



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

La regulación de la responsabilidad por productos defectuosos en el Código de Defensa y Protección del Consumidor, un falso problema

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Derecho Civil y Comercial

AUTOR

Carlos Alberto Elías ZAMUDIO ESPINAL

ASESOR

Juan Alejandro ESPINOZA ESPINOZA

Lima, Perú

2022



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Zamudio, C. (2022). *La regulación de la responsabilidad por productos defectuosos en el Código de Defensa y Protección del Consumidor, un falso problema*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

| Datos de autor | |
|----------------------------------|---|
| Nombres y apellidos | Carlos Alberto Elías Zamudio Espinal |
| Tipo de documento de identidad | DNI |
| Número de documento de identidad | 10537089 |
| URL de ORCID | https://orcid.org/0000-0002-7388-7701 |
| Datos de asesor | |
| Nombres y apellidos | Juan Alejandro Espinoza Espinoza |
| Tipo de documento de identidad | DNI |
| Número de documento de identidad | 07018991 |
| URL de ORCID | https://orcid.org/0000-0002-6681-4571 |
| Datos del jurado | |
| Presidente del jurado | |
| Nombres y apellidos | Dr. José Alberto Retamozo Linares |
| Tipo de documento | DNI |
| Número de documento de identidad | 06075892 |
| Miembro del jurado 1 | |
| Nombres y apellidos | Mg. Carlos Alejandro Cornejo Guerrero |
| Tipo de documento | DNI |
| Número de documento de identidad | 06204372 |
| Miembro del jurado 2 | |
| Nombres y apellidos | Dr. Julio Baltazar Durand Carrión |
| Tipo de documento | DNI |
| Número de documento de identidad | 06726360 |
| Miembro del jurado 3 | |
| Nombres y apellidos | Dr. Henry Oleff Carhuatocto Sandoval |
| Tipo de documento | DNI |

| | |
|--|---|
| Número de documento de identidad | 25794770 |
| Datos de investigación | |
| Línea de investigación | E.1.1.8. Responsabilidad Civil |
| Grupo de investigación | No aplica. |
| Agencia de financiamiento | Sin financiamiento. |
| Ubicación geográfica de la investigación | Edificio: Universidad Nacional Mayor de San Marcos País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Lima Latitud: -7.0787100 Longitud: -76.7425500 |
| Año o rango de años en que se realizó la investigación | Mayo 2017 – Julio 2021 |
| URL de disciplinas OCDE | Derecho https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01 |



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

En la ciudad de Lima, a los cinco días del mes de abril del año dos mil veintidós, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. José Alberto Retamozo Linares y con la asistencia de los Profesores Dr. Juan Alejandro Espinoza Espinoza, Mg. Carlos Alejandro Cornejo Guerrero, Dr. Julio Baltazar Durand Carrión, Dr. Henry Oleff Carhuatocto Sandoval y el postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial, Bachiller don **Carlos Alberto Elías ZAMUDIO ESPINAL**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **“LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EL CÓDIGO DE DEFENSA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR, UN FALSO PROBLEMA”**,

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

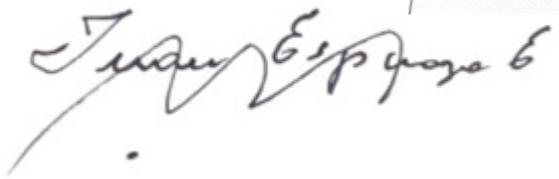
Aprobado con la calificación de bueno con nota de dieciséis (16)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Derecho Civil y Comercial al Bachiller en Derecho don **Carlos Alberto Elías ZAMUDIO ESPINAL**.

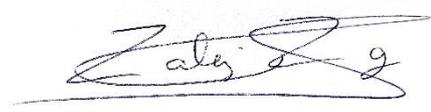
Se extiende la presente acta en dos originales y siendo las diecisiete horas con cincuenta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.



Dr. José Alberto RETAMOZO LINARES
Presidente
Profesor Principal



Dr. Juan Alejandro ESPINOZA ESPINOZA
Asesor
Profesor Principal



Mg. Carlos Alejandro CORNEJO GUERRERO
Jurado Informante
Profesor Principal



Dr. Julio Baltazar DURAND CARRIÓN
Jurado Informante
Profesor Contratado



Dr. Henry Oleff CARHUATOCTO SANDOVAL
Miembro
Profesor Contratado

LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS EN EL CÓDIGO DE DEFENSA Y PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR, UN FALSO PROBLEMA

Índice

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I. METODOLOGÍA DE TRABAJO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA:

1. 1 Presentación del tema y del problema

1. 2 Formulación del Problema

1. 3 Justificación de la Investigación

1. 4. Objetivos de la Investigación

1. 4. 1. Objetivo General

1. 4. 2. Objetivos Específicos

2. Estado de la Cuestión

2.1 Antecedentes del problema

2.2 Estado de la cuestión

3. Objetivo: Propuesta de Solución

4. Metodología

4.1 Tipo y Diseño de Investigación

CAPÍTULO II. LOS ORÍGENES DE LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR

CAPÍTULO III. LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR EN ESTADOS UNIDOS

3.1 *The Restatement Second of Torts*

3.2 *The Restatement Third of Torts*

3.3 El Estado del Arte

3.3.1 Tipos del Estado del Arte

3.3.1.1 Las Prácticas de la industria

3.3.1.2 La Regulación Estatal

3.3.1.3 La practicidad o funcionalidad del modelo (*feasibility*)

3.3.1.4 El Riesgo de desarrollo

3.3.2 Los Fundamentos del estado del arte

3.3.3 Critica al estado del arte como supuesto de exoneración de responsabilidad

Capítulo IV. LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR EN LA COMUNIDAD EUROPEA

4.1 La Directiva 85/374/CEE

4.2 La responsabilidad por productos defectuosos en Francia

4.3 La responsabilidad por productos defectuosos en Alemania

Capítulo V. LA RESPONSABILIDAD DEL PRODUCTOR EN EL PERÚ

5.1 De la contradictoria e incoherente regulación de la responsabilidad del productor a nivel legislativo

5.2 El falso problema de la regulación de la responsabilidad del productor

5.2.1 La teoría del riesgo

5.2.1.1 La teoría del Riesgo Beneficio

5.2.1.2 La teoría del Riesgo Creado

5.3 Críticas a la teoría del riesgo

5.4 La teoría de la Exposición al peligro (*Gefährdungshaftung*)

5.5 Jurisprudencia del Poder Judicial

CONCLUSIONES

RECOMENDACIÓN

BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

La responsabilidad por productos defectuosos es un tópico que incide directamente sobre la salud, la vida y el patrimonio de las personas, siendo que resulta necesario analizar si la ha sido correctamente regulada en el Perú.

Bajo esa perspectiva, la presente tesis se orienta a examinar si era necesaria la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos que se hizo en el Código de Defensa y Protección del Consumidor, siendo que se concluyó que no era menester regularla, pues el artículo 1970 del Código Civil (responsabilidad por exposición al peligro) ya abarca este tipo de responsabilidad.

Asimismo, se concluyó que la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos en el Código de Defensa y Protección del Consumidor es contradictoria e incoherente, de modo que deja en indefensión a las personas, por lo que es necesaria la abrogación parcial de esta regulación, dejando vigente solo aquella que remite al artículo 1970 del Código Civil.

PALABRAS CLAVES: PRODUCTO DEFECTUOSO, CONTRADICCIÓN, INCOHERENCIA, INDEFENSIÓN, RESPONSABILIDAD POR EXPOSICIÓN AL PELIGRO.

ABSTRACT

Product liability is a topic that directly falls on the health, life and asset, this is the reason because is necessary to know if it was well regulated in Perú.

Under this premise, the present thesis wants to examine if was necessary to regulate product liability in the Consumer Protection and Defense Code, but the conclusion of this thesis is that it was not necessary, because the article 1970 of Civil Code (liability for endargement) already covers this type of liability.

Likewise, another conclusion of this thesis is the regulation of product liability in the Consumer Protection and Defense Code is contradictory and incoherent, which leave without defense people, that is the reason because in necessary the partial abrogation of this regulation and leave only one that send to article 1970 of Civil Code.

KEYWORDS: DEFECT PRODUCT, CONTRADICTION, INCOHERENT, WITHOUT DEFENSE, LIABILITY FOR ENDARGEMENT

INTRODUCCIÓN

La Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante, el Código de Consumo), ha legislado en el ordenamiento jurídico peruano la responsabilidad del proveedor en materia de productos defectuosos, asignándole el régimen de responsabilidad objetiva conforme a los parámetros establecidos en el artículo 1970 del Código Civil.

Sobre el particular, es necesario señalar que el hecho de que la responsabilidad del fabricante se encuentre regulada en el Código de Consumo no hace a este tipo de responsabilidad un tema del ámbito administrativo, sino que únicamente por una decisión del legislador se ha recogido en dicho cuerpo normativo, lo cual no excluye su carácter netamente civilístico.

Un aspecto realmente positivo de la ubicación de la responsabilidad por producto defectuoso en el Código de Consumo es que destaca, precisamente, la situación de indefensión de los consumidores y/o usuarios (y, en general, de cualquier persona) frente a los productores, comerciantes o proveedores, es decir, frente a los que son miembros de la cadena comercial de distribución de los bienes.

Al respecto, el Código de Consumo señala como uno de sus principios rectores el de “corrección de la asimetría”, el cual establece que las normas de protección al consumidor buscan corregir las distorsiones o malas prácticas generadas por la asimetría informativa o la «situación de desequilibrio» que se presente entre los proveedores y los consumidores.

No sé si los legisladores fueron conscientes de lo que se encontraban regulando a través de lo que denominaron «situación de desequilibrio», el cual es de por sí es una cláusula general mucha más amplia que la

“asimetría informativa”, la cual se centra solo en el mero aspecto económico del mercado y no abarca todas las posibles situaciones de desventaja de las personas, consumidores y/o usuarios frente a los proveedores (productores, comercializadores, minoristas, mayoristas, entre otros).

En efecto, el consumidor se encuentra expuesto a los comportamientos y actividades de los proveedores, de allí que se le considere un sujeto necesitado de tutela. Al respecto, el profesor francés François Chabas afirma lo siguiente¹:

*¿Realiza una acción de iconoclasta quien denuncia un derecho “estrecho” del consumo como un derecho de clase? La ola transatlántica que nos lo ha traído no es, en sí, más que la consecuencia del azar y del talento de un abogado. Pero lo que ha arrojado a nuestras playas no es más que un objeto deforme y mal acabado. El derecho de la protección del consumidor deberá ceder su lugar al derecho de la protección del débil. **Del débil desde el punto de vista económico, intelectual y jurídico...**” (sic) (las negritas son nuestras)*

Y este punto de vista no pasa solo por el nivel teórico, sino también por el ámbito judicial, tal como lo señala la Corte de Apelación de Bourges:

«el consumidor medio, con relación al Código de consumo, no puede ser considerado como el hombre activo, instruido, diligente, informado como lo es el buen padre de familia en el Código Napoleón; sino como un ser más vulnerable, al que le debe ser presentado de manera clara todos los términos del mercado y todos los riesgos a los cuales está expuesto»².

¹ Chabas, François. La Noción de Consumidor. Anuario Jurídico de la Rioja. La Rioja-España. Volúmen. 4. 1998. p. 100.

² Citado por Chazal, Jean-Pascal. Vulnérabilité et Droit de la Consommation. p. 1. En: http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal_vulnerabilite_droit_conso.pdf

Así, se señala que la vulnerabilidad del consumidor se explica por la situación de inferioridad que se encuentra frente al proveedor, siendo que dicha inferioridad se sitúa a nivel económico e intelectual³.

El profesor Friedrich Kessler indica que la vulnerabilidad se debe a factores tales como la falta de conocimiento técnico del consumidor, su incapacidad para evaluar la calidad de los bienes y su falta de oportunidad para inspeccionar el producto por el rápido flujo de las mercancías⁴.

Lo expuesto permite apreciar que la vulnerabilidad del consumidor es la razón por la cual se emiten normas jurídicas para su protección, siendo que a título de ejemplo se puede citar lo que se ha escrito para la ciudad canadiense de Quebec:

“Creada en 1971, revisada en 1978, la Ley Sobre la Protección del Consumidor (...) ha nacido de la voluntad social de establecer reglas para proteger los intereses del consumidor (...) en un contexto originado por el consumerismo de los años 60 es que ha nacido la Ley Sobre la Protección del Consumidor, como reacción a los problemas causados por la vulnerabilidad del consumidor frente a las prácticas comerciales cuestionables...”⁵ (sic)

Desde el punto de vista económico (asimetría informativa), se ha afirmado que basta que el consumidor este adecuadamente informado para que tome una decisión de que producto elegir, esto es, lo que se ha denominado información relevante⁶; sin embargo, la realidad demuestra que la

³ Ibid. p.4

⁴ Kessler, Friedrich. Products Liability. 1967. Faculty Scholarship Series. Paper 2640. p. 926.
En: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2640

⁵ Jézéquel, Myriam. Historique de la loi sur la protection du consommateur.
En: <http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol35/no21/historique.html>

⁶ Código de Defensa y Protección del Consumidor. Artículo 2.- Información relevante

2.1 El proveedor tiene la obligación de ofrecer al consumidor toda la información relevante para tomar una decisión o realizar una elección adecuada de

información es necesaria, mas no suficiente para proteger a los consumidores frente a las actuaciones de los proveedores, más aún si se tiene en cuenta su falta de capacidad técnica y conocimientos sobre lo que va adquirir.

En efecto, a título de ejemplo se puede señalar la regulación de las cláusulas vejatorias y las facultades contractuales discrecionales contenidos en los contratos de adhesión, el desconocimiento técnico, económico, jurídico e intelectual, es decir, la debilidad estructural del consumidor (y de cualquier persona ante la cadena de distribución). ¿Sirve de algo la información que brinden los proveedores a los consumidores si estos están ante la sujeción de celebrar o no el contrato? Piénsese en los casos de contratos de seguros y servicios bancarios; o, en el caso que un medicamento genere reacciones adversas que no eran previamente conocidas, es decir, el denominado riesgo de desarrollo, el cual implica un subsidio a la industria⁷, además que no es defendible ni moral, ni económica, ni jurídicamente⁸.

El Código de Consumo no ha sido legislado a favor de los consumidores, sino de los empresarios. El legislador –se considera que conscientemente– olvidó que el mal llamado derecho de los consumidores se originó como

consumo, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.

- 2.2 La información debe ser veraz, suficiente, de fácil comprensión, apropiada, oportuna y fácilmente accesible, debiendo ser brindada en idioma castellano.
- 2.3 Sin perjuicio de las exigencias concretas de las normas sectoriales correspondientes, para analizar la información relevante se tiene en consideración a toda aquella sin la cual no se hubiera adoptado la decisión de consumo o se hubiera efectuado en términos substancialmente distintos. Para ello se debe examinar si la información omitida desnaturaliza las condiciones en que se realizó la oferta al consumidor.
- 2.4 Al evaluarse la información, deben considerarse los problemas de confusión que generarían al consumidor el suministro de información excesiva o sumamente compleja, atendiendo a la naturaleza del producto adquirido o al servicio contratado.

⁷ Merino Acuña, Roger. Los fines de la responsabilidad civil y la retórica del desarrollo de la industria. Revista Jurídica del Perú, Tomo 107, Enero. 2010

⁸ Ver, más adelante, el acápite dedicado al Estado del Arte.

consecuencia de los abusos de los proveedores frente a sus clientes. En tal sentido, resultaba un despropósito tomar en cuenta las opiniones de estos últimos quienes constantemente vulneran los derechos de aquellos⁹.

Muestra de lo afirmado con anterioridad son la regulación de las grasas trans (artículo 36), el derecho de restitución en materia de ventas agresivas (artículo 59), la participación de los directivos de la empresa para atenuar su responsabilidad y los programas de *compliance* (artículo 112).

Asimismo, no puede soslayarse el hecho de que las empresas farmacéuticas vulneran los derechos de las personas en general, no solo de los consumidores. Así, puede apreciarse que *GlaxoSmithKline* ha sido sancionada en Argentina por probar medicamentos con niños¹⁰. Además que dicha empresa ocultó información sobre la peligrosidad de uno de sus productos¹¹:

“El gigante de la industria farmacéutica GlaxoSmithKline (GSK) ha ocultado durante 10 años que su fármaco estrella contra la diabetes, Avandia, se asocia a riesgos cardiovasculares. Los datos salieron de un estudio organizado por la propia compañía en 1999, un año antes de que el producto se pusiera a la venta, según reveló ayer The New York Times. El escándalo llega mientras las agencias del medicamento de Europa y Estados Unidos consideran la posible retirada del fármaco”.

⁹ El congresista Jorge del Castillo dijo que en la elaboración del proyecto de Código del Consumidor sí se tomó en cuenta la posición de los empresarios (<http://www.aspec.org.pe/content/view/935/9/>, consultado: 04/11/2010, 17:17 pm). La Cámara de Comercio de Lima (CCL), uno de los gremios del sector privado que participó en la elaboración del anteproyecto del Código de Consumo, criticó al Parlamento por haber **“distorsionado y desbaratado” dicho documento durante su discusión** en la Comisión Permanente, en la que fue aprobado en primera votación. (<http://peru21.pe/noticia/610653/ccl-codigo-consumo-fue-distorsionado>, consultado: 04/11/2010, 17:17 pm)

¹⁰ <http://farmacovigilancia.tv/blog/glaxosmithkline-sancionada-en-argentina-por-probar-medicamentos-con-ninos/> (información publicada el 04 de enero de 2012; página web visitada el 13 de mayo de 2013, 20:45 horas).

¹¹ http://elpais.com/diario/2010/07/14/sociedad/1279058405_850215.html (página web visitada el 13 de mayo de 2013, 20:50 horas).

He aquí que la responsabilidad por productos defectuosos resulta de vital importancia para analizar si, si quiera a nivel legislativo en nuestro ordenamiento jurídico, se cumple con la labor de proteger a las personas con la regulación establecida en el Código de Consumo o resultaba innecesaria, toda vez que no se tomó en cuenta su devenir histórico en el principal ordenamiento de la materia y nuestra propia legislación contenida en el Código Civil.

Es por ello, que a efectos de contar con un mejor entendimiento del tema resulta necesario observar cómo este tópico se ha venido desarrollando. De allí que no se pueda soslayar una mirada al principal ordenamiento jurídico como es el derecho estadounidense; un brevísimo recorrido por el derecho europeo; y, finalmente, la regulación en el Perú.

Ello permitirá entender si era necesaria la regulación de los productos defectuosos en el Perú y sí esta tiene armonía y coherencia dentro de la estructura normativa contenida en el Código de Consumo.

CAPÍTULO I. METODOLOGÍA DE TRABAJO

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. 1 Presentación del tema y del problema

La presente tesis no nació con la intención de examinar la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos, sino con una finalidad más modesta, esto es, examinar un tipo de defecto, el de diseño, en que consistía y si era aplicable en el Perú los diferentes test que existen para tal efecto.

Sin embargo, durante el desarrollo de la tesis esta fue cambiando de orientación, pues al comenzar analizar las clases de defectos y el tipo de responsabilidad vinculada a ellos perdió sentido centrarse solo en los defectos, en la medida que se observó que la responsabilidad objetiva hacía irrelevante la tipificación de los tipos de defectos.

Ello trajo como consecuencia que el análisis se fuera orientando a, y cobrando relevancia, la regulación contenida en el Código de Defensa y Protección del Consumidor. ¿Porqué se establece la responsabilidad objetiva del fabricante? Y, luego, ¿Porqué se establece una tripartición de

defectos, la cual examina la conducta del productor? Y, peor aún, ¿Qué protección reciben las personas?

Así, se observó que las normas que regulaban la responsabilidad por productos defectuosos eran contradictorias e incoherentes, establecían supuestos de responsabilidad subjetiva, pese a que señalaban que la responsabilidad que recaía sobre los fabricantes era objetiva; se aplica el test de las expectativas del consumidor para analizar todos los defectos, sin considerar que este solo fue elaborado y pensado solo para uno de ellos.

Además, se apreció que tal como está regulada la responsabilidad por productos defectuosos en el Código de Defensa y Protección del Consumidor, las personas serían conejillos de indias (*guinea pigs*) de los nuevos productos que los fabricantes comercialicen como, por ejemplo, productos farmacéuticos y estéticos, y estos no estarían sometidos a responsabilidad alguna, siendo, por el contrario, beneficiados y subvencionados a costas del perjuicio de los consumidores y usuarios.

1. 2 Formulación del Problema

La revisión de la bibliografía nacional no ha permitido encontrar autores que analicen el tema de la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos en el Código de Defensa y Protección del Consumidor.

De hecho, hay escasa bibliografía que verse sobre este tipo de responsabilidad y hasta el momento de la elaboración no se ha encontrado jurisprudencia que se pronuncie sobre el particular¹².

¹² En este punto quiero agradecer a mis amigos Luis Fernando Choque Castillo y Jimmy Ronquillo Pascual, ambos jueces que laboran en el Poder Judicial, a quienes “torturé”

En este contexto de la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos, nacieron las siguientes interrogantes, que la presente investigación pretende responder:

- (i) ¿Era necesaria la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos? O ¿Era un falso problema dicha regulación?
- (ii) ¿Qué otra normativa permite afrontar este tema? ¿El Código Civil regula este tópico? ¿Se protege a las personas con esta regulación?

1. 3 Justificación de la Investigación

Se eligió la investigación de la responsabilidad por productos defectuosos debido a la importancia que tiene sobre la salud, la vida y el patrimonio de las personas, piénsese en las reacciones adversas de los medicamentos, de los productos de belleza, entre otros.

Así, la responsabilidad por productos defectuosos implica, necesariamente, una toma de posición de protección y respeto a la salud, la vida y el patrimonio de las personas.

De modo que se considera que en virtud a los bienes jurídicos involucrados es necesario tener conocimiento claro y preciso de cómo funciona este tipo de responsabilidad.

1. 4. Objetivos de la Investigación

para que pudieran conseguir jurisprudencia al respecto, pero me comunicaron la desalentadora noticia que no habían encontrado ninguna.

1. 4. 1. Objetivo General. Consiste en tener conocimiento de como se originó la responsabilidad por productos defectuosos y cual fue el fundamento de establecer a cargo de los productores, y demás miembros de la cadena de comercialización, la responsabilidad objetiva por poner en el mercado productos que generan daños a las personas.

1. 4. 2. Objetivos Específicos. Son los siguientes:

- (i) Examinar la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos contenida en el Código de Defensa y Protección del Consumidor y el Código Civil.
- (ii) Determinar si era necesaria la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos en el Código de Defensa y Protección del Consumidor o si era un falso de problema de falta de regulación.

2. Estado de la Cuestión

2.1 Antecedentes del problema

La revisión de la bibliografía nacional no ha permitido encontrar autores que analicen el tema de la regulación de la responsabilidad por productos

defectuosos en el Código de Defensa y Protección del Consumidor. De hecho, se considera que esta es la primera investigación sobre el particular.

2.2 Estado de la cuestión

Hasta el momento de la elaboración de la presente tesis, no se ha conocido autores que hayan examinado la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos en el Código de Defensa y Protección del Consumidor y, en general, en el derecho civil peruano.

Se considera que esta tesis constituye la primera oportunidad en la cual se analiza dicha regulación.

3. Objetivo: Propuesta de Solución

El Código de Defensa y Protección del Consumidor regula la responsabilidad por productos defectuosos en los artículos 101 y 102: en el primero, se establece la responsabilidad objetiva del fabricante, remitiendo al artículo 1970 del Código Civil; en el segundo, los tipos de defectos y el análisis de los mismos a través del test de las expectativas del consumidor.

El artículo 102 del Código de Defensa y Protección del Consumidor es el que genera la contradicción e incoherencia con el artículo 101 de este código. En tal sentido, se propone la abrogación del artículo 102, lo cual permite continuar regulando este tipo de responsabilidad bajo el artículo 1970 del Código Civil y proteger adecuadamente a las personas.

4. Metodología

4.1 Tipo y Diseño de Investigación

El tipo de investigación es de carácter teórico dogmático, siendo que se han utilizado categorías provenientes del derecho estadounidense y derecho peruano, procediéndose a un análisis de la normativa peruana en función a dichas categorías.

Capítulo II. Los Orígenes de la responsabilidad del productor

En el siglo XIII, Santo Tomás de Aquino indicaba que el vendedor estaba obligado a informar los defectos ocultos de los bienes que expendía, siendo que si no cumplía con dicha obligación caía en pecado y fraude, hecho que generaba la invalidez (*void*) de la venta¹³.

Asimismo, precisaba que si el vendedor no conocía que el producto que vendía poseía defecto alguno, no se encontraba en pecado; sin embargo, debía devolver el exceso del precio pagado por el comprador por el bien defectuoso.

Finalmente, establecía que el adquirente se hacía responsable por comprar un producto con defectos obvios, preceptuando que en estos supuestos el vendedor no se encontraba obligado a informar ello¹⁴.

Se ha señalado que en épocas medievales la regulación se caracterizaba por una fuerte protección de los derechos de los consumidores, en la medida que se buscaba asegurar que los productos fueran el resultado de una gran habilidad (*good workmanship*) y estén hechos a la medida (*proper measure*)¹⁵.

¹³ Owen, David G. The Evolution of Product Liability Law. The Review of Litigation. Austin, University of Texas, School of Law Publications, Inc. United States of America. Volume N° 26. Number N° 4. 2007. p. 958.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Murphy Jr., Cornelius F. Medieval Theory and Products Liability. Boston. Boston College Law Review. Volume N° 3. 1961. p.33.

Asimismo, la carga de la prueba sobre el defecto del producto recaía sobre quien contradecía el derecho establecido por el estado: “... *el vendedor que infringía las normas jurídicas (regulation) dañaba a la comunidad, incluso más que al consumidor*”¹⁶.

El vendedor era responsable no solo por el ocultamiento doloso de los defectos en el producto, sino también por aquellos latentes que no llegó a conocer¹⁷.

Pese a este hecho y a la avanzada comprensión de Santo Tomás, en el derecho inglés prevaleció la noción de *caveat emptor* (*let the buyer beware*), dicha noción también es conocida como aquella que deja que el comprador cuide de sí o “quien no abre sus ojos, abre su billetera”¹⁸.

La noción de *caveat emptor* consistía en que el adquirente no solo debía de protegerse a si mismo de los defectos obvios del producto adquirido, sino también de los ocultos, siendo que las consideraciones sobre una garantía implícita de calidad cayó en el olvido.

El profesor Friedich Kessler manifiesta que desde el siglo XVII el *caveat emptor* se revitalizó, debido a la influencia del emergente individualismo y el *laissez-faire*, los cuales se oponían fuertemente a la regulación medieval vinculada a la calidad del producto establecida por los gremios, la iglesia y el estado¹⁹.

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Kessler, Friedich. The Protection of the Consumer Under Modern Sales Law, Part I- A Comparative Study. New Haven. The Yale Law Journal. 1964-1965. Volume N° 74. p. 263.

¹⁹ Ibid. p. 266.

Sobre el *caveat emptor* puede verse además:
Hamilton, Walton H. The Ancient Maxim Caveat Emptor. New Haven. Yale Law Journal. 1931. Volume XL, N° 8; Le Viness, Charles T. Caveat Emptor vs Caveat Venditor. Baltimore. Maryland Law Review. 1943. Volume N° 7.

No obstante, es en 1810 que esta situación cambia, en la medida que las cortes inglesas reemplazaron el *caveat emptor* por la doctrina opuesta, esto es, la mencionada garantía implícita de calidad, que se refería a que los bienes debían servir mínimamente para los fines y usos ordinarios para los cuales han sido elaborados²⁰.

Bajo este punto de vista, se observa que cada venta de un producto trae consigo una garantía implícita; empero, ello no quiere decir que sea una garantía absoluta respecto de la calidad del bien, sino una garantía que este alcanza ciertos estándares²¹.

Cabe señalar que nuestro Código de Consumo no es ajeno al establecimiento de las garantías implícitas, tal como se observa a continuación:

“Artículo 20º.- Garantías

Para determinar la idoneidad de un producto o servicio, debe compararse el mismo con las garantías que el proveedor está brindando y a las que está obligado. Las garantías son las características, condiciones o términos con los que cuenta el producto o servicio.

Las garantías pueden ser legales, explícitas o implícitas:

²⁰ Owen. The Evolution of Product Liability Law. The Review of Litigation. Austin, University of Texas, School of Law Publications, Inc. United States of America. Volume N° 26. Number N° 4. 2007. pp. 958-959.

²¹ Sedgwick, Wallace; Conley, Scott; Sleight, Roger. Products Liability: Implied Warranties. Milwaukee. Marquette Law Review. Volume 48. N° 2. 1964. p.139.

Sobre las garantías implícitas, puede verse además:

Murray, Daniel E. Implied Warranty Against Latent Defects: A Historical Comparative Law Study. Baton Rouge. Louisiana Law Review, Volume N° 21, Number 3, 1961; Gaidies, John B. Sales - Implied Warranty of Fitness – An Interpretation of U.C.C. 2-318. Miller v. Preitz, 422 Pa. 383 (1966). Williamsburg-Virginia. William & Mary Law. Volume N° 8. 1967; Prosser, William L. The Implied Warranty of Merchantable Quality. Minneapolis. Minnesota Law Review. Volume N° 27. Number N° 2.1943.

- a. *Una garantía es legal cuando por mandato de la ley o de las regulaciones vigentes no se permite la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía. No se puede pactar en contrario respecto de una garantía legal y la misma se entiende incluida en los contratos de consumo, así no se señale expresamente. Una garantía legal no puede ser desplazada por una garantía explícita ni por una implícita.*

- b. *Una garantía es explícita cuando se deriva de los términos y condiciones expresamente ofrecidos por el proveedor al consumidor en el contrato, en el etiquetado del producto, en la publicidad, en el comprobante de pago o cualquier otro medio por el que se pruebe específicamente lo ofrecido al consumidor. Una garantía explícita no puede ser desplazada por una garantía implícita.*

- c. *Una garantía es implícita cuando, ante el silencio del proveedor o del contrato, se entiende que el producto o servicio cumplen con los fines y usos previsibles para los que han sido adquiridos por el consumidor considerando, entre otros aspectos, los usos y costumbres del mercado*. (subrayado agregado).

Por otra parte, en Inglaterra también se desarrolló la doctrina de la *privity of contract*, la cual predicaba que una tercera persona (*bystander*) que no formaba parte de la relación contractual productor-consumidor no podía llevar a juicio –vía una acción por negligencia (*negligence*)– al productor por los daños que hubiera recibido como consecuencia de la manipulación, uso o exposición al bien defectuoso.

Capítulo III. La responsabilidad del productor en Estados Unidos

Las doctrinas del *caveat emptor* y *privity of contract* fueron tomadas en préstamo por las cortes estadounidenses; no obstante, los jueces hicieron tres excepciones a la *privity of contract*.

La primera excepción estaba referida a cuando el producto era inminentemente peligroso para la vida y la salud; la segunda, cuando un invitado sufrió un daño como consecