia de tales riesgos, desde el momento que éstos no eran previsibles al momento de la introducción del producto en el mercado. Cfr. Casale, R., "*Beshada v. Johns Manville Products Corp.: Adding uncertainty to injury*", en *Rutgers L. Rev.*, vol. 35, 1982-83, p. 982 ss.

ción de responsabilidad por daños imprevisibles<sup>47</sup>. En fin, la citada sentencia proponía una especie de ‘responsabilidad absoluta’ que no ha sido luego considerada por la línea seguida por la jurisprudencia norteamericana<sup>48</sup>.

En la referida sentencia, la Corte fundamentaba su decisión sosteniendo que ésta se hallaba conforme a las llamadas ‘policies’ que se encuentran a la base de la *strict liability*, como lo son la distribución y prevención de los riesgos. Y con base en tales argumentos que se ofrece una respuesta a las críticas según las cuales, una resolución con el sentido de la ya referida, conduciría a un incremento inaceptable de los precios del producto. No obstante el reconocimiento de la conformidad de la decisión a las ‘policies’ de la *strict liability*, resulta evidente que la adopción de la perspectiva del *hindsight*, como presentada en el caso *Barker*, ha establecido una separación de dicha resolución con respecto a la tradicional *strict liability*.

La atribución de los riesgos imprevisibles en cabeza del productor es arbitraria aún bajo un régimen de *strict liability*<sup>49</sup>. La propia sentencia, en cambio, a efectos de justificar la distribución de los riesgos, cita el razonamiento de Prosser sobre la tradicional *strict liability*, pero ello no es coherente con el pensamiento del insigne estudioso norteamericano. En efecto, éste ha puesto de relieve el hecho que el régimen objetivo de responsabilidad se impone a los riesgos previsibles, aunque sean razonables, o sea, aquéllos que pueden ser calculados estadísticamente y por ende, fácilmente asegurados.

Debe señalarse que, cuando Prosser hacía referencia a la llamada ‘*traditional strict liability*’, pensaba a

las llamadas actividades ‘*abnormally dangerous*’<sup>50</sup>, es decir, a aquel tipo de actividad peligrosa que quien la ejercita debe responder por los daños que ella genera a otros. Se trata de aquellas actividades cuyos riesgos de daño subsisten aún si el demandado se ha comportado diligentemente. Prosser ha precisado que la utilidad social de la actividad es la que justifica la existencia de los riesgos inevitables que son sufridos por terceros<sup>51</sup>. En pocas palabras, son los riesgos razonables y estadísticamente calculables, aquéllos que tienen relevancia en el cuadro de una responsabilidad objetiva tradicional.

Según la perspectiva tradicional a que se alude, el juicio de responsabilidad se forma en función de una determinada actividad que se califica como particularmente peligrosa y en consecuencia, los riesgos que derivan de ella son riesgos previsibles y calculables para quien la ejecuta. De acuerdo a esta línea de razonamiento, la presión económica que comporta la atribución de responsabilidad al fabricante de ‘productos anormalmente peligrosos’ (*abnormally dangerous products*), constituye un incentivo para llevar adelante la investigación y el desarrollo de productos más seguros, resultando insuficiente a estos fines la doctrina de la *negligence*<sup>52</sup>.

Como se desprende de los lineamientos del citado razonamiento, conforme a los cuales se atribuye responsabilidad al productor a la luz de una perspectiva tradicional de la responsabilidad objetiva, no se hace otra cosa que extender el criterio del peligro de la actividad para aplicarlo a determinados productos que son considerados ‘anormalmente peligrosos’. Este criterio atributivo de la responsabilidad del productor ha servido como fundamento a un sector de la doctrina norteamericana para expresar su desacuerdo por los esfuerzos desplegados en el intento de definir el llamado *design defect*. Empresa ésta última sumamente difícil, como ha sido puesto en evidencia por la propia creación jurisprudencial, por lo cual, una parte de la doctrina ha sostenido

<sup>47</sup> Prosser, *op. cit.*, p. 517.

<sup>48</sup> En realidad, la propia Corte Suprema del Estado de *New Jersey* abandona el criterio rector del caso *Beshada*, y llega a sostener en cambio, en el caso *Feldman v. Lederle Laboratories*, 97 N.J. 429, 479 A.2d 374 (1984), que según el régimen de la *strict liability*, el productor no se halla obligado a conocer todos los riesgos relativos al producto y que sólo le pueden ser imputados los riesgos ‘razonablemente conocidos’ al momento de la introducción del producto en el mercado.

<sup>49</sup> En este sentido, Cfr. Diamond, John L., “Eliminating the ‘defect’ in design strict products liability theory”, en *Hastings L. J.*, 1982-83, p. 543.

<sup>50</sup> Cfr. Prosser, W., *Handbook of the law of torts*, 4th ed. 1971, p. 495.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 517.

<sup>52</sup> Posner, “*Strict liability: A comment*”, en *J. of Leg. Studies*, vol 2, 1973, p. 209.

que el verdadero problema a resolverse consistía en distinguir en qué casos aplicar la *negligence* y en cuáles la tradicional responsabilidad objetiva, sugiriendo además que se debía individualizar los productos respecto de los cuales se debía aplicar esta última<sup>53</sup>. Esta doctrina atribuye la confusión creada con ocasión de la aplicación de la sección 402A del *Restatement*, al hecho que la jurisprudencia haya centrado su atención en la errónea definición del *defecto de diseño* (*design defect*) y señala cómo desde dicho punto de vista, no se desprenden claramente las razones sobre las que se construye sea un sistema coherente de *strict liability* o uno de *negligence*<sup>54</sup>.

De las sentencias que han interpretado la sección 402A del segundo *Restatement*, de las que se ha tomado en consideración sólo algunas que han destacado en el complejo sistema de la *American products liability*, se desprende la incertidumbre creada por las mismas cortes con respecto a la interpretación de la expresión '*defective condition unreasonably dangerous*', tal como prevista en el texto de la referida sección. Siendo que dicho texto conjuga elementos de teorías tradicionales de la responsabilidad civil (la teoría de la *warranty* y la de la *negligence*), las que parecieran superadas en mérito a la introducción del régimen objetivo de la responsabilidad del productor, en esa óptica, el trabajo interpretativo de los jueces, conforme se observa en las sentencias que aplican la *strict liability*, difícilmente ha podido alejarse del razonamiento tradicional. Ello ha determinado que la jurisprudencia oscilase entre la preferencia en la aplicación de criterios de evaluación estrictamente subjetivos, tal como se aprecia en el caso *Cronin*, y criterios abiertamente objetivos, tal como resulta del caso *Barker*, o hasta extremadamente objetivos, tal como resulta del caso *Beshada*, aunque si este caso precisamente, no puede afirmarse defina una línea jurisprudencial en el derecho norteamericano.

No obstante la existencia de un parámetro de determinación del defecto que bien se adecúa a la determinación de los *defectos de fabricación* (*manufacturing defects*), contemplado por el propio *Restatement* (*Se-*

*cond*) en el '*consumer expectations test*'<sup>55</sup>, la jurisprudencia norteamericana, elaborada en torno al *Restatement*, reconoce como necesaria una evaluación conforme al llamado *risk-utility test* para los casos de *defectos de diseño* (*design defects*) así como para los que consisten en *defectos de información* (*warning defects*). Debiéndose llamar la atención que ha sido justamente este último *test* el que ha sido tradicionalmente aplicado a los fines de la determinación de la *negligence*. De las propias sentencias se evidencia cómo han sido conjugados los elementos de ambos tipos de *test*, estando a los términos ambiguos con que fuera elaborada la sección 402A. Pero, en el lenguaje de las cortes, es posible observar además, cómo las argumentaciones sobre las que se basa la responsabilidad se hallen estructuradas en función de los términos de la *strict liability*, poniendo de relieve que la atención se centra en la condición del producto y no en cambio, en el comportamiento del imputado, con lo cual se evidencia que la tesis de base es la *strict liability*<sup>56</sup>.

<sup>55</sup> La evaluación según las expectativas del consumidor ordinario se halla prevista en el '*comment i*' della sezione 402A del secondo *Restatement*.

<sup>56</sup> Entre las razones que la doctrina norteamericana ha señalado como fundamento de la *strict liability* se pueden citar las siguientes:

- Que a través la publicidad y *marketing*, los productores hacen una invitación al público en general para fiarse en la calidad y seguridad de sus productos.

- Que los consumidores no se hallan en grado de protegerse por cuenta propia respecto a los productos defectuosos, desde el momento que los productos de consumo son numerosos y complejos.

- Que los vendedores se hallan en una mejor condición respecto a los consumidores para individualizar los riesgos potenciales de los productos, así como para distribuir el costo de los accidentes.

- Que la *negligence* no basta para inducir a los productores a la fabricación de productos seguros.

Cfr. Montgomery & Owen, "*Reflections on the theory and administration of strict tort liability for defective products*", en *S.C.L. Rev.*, vol. 27, 1976, p. 803 ss.; Las justificaciones al régimen de la *strict liability* han sido formuladas en modo diverso pero la sustancia es siempre la misma. En esta línea, V. Priest, G., "*La scoperta della responsabilità d'impresa: una storia critica delle origini intellettuali del moderno sistema della responsabilità civile*", trad. a cura di G. Ponzanelli e Chiara Somarè, en *Resp. civ. e prev.*, 1985, p. 275; V. también: Croley, S.P.-Hanson, J.D., "*Rescuing the revolution: the revived case for enterprise liability*", en *Mich. L. Rev.*, vol. 91, 1983, p. 683.

<sup>53</sup> En este sentido: Cfr. Diamond, J., *op. cit.*, p. 550 ss.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 552.

### 1.6. STRICT LIABILITY V. NEGLIGENCE: DE LA DIFERENCIA A LA APROXIMACIÓN DE AMBOS REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR

El proceso evolutivo de la moderna *products liability*, tomándose como punto de partida el conocido caso *Greenman v. Yuba Power Prods. Inc.*, en el cual se declara la *strict liability* del productor sobre la base de la existencia del defecto en el producto, pone en evidencia la convergencia entre las clásicas nociones de *strict liability* y de la *negligence*.

El nuevo régimen de responsabilidad, consagrado por la sección 402A del segundo *Restatement*, da lugar a una fase de notables problemas de aplicación. El origen de todos estos problemas, puede ser apreciado en el hecho que dicho *Restatement* prevé una regla general de responsabilidad objetiva del productor, sin considerar la existencia de diversos tipos de defectos. De consecuencia, la nueva regla de responsabilidad podría, en teoría, ser aplicada a cualquier caso de daño derivado de producto; y en ese sentido, en efecto, se han orientado algunas Cortes. Otras en cambio, partiendo de una división tipológica de los defectos, se han hallado en dificultad en la determinación de los *standards* de evaluación, en especial, con respecto a los *defectos de diseño* y a los de *información*<sup>57</sup>.

Los llamados *design defects* no eran desconocidos a la doctrina y jurisprudencia norteamericanas antes del segundo *Restatement*, siendo ello corroborado por la doctrina precedente que proponía la aplicación del criterio de la culpa en la evaluación de los *defectos de diseño* y de *información*<sup>58</sup>.

El régimen puro de *strict products liability*, entendido como régimen de responsabilidad sin culpa, se aplica en modo directo y simple a los *defectos de fabricación*; vale decir, a aquéllos defectos previsibles y estadísticamente calculables que derivan de un proceso de producción y para cuya determinación basta confrontarlos con el *standard* de la clase de productos a la que pertenece el producto en cuestión. En cambio, en el caso del *defecto de diseño* y del de *información*, el *standard* de evaluación debe ser construido por el juez. A efectos de dicha evaluación, el juez se sirve de parámetros objetivos establecidos legislativa, administrativamente o bien, por la propia práctica industrial. En la medida en que el juez no cuenta con dichos parámetros, tendrá que crear por sí mismo el *standard* en base al cual poder establecer la existencia del defecto en el caso concreto, tarea por nada ajena a la complejidad<sup>59</sup>.

El elemento del defecto introducido en el régimen de la *strict products liability*, ha permitido a la jurisprudencia, a través del empleo de criterios como la previsibilidad y la razonabilidad en la determinación del *defecto de diseño*, introducir elementos de la *negligence* en el cuadro de una responsabilidad objetiva, sin que la evolución de la elaboración jurisprudencial de la mencionada sección 402A haya podido ser imaginada por los creadores del nuevo régimen de responsabilidad, dado a que el objetivo era mucho más modesto<sup>60</sup>. Ello explica en parte la

<sup>57</sup> Criticando el carácter unitario y genérico de la sección 402A del segundo *Restatement*, Cfr. Owen, D., "The graying of products liability law: paths taken and untaken in the new Restatement", en *Tenn. L. Rev.*, vol. 61, 1994, p. 1263 ss.

<sup>58</sup> En este sentido, V. James, F., "Products liability", en *Tex. L. Rev.*, vol. 34, 1955, p. 44; Noel, D., "Manufacturer's negligence for design or directions for use of a product", en *Yale L. J.*, vol. 71, 1962, p. 877; sucesivamente, esta línea de pensamiento es ratificada en una publicación del mismo a. en: "Recent trends in manufacturers' negligence, as to desing, instructions or warnings", en *Sw. L. J.*, vol. 19, 1965.

<sup>59</sup> Sobre la dificultad para los jueces para elaborar *standards* de evaluación en el caso de los defectos de diseño, Cfr. Henderson, J. A. Jr., "Judicial review of manufacturers' conscious design choices: the limits of adjudication", en *Colum. L. Rev.*, vol. 73, 1973, p. 1531 ss.

<sup>60</sup> La intención originaria de los autores de la sección 402A del segundo *Restatement* era la de expandir el derecho de la *warranty* a todos los productos, declarando expresamente una *strict liability in tortis*. Aquéllos trataban de reconocer el estado de evolución alcanzado por la jurisprudencia en materia de daño derivado de producto como lo que venía siendo en la práctica: una responsabilidad objetiva. Esto, sin recurrir a las ficciones, como la constiuida por la extensión de los efectos del instituto contractual de la *warranty* a terceros víctimas. La admisión de un definido régimen de responsabilidad objetiva extracontractual hubiera evitado, según cuanto revela el pensamiento de sus creadores, los problemas que suscitó el recurso a la *warranty*, a los fines del resarcimiento. Cfr. Priest, G., "Strict products liability: the original intent", en *Cardozo L. Rev.*, vol. 10, 1989, p. 2303 ss.

ambigüedad de los términos empleados en el texto de la referida sección.

La exaltación del elemento 'defecto' que representaba dicho régimen de responsabilidad, ha creado igualmente la necesidad de diferenciar los diversos tipos de defectos. En realidad, aún si la mencionada sección del segundo *Restatement* contenía una regla general de responsabilidad que había permitido una aplicación extensiva de la misma a todos los casos de daño derivado de producto, a la luz de los postulados de las nuevas teorías *ius* económicas difundidas en aquella época<sup>61</sup>, la jurisprudencia ha lidiado contra la dificultad que comportaba la existencia de una noción unitaria de 'defecto', siendo así que se observa una tendencia progresiva hacia la elaboración de criterios que permitan establecer la diferencia de cada tipo de defecto (*manufacturing defect, design defect, warning defect*). En sustancia, ésa ha sido la vía construída y recorrida por la jurisprudencia norteamericana hasta la aprobación del tercer *Restatement of torts: Products liability* (1997)<sup>62</sup>.

En conclusión, el proceso evolutivo del régimen introducido por la sección 402A, basado en el parámetro de las 'expectativas del consumidor ordinario' a efectos de determinar el defecto del producto<sup>63</sup>, ha

demostrado una tendencia hacia la afirmación de una "regla temperada de responsabilidad derivada de producto", expresión a través de la cual, el Prof. Gary Schwartz ha explicado el referido proceso. El jurista norteamericano, en realidad, en su difundido artículo "*Foreword: understanding products liability*"<sup>64</sup>, pone de relieve cómo el requisito del 'defecto' ha hecho posible el paso progresivo de una noción que califica como '*genuine strict liability*' a una llamada '*strict defect liability*', y reconoce que en ese pasaje, la responsabilidad objetiva pura se aproxima en cierto modo a la *negligence*. Dicha evolución ha permitido al jurista afirmar también que, el sistema de la *products liability* es en realidad, un sistema maduro de responsabilidad objetiva<sup>65</sup>, en el cual, es posible observar una

a las cortes a considerar la prevalencia de un criterio mixto de evaluación, el cual, contiene elementos de ambos *tests*. Esta aplicación mixta de los criterios de evaluación constituye una prueba más que evidente del rechazo de parte de las cortes, a la aplicación de un criterio puro de responsabilidad objetiva en los casos concernientes a los llamados *design defects* y *warning defects*. Esta tendencia ha sido destacada por un sector importante de la doctrina norteamericana: Cfr. Birnbaum, Sh., *op. cit.*, p. 593; Schwartz, G., *op. cit.*, p. 435; Griffith, D., nota: "*Products liability - negligence presumed: an evolution*", en *Tex. L. Rev.*, vol. 67, 1989, p. 851; Powers, W., "*A modest proposal to abandon strict products liability*", in *U. Ill. L. Rev.*, 1991, p. 639, donde el a. precisa que el concepto de defecto que nace hace dos décadas de litigio judicial, es una noción conceptualmente similar a la *negligence*, y sostiene de consecuencia, que no sea oportuno mantener la distinción. Otro sector de la misma doctrina, adoptando una posición más liberal, ha calificado la tendencia observada por las cortes norteamericanas como la evidencia de una adaptación inadecuada a la doctrina de la *strict liability*. Così: V. Wertheimer, E., "*Unknowable dangers and the death of strict products liability: the empire strikes back*", en *U. Cin. L. Rev.*, vol. 1992, p. 1183, donde el a. sostiene que dicha tendencia constituye una consecuencia de la corrupción de la doctrina de la *strict liability*. Finalmente, V. Owen, D., "*The fault pit*", en *Ga. L. Rev.*, vol. 26, 1992, p. 703, donde precisa que "el gran experimento de la *strict liability* ha fracasado".

<sup>64</sup> Schwartz, G., "*Foreword: understanding products liability*", en *Cal. L. Rev.*, vol. 67, 1979, p. 435 ss.

<sup>65</sup> Una evolución similar, en el sentido de una aproximación hacia la responsabilidad objetiva, se observa en el ámbito de la *negligence*. Aquí, la jurisprudencia, buscando superar las dificultades probatorias que comporta la aplicación del criterio de imputación subjetivo para las víctimas, se ha servido del principio *res ipsa loquitur* y en general de las presunciones de culpa. En este sentido, el a. hace referencia a la actual existencia de un sistema maduro de *negligence*, respecto del cual el impacto de la confrontación con el régimen de la *strict liability* resulta ser menos dramático". Cfr. Schwartz, G., *op. cit.*, p. 455ss.

<sup>61</sup> La perspectiva del análisis económico del derecho en el ámbito de los *torts* halló consenso general en los Estados Unidos hacia los años sesenta, siendo utilizada como fundamento para elaborar la teoría de la *strict products liability*. Teorías como la de la distribución de los riesgos, la internalización de los costos, la prevención de los accidentes, han sido difundidas por los autores del segundo *Restatement*, así como la propuesta de una llamada *Enterprise liability*. Con respecto al tema del análisis económico del derecho, V. la obra de Calabresi, G., "*Costo degli incidenti e responsabilità civile*", Milano, 1975. Para la teoría de la responsabilidad de empresa, V. Priest, G., "*La scoperta della responsabilità d'impresa ...*", *cit. supra* n. 56.

<sup>62</sup> American Law Institute, "*Restatement of the law of torts: Products liability*", adoptado y aprobado por, *American Law Institute Publishers*, St. Paul, Mn. 1998.

<sup>63</sup> En la aplicación del *test* previsto en el *comment i* a la citada sección 402A, es decir, aquél que se basa en las expectativas ordinarias del consumidor, las cortes se han hallado en la dificultad de determinar cuáles pueden ser consideradas las "expectativas ordinarias". Por ello, han debido recurrir al criterio del *risk-utility test*, que tradicionalmente ha sido usado para determinar la *negligence*. La insuficiencia de un parámetro de evaluación puro, como la declaración de parte de las cortes del primero de los *tests* señalados, ha conducido

armonización de las teorías de los *torts* y *contracts*. La primera de estas teorías, construida sobre la base de la *negligence*, se haya reforzada por la segunda, la que en cambio halla apoyo en el instituto de la *warranty*. No casualmente se ha afirmado que la teoría de la *strict products liability* pueda ser explicada como una síntesis entre la *negligence* y la *warranty*<sup>66</sup>.

### 7. LA REGLA DE RESPONSABILIDAD A LA LUZ DEL RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: PRODUCTS LIABILITY(1997)<sup>67</sup>

La evolución interpretativa que ha tenido la regla de la *strict liability*, como se ha puesto en evidencia precedentemente, ha revelado una tendencia hacia la consolidación de una regla temperada de responsabilidad objetiva del productor. Proceso que ha hallado viabilidad gracias a la conciencia de parte de la jurisprudencia y de la doctrina norteamericanas respecto al hecho que la noción de defecto no es una sola o mejor dicho, que no se pueden aplicar los mismos criterios de evaluación a todos los tipos de defectos. La naturaleza compleja de los llamados *defectos de diseño* como la de los *defectos de información* ha demandado de los jueces una acuciosa evaluación de las circunstancias del caso concreto, no obstante la simplicidad del juicio que parece comportar la regla de la *strict liability*.

Los Profesores Henderson y Twerski<sup>68</sup>, autores del actual *Restatement Third of Torts: Products liability*, han explicado que existe consenso en la dirección tomada por las cortes norteamericanas en el sentido de adoptar un *standard* general de evaluación en los casos de *defectos de diseño*, los que representan constituir el área más controvertida de la *products liability*. Las aseveraciones de los mencionados juristas halla fundamento en la investigación realizada sobre las orientaciones jurisprudenciales asumidas por las cortes estadounidenses de cinco Estados más representativos del *case law* norteamericano: Michigan, maryland, Colorado, Pennsylvania y California.

El examen en referencia permite a los juristas nor-

<sup>67</sup> American Law Institute, "Restatement of the law of torts: Products liability", adoptado y aprobado por, American Law Institute Publishers, St. Paul, Mn. 1998.

<sup>68</sup> Henderson - Twerski, "Achieving consensus on defective product design", en *Cornell L. Rev.*, vol. 83, 1998, p. 867.

teamericanos alcanzar las siguientes conclusiones: cuando las circunstancias del caso permiten a los jueces inferir la existencia del defecto en el producto, éstos no consideran necesario construir un *standard* o un parámetro general de evaluación. Cuando el llamado *defecto de diseño* resulta fácilmente acreditado, sea porque los jueces cuentan con un parámetro de evaluación delineado por disposiciones administrativas o legales en general, o sea que pueden basarse en los criterios ofrecidos por el mismo mercado, es entonces que las cortes aplican la teoría del *res ipsa loquitur* a los fines de determinar la existencia del defecto. En cambio, en los casos típicos de defectos de diseño, es decir, cuando los jueces se hallan frente al deber de crear un *standard* de evaluación, es entonces que aplican el llamado *risk-utility test*, parámetro éste, del cual se ha servido la doctrina de la *negligence* a los fines de hacer posible su determinación<sup>69</sup>, conforme se ha referido anteriormente. En la aplicación de dicho *test* ha prevalecido la tendencia según la cual, se pide a la víctima la prueba de la existencia de un diseño alternativo razonable (*reasonable alternative design*)<sup>70</sup>. Se ha afir-

<sup>69</sup> Sobre la teoría della *negligence* en el derecho norteamericano, se vea: Posner, R., "A theory of negligence", en *J. of Leg. Stud.*, vol. 1, 1972, p. 29 ss.

<sup>70</sup> Según cuanto se puede desprender de las orientaciones de la jurisprudencia norteamericana, el llamado *risk-utility test* ha sido prevalentemente aplicado para establecer la existencia de un defecto de diseño. Este criterio de evaluación ha sido considerado como aquél que mejor se adecúa a la compleja naturaleza de ese tipo de defectos. De este modo, el balance de los costos y beneficios en la reducción de los riesgos derivados del producto, permite al juez definir un modelo de diseño razonablemente seguro.

Henderson e Twerski explican que dicho *standard* de evaluación puede ser considerado en algunos casos en sentido lato, mientras que en otros, en sentido estricto. El *standard* permite establecer la existencia del defecto en sentido lato, chiedendosi se una persona ragionevole metterebbe in circolazione il prodotto, progettato come il prodotto del convenuto, che ha cagionato il danno alla vittima. In senso stretto, lo *standard* cerca di determinare come persona ragionevole progetterebbe il prodotto nel modo più sicuro al fine di ridurre e prevenire il danno. Si noti che la variante in senso lato del *risk-utility test*, trova difettoso un prodotto sulla base del giudizio di una persona ragionevole, anche quando non esista un modello alternativo. La variante stretta, invece, esige dalla vittima la prova dell'esistenza di un modello alternativo in funzione del quale si possa effettuare il bilanciamento dei rischi e dei benefici. Quest'ultima variante è stata quella accolta in prevalenza dalla dottrina nordamericana. Cfr. Henderson - Twerski, "Closing the American products liability frontier ...", *cit.*, p. 1305.

mado, en realidad, que la ventaja de circunscribir la decisión judicial sobre la base de la prueba, ofrecida por la víctima del daño, referida al modelo alternativo que razonablemente puede haber sido utilizado por el productor, descansa en el hecho de disminuir el nivel de incerteza que caracteriza a los llamados *defectos de diseño*. En ese modo no se perjudica el normal despliegue consumista del mercado, circunstancia que garantiza una óptima operatividad del *risk-utility test*.

El *Restatement (third) of torts: Products liability*<sup>71</sup> refleja el estado actual alcanzado por la jurisprudencia norteamericana, acogiendo de consecuencia, una regla atemperada de responsabilidad objetiva del productor, estructurada sobre la base de la noción del 'defecto' del producto. El Prof. Owen, renombrado exponente de la doctrina norteamericana en esta materia, ha señalado que "*si la moderna responsabilidad derivada de producto debe ser distinguida por*

*medio de la atribución de un color determinado, dicho color debe ser el gris*". El jurista destaca el hecho que, a diferencia de cuanto ha sido la orientación precedente del desarrollo de la *products liability*, en el sentido que las cortes y la legislación han adoptado preferentemente posiciones extremas con respecto a la atribución de responsabilidad, en los últimos años en cambio, se asiste a una evolución hacia una posición de centro y de compromiso, lejos de los perfiles absolutistas. No obstante que el estado de la *American products liability* sea como el que se ha referido, el citado jurista deja traslucir ciertas dudas sobre cuán positivo pueda representar la tonalidad gris alcanzada por el desarrollo de la responsabilidad derivada de producto<sup>72</sup>.

Las primeras tres secciones del *Restatement* contienen las reglas fundamentales sobre las teorías del defecto y de la prueba que se aplican a la mayor parte de los casos de responsabilidad del productor. La primera sección contempla el principio general de la moderna responsabilidad derivada de producto, según la cual, una empresa responde del daño generado por el defecto de los productos que ha puesto en circulación:

S 1. Liability of commercial seller or distributor for harm caused by defective products.

One engaged in the business of selling or otherwise distributing products who sells or distributes a defective product is subject to liability for harm to persons or property caused by the defect.

Como la regla general funda la responsabilidad en el defecto del producto, ella deber ser leída necesariamente junto a la sección 2, la cual, al acoger expresamente la clásica división en tres tipos de defectos, define los *standards* de evaluación que permiten individualizar la existencia de un defecto. En este modo, el tercer *Restatement* marca la separación en relación a la sección 402A del segundo *Restatement* (1965). Este último, en realidad, contenía una

<sup>71</sup> El tercer *Restatement of torts: Products liability* fue aprobado por el *American Law Institute* en el año 1997 y publicado en 1998. Se halla dividido en cuatro capítulos, cada uno conteniendo diversas secciones. El primer capítulo constituye la parte fundamental del *Restatement* porque en el primer punto titulado "*Liability rules applicable to products generally*", se da forma a la regla de responsabilidad y además, allí son definidos los *standards* de evaluación para cada tipo de defecto, así como los métodos de prueba. Las primeras dos secciones contienen los principios que fundan la responsabilidad civil, estructurados sobre la base del concepto de defecto, aplicables en general a todos los productos. La sección 3 prevé la doctrina de la prueba circunstancial, similar a la que implica la *res ipsa loquitur*. A través de esa doctrina se llega a establecer el defecto del producto, si de las circunstancias en que ha tenido lugar el accidente, se puede establecer que éste ha sido consecuencia del defecto del producto. La sección 4, última del mismo punto 1, describe el efecto de la conformidad o disconformidad del producto a los *standards* administrativos de seguridad. Las secciones 5 a 8, establecen los principios de responsabilidad de los vendedores de productos de categorías especiales: componentes, productos farmacéuticos, productos alimenticios y productos usados. Las secciones 9 a 14 prevén una serie de deberes especiales a cargo del productor: *misrepresentation*, deberes post-venta de información y retiro del producto del mercado y responsabilidad de la empresa sucesora. Las secciones 15 a 18 contienen las reglas de causalidad y las causas de exclusión de responsabilidad (*affirmative defenses*) fundadas en la *misconduct* y en cláusulas de exclusión. Las secciones finales del 19 a 21, definen los términos "producto", "vendedor", y "daño". Cf. Owen, D., "*Products liability law restated*", en *S.C.L. Rev.*, vol. 49, 1998, p. 243.

<sup>72</sup> Owen, D., "*The graying of products liability law: paths taken and untaken in the new Restatement*", en *Tenn. L. Rev.*, vol. 61, 1994, p. 1242-1243.

noción genérica de defecto que se se precisaba en la expresión <<defective condition unreasonably dangerous>>, la misma que ha constituido la fuente de una considerable confusión conceptual en el plano de aplicación jurisprudencial. En cambio, el tercer *Restatement* reestructura la noción de defecto y prevé una definición para cada tipo: *defecto de fabricación*, *defecto de diseño* y *defecto de información*. Así se lee:

#### S 2. Categories of products defect

A product is defective when, at the time of sale or distribution, it contains a manufacturing defect, is defective in design, or is defective because of inadequate instructions or warnings. A product:

(a) contains a manufacturing defect when the product departs from its intended design even though all possible care was exercised in the preparation and marketing of the product;

(b) is defective in design when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the adoption of a reasonable alternative design by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the alternative design renders the product not reasonably safe;

(c) is defective because of inadequate instructions or warnings when the foreseeable risks of harm posed by the product could have been reduced or avoided by the provision of reasonable instructions or warnings by the seller or other distributor, or a predecessor in the commercial chain of distribution, and the omission of the instructions or warnings renders the product not reasonably safe.

Como se puede observar, el *Restatement* define el *standard* de responsabilidad para el caso de los *defectos de fabricación* según el esquema de la *strict liability* característico del derecho de los contratos<sup>73</sup>. El *standard* de evaluación es constituido por el diseño mismo al cual pertenece el producto en cuestión, aún si la fabricación y el *marketing* del producto han sido

llevados a cabo en modo diligente. Aunque sólo un reducido sector de las cortes norteamericanas utilizan dicho parámetro de comparación en modo explícito, la generalidad de ellas lo hace implícitamente, a través del uso del adjetivo ‘defectuoso’, siempre en el caso de este tipo de defectos.

En realidad, el tercer *Restatement* ha previsto un nítido régimen de *strict liability* sólo para el caso de los llamados *manufacturing defects*. De este modo ha sido acogida una línea jurisprudencial uniforme, la cual ha destacado los intereses y las expectativas de los consumidores con respecto a la seguridad de un producto: expectativas que se inspiran en principios filosóficos de libertad. Dicha línea se adecúa a las llamadas *policies* que se hallan a la base de la *strict liability*<sup>74</sup>.

En relación a los llamados *defectos de diseño* y a los *defectos de información*, el último *Restatement* se aparta de los términos tradicionales de la *strict liability* y de la *negligence*. En realidad, como se desprende de la parte concerniente del texto *ut supra*, el *standard* de evaluación del defecto se halla constituido por la existencia de un <<reasonable alternative>> *design* o *warning*. Dicho *standard* ha sido elegido por los autores del tercer *Restatement*, como una forma de adecuación funcional del más general *risk-utility test*<sup>75</sup>. Como se ha precisado en líneas precedentes, la jurisprudencia ha subrayado que, a los efectos de la determinación de los *defectos de diseño* y los de *información*, se requiere, en razón de su complejidad, una evaluación que proceda al balance de los costos

<sup>73</sup> Owen, D., “Defectiveness restated: Exploding the strict products liability myth”, en *U. Ill.L. Rev.*, p. 750 ss.

<sup>74</sup> Entre los objetivos que se busca alcanzar mediante la atribución de una responsabilidad sin culpa en el caso de los daños derivados de defectos de fabricación, se considera el de constituir un incentivo a la fabricación de productos más seguros. Objetivo que no siempre es posible lograr a través de un régimen que se sustenta en el principio de la culpa, en el cual, es posible que el productor pueda fácilmente liberarse de responsabilidad. Uno de los argumentos más difundidos lo constituye aquél que considera al productor el sujeto que se encuentra en la mejor condición, respecto de los consumidores, para asegurarse contra los riesgos de sus productos. Owen, D., “The moral foundations of products liability law: Toward first principles”, en *Notre Dame L. Rev.*, vol. 68, 1993, p. 427 ss.

<sup>75</sup> *V. supra*, n. 70.

y beneficios del riesgo del producto<sup>76</sup>. Ciertamente, este proceso se diferencia de aquél que se sigue en la determinación del *defecto de fabricación*, cuya determinación, en cambio, puede hacerse a través de la simple aplicación del parámetro de las ‘expectativas del consumidor ordinario’, el cual se funda en una matriz contractual. En efecto, en este proceso de evaluación, las ‘expectativas del consumidor’, las que a la luz del segundo *Restatement* constituían el único parámetro de determinación del defecto, son consideradas solamente como uno de los elementos que se deben considerar en el examen bajo el llamado *risk-utility test*<sup>77</sup>.

El recorrido que ha forjado la jurisprudencia norteamericana enseña que, desde cuando se introduce el régimen de la *strict liability*, las cortes, en sus esfuerzos de aplicarlo a cualquier caso de defecto del producto, si bien expresaron sus resoluciones en términos de una responsabilidad objetiva, sin embargo, los principios que regían sus razonamientos eran los de la *negligence*<sup>78</sup>. El resultado de dicha evolución ha sido que la *American products liability* se coloca en un espacio que toma del terreno de la *negligence* y del de la *strict liability*.

<sup>76</sup> Las cortes norteamericanas han aplicado el llamado *risk-utility test* a los fines de la determinación del defecto de diseño, es decir, el criterio que ha sido tradicionalmente utilizado en ámbito de la *negligence*. Gracias a ese criterio ha sido posible determinar cuándo los riesgos del producto son excesivos o bien, aceptables. En algunos casos, las cortes han procedido a balancear los costos y los beneficios de la elección operada por el productor mismo para alcanzar el nivel de seguridad requerido por la víctima, a fines de establecer si el producto era “razonablemente seguro”. Para un estudio detallado sobre el llamado *risk-utility test* y sobre cómo ha sido aplicado por las diversas jurisdicciones norteamericanas, Cfr. Owen, D., “*Toward a proper test for design defectiveness: Micro-balancing costs and benefits*”, en *Tex. L. Rev.*, vol. 75, 1997, p. 1661.

<sup>77</sup> En efecto, como se desprende de los *comments* a la sección 2 del tercer *Restatement*, sólo el *risk-utility test* es aplicado con respecto a los llamados *design defects*. Aunque si el mismo *test* es igualmente aplicado a los llamados *warning defects*, en algunos casos resulta sin embargo, necesario tener presente las ‘expectativas del consumidor’. Cfr. *comment f*) a la sección 2 del citado *Restatement*.

<sup>78</sup> La divergencia entre una calificada como “doctrina ilusoria de *strict liability*” y los actuales principios de responsabilidad del productor, es ampliamente ilustrada por Owen, D., “*The fault pit*”, in *Ga. L. Rev.*, p. 703 ss.

El tercer *Restatement*, como se desprende del texto citado *ut supra*, ha previsto que en los casos de los *defectos de diseño* y en los de *información*, la responsabilidad sea determinada en función del comportamiento <<razonable>> del productor en la elaboración de un producto más seguro. En otras palabras, el concepto del llamado ‘*reasonable alternative design*’ se halla en el alma del nuevo *Restatement*.

Es evidente que la inclusión de los criterios de la <<razonabilidad>> y de la <<previsibilidad>> de los riesgos, que aparece en la definición de los tipos de defectos, como se lee del párrafo *ut supra*, revela que la naturaleza misma de tales defectos requiere una evaluación a la luz del criterio de la *negligence*. Ello ciertamente, sin perjuicio de tener presente que, según la evolución de este *standard* de evaluación, actualmente el criterio de la *negligence* debe entenderse como un ‘sistema maduro’, para usar la expresión del jurista Schwartz. Es decir, un sistema que no se halla más limitado por la vieja doctrina de la ‘*privity of contract*’, sino que a los fines de facilitar la carga de la prueba es aplicado de acuerdo al principio del *res ipsa loquitur*<sup>79</sup>.

En este sentido, el Prof. Owen<sup>80</sup> ha puesto de relieve la clara separación operada en el tercer *Restatement*, en el caso de los *defectos de diseño*, respecto del explícito *strict standard* previsto en la sección 402A del segundo *Restatement* y que fuera difundido rápidamente por un amplio sector de la jurisprudencia norteamericana en el lapso de tres décadas. A este propósito, el Prof. Owen subraya que en el último *Restatement* los principios que fundan la responsabilidad derivada de producto en los casos de *defectos de diseño* y en los de *defectos de información*, son aquéllos pertenecientes a la *negligence*<sup>81</sup>. Aclarando su pensamiento, el jurista precisa que si la parte correspondiente del *Restatement* es leída siguiendo la

<sup>79</sup> La noción “madura” de la *negligence* es aquélla que se debe tener presente a los efectos de una comparación con un sistema igualmente “maduro” de la *strict liability*. Cfr. Schwartz, G., “*Foreword: Understanding products liability ...*”, *cit.*, p. 455.

<sup>80</sup> Owen, D., “*Products liability law restated*”, *cit.*, p. 285.

<sup>81</sup> La diferencia entre los principios aplicables en la responsabilidad derivada de producto según la tipología de los defectos, da luz el *comment a*) a la sección 1 del tercer *Restatement*.

forma verbal de la voz activa, dicho texto parecería ser como sigue:

*“Un producto es defectuoso si el vendedor se hallaba en grado de reducir los riesgos previsibles adoptando un diseño alternativo razonable (o la información si es el caso), cuya omisión convierte al producto en uno irrazonablemente inseguro”.*

En los comentarios (conocidos como *comments*)<sup>82</sup> al tercer *Restatement* se explica que los objetivos de la responsabilidad en los casos de los defectos en cuestión, son en líneas generales, los mismos a aquéllos perseguidos conforme al criterio de la *negligence*<sup>83</sup>. Así se precisa que en esos casos, el *standard* de responsabilidad trata de crear los incentivos necesarios para que los productores alcancen niveles óptimos de seguridad en el diseño y en el *marketing* de los productos. En realidad, la exigencia del nuevo *Restatement* en la elaboración de un producto <<razonablemente>> seguro, significa que el fabricante no se halla obligado a un nivel máximo de seguridad, sino a aquel nivel que es razonablemente alcanzable: en la medida en que exista un modelo alternativo razonable que se pueda tener como referencia. A diferencia de los *defectos de fabricación*, que pueden ser determinados mediante su comparación con el *standard* creado por el propio productor, los *defectos de diseño* y los de *información* requieren se proceda a un balance de los costos y beneficios a fines de establecer la aceptabilidad del riesgo del producto, en razón de lo cual se puede afirmar que: “los productos no son genéricamente defectuosos sólo por el hecho de ser peligrosos”. Para este último tipo de defectos no basta el *standard* de las expectativas del consumidor, puesto que serían mucho más difícil de determinar que el caso del *defecto de fabricación*<sup>84</sup>.

Un tema que ha dividido la doctrina y la jurisprudencia norteamericana desde cuando ha sido aco-

gida oficialmente la doctrina de a *strict liability*, es el relativo a los llamados “riesgos imprevisibles”. La materia ha sido mayormente difundida bajo la denominación de ‘*undiscoverable dangers*’ o bien, como el problema de la posibilidad de descubrir el riesgo, cuestión atinente al problema del llamado *state of art defense*. Sobre este tema, el tercer *Restatement*<sup>85</sup> precluye cualquier discusión sobre la atribución de la responsabilidad en los casos de riesgos imprevisibles. En efecto, establece explícitamente una limitación a la responsabilidad del productor relativa a dicho tipo de riesgos. De este modo se acoge una tendencia jurisprudencial que nace hacia la mitad de los años ochenta<sup>86</sup>, según la cual, un sistema de responsabilidad justo y eficiente requiere que, el balance de los riesgos y beneficios en la determinación de la existencia del defecto de diseño y de información, se lleve a cabo teniendo en cuenta el conocimiento que se tiene de los riesgos y de las técnicas para evitarlos al momento de la distribución del producto.

## CONCLUSIÓN

Aún si el tercer *Restatement* consagra un régimen de *strict liability*, vale destacar el que haya contemplado claramente la división clásica de los defectos, la que en cambio, no había sido prevista por el segundo *Restatement*. El reconocimiento de la diversidad de los defectos ha permitido que una pura *strict liability*

<sup>82</sup> V. la sección 2 del tercer *Restatement* citado *ut supra* en el texto.

<sup>83</sup> Una sentencia famosa emanada de la Corte del Estado de New Jersey que puso en relieve la imposición de la *strict liability* a cualquiera que fuese el tipo de riesgo del producto, es decir, también a los riesgos imprevisibles, ha sido la que decidió el caso *Beshada v. Johns-Manville Products Corp.*, *cit.*, n. 46. Dicha sentencia, sin embargo, no ha generado una línea jurisprudencial. En efecto, sucesivamente, fueron famosas dos sentencias que superaron la decisión en *Beshada*. Una es representada por la sentencia que decide el caso *Feldman v. Lederle Lab.* (1984), la que limita los efectos de la decisión del caso *Beshada* solamente a sus hechos. V. *sent. cit.*, n. 48. La otra sentencia, corresponde al caso *Brown v. Superior Court*, 751, P.2d 470 (Cal. 1988). Ambas sentencias reprueban la injusticia que constituye el hecho de imputar la responsabilidad al fabricante de productos farmacéuticos por riesgos que no podían ser previstos al momento de la introducción del producto en el mercado.

<sup>82</sup> Así en los *comments* a), e) e o) a la sección 2 del tercer *Restatement*.

<sup>83</sup> Sobre los principios que justifican el *standard* de la *negligence* dominando así el derecho de los *torts*, Cfr. Owen, D., “*The moral foundations of Products liability law...*”, *cit.*, p. 427 ss.

<sup>84</sup> En el defecto de fabricación, el *standard* de evaluación se halla determinado por la elección del productor en el diseño mismo del producto.

fuera atribuida al productor en los casos de *defectos de fabricación*, mientras que para los *defectos de diseño* y los de *información*, el régimen de *strict liability* fuese tal sólo porque ha sido estructurado en términos de defecto del producto. Éste último es el presupuesto que se haya en la base del régimen de la *strict liability*, pero en la previsión de cómo son determinados dichos defectos (Letra b y c de la sección 2 relativa a las categorías de defectos), han sido contemplados expresamente los principios que atañen a la *negligence*, como la “razonabilidad” y la “previsibilidad” de los riesgos.

Ciertamente, el tercer *Restatement* ha acogido la orientación de la jurisprudencia en esta materia, pero puede señalarse que ha incurrido en el error de continuar calificando la responsabilidad, con respecto a los últimos defectos contemplados (*diseño e información*) como una *strict liability*, mientras sustancialmente en dichos casos de defectos se está frente a una responsabilidad por *negligence*. Significativa a este respecto es la metáfora utilizada por Owen <<calling a pig a mule>><sup>87</sup> para explicar cómo la jurisprudencia norteamericana, y actualmente el nuevo *Restatement*, se valen de expresiones que no corresponden al concepto que se quiere transmitir.

Se tendrá que esperar un ulterior desarrollo de la jurisprudencia norteamericana para asegurarse que la confusión suscitada en el pasado en torno a la imprecisión de los términos de la sección 402A del segundo *Restatement* pueda en cierta medida, considerarse resuelta. Ello, claro está, sin perjuicio del mérito que se reconoce al resultado obtenido, por parte de quienes han participado en la elaboración del último *Restatement of torts: Products liability*. Trabajo que constituye un aporte significativo en el estudio y en el desarrollo de la responsabilidad del productor, no sólo en sede norteamericana sino también como instrumento de estudio a nivel de derecho comparado.

### BIBLIOGRAFÍA

American Law Institute, “Restatement of the law of torts: Products liability”, adaptado y aprobado

<sup>87</sup> Owen, D., “Defectiveness restated ...”, *cit.*, p. 749.

por, American Law Institute Publishers, St. Paul, Mn. 1998

BESSONE, M., “Contratti di adesione e natura “ideologica” del principio di libertà contrattuale”, en *Saggi di diritto civile*, Milano, 1979.

BIRBAUM, Sh., “Unmasking the test for design defect: from negligence [to warranty] to strict liability to negligence”, en *Vand. L. Rev.*, vol. 30, 1980.

FLEMING, J., *The law of torts*, Sidney, 1965.

HENDERSON, J. Jr. - Eisemberg, Th., “The quiet revolution in products liability”, en *Anglo-American L. Rev.*, vol. 20, 1991.

HENDERSON, J. Jr. - Twerski, A., *Products liability problems and process*, Little, Brown & Co., Boston e Toronto, 1987.

KEETON, P., “Product liability and the meaning of defect”, en *St. Mary’s L. J.*, vol. 30, 1973.

KESSLER, F., “Products liability”, en *Yale L. J.*, vol. 76, 1967.

OWEN, D., “The graying of products liability law: paths taken and untaken in the new Restatement”, en *Tenn. L. Rev.*, vol. 61, 1994.

PRIEST, G., “Strict products liability: the original intent”, en *Cardozo L. Rev.*, vol. 10, 1989.

PROSSER, W., “The implied warranty of merchantable quality”, en *Minn. L. Rev.*, vol. 117, 1943.

STAPLETON, J., “Duty of care and economic loss: a wider agenda”, en *LQR*, vol. 107, 1991.

STAPLETON, J., *Product liability*, Butterworths, 1994.

SCHWARTZ, G., “The character of early American tort law”, en *UCLA L. Rev.*, vol. 36, 1989.

WADE, J., “On product design defects and their actionability”, en *Vand. L. Rev.*, vol. 33, 1980.

WINTERBOTTOM v. WRIGHT (1842) 10 M&W 109; 152 ER 402, 404. V. Palmer "Why privity entered tort -An historical re-examination of Winterbottom v. Wright", en Am J. L. H, vol. 27, 1983

### **Jurisprudencia**

ALLER v. Rodgers Mach. MFG. Co., 268 N.W. 2d 830 (Iowa 1978)

BARKER v. Lull Eng'g Co., 20 Cal. 3d 413, 425, 573 P.2d 443, 451, 143 Cal. Rptr. 225, 233 (1978).

BESHADA v. Johns-Manville Prod. Corp., 90 N.J. 191, 207, 447 A.2d 539 (1982).

CEPEDA v. Cumberland Eng'g Co., 76 N.J. 152, 386 A.2d 816 (1978) Corte Suprema de New Jersey

CHRISTOFFERSON v. Kaiser Found. Hospitals, 15 Cal. App. 3d 75, 92 Cal. Rptr. 825 (1971).

CRONIN v. J.B.E. Olson Corp., 8 Cal. 3d 121, 501 P.2d 1153, 104 Cal. Rptr. 433 (1972).

Estate of Ryder v. Kelly-Sprienfield Tire Co., 91 Wash. 2d 111, 587 P.2d 160 (1978)

GARRET v. Nissen Corp., 84 N.M. 16, 498 P. 2d 1359 (1972);

PHILLIPS v. Kimwood Machine Co., 269 Or. 485, 492, 525 P.2d 1033, 1036 (1974)

PRIDGETT v. Jackson Iron & Metal Co., 253 So. 2d 837 (Miss. 1971).

Seattle-First Nat'l Bank v. Tabert, 86 Wash. 2d 145, 542 P. 2d 774 (1975),.

Turner v. general Motors Corp., 584 S.W. 2d 844 (Tex. 1979)

Young v. Tide Craft, Inc., 270 S.C. 453, 472, 242 S.E. 2d 671, 680 (1978)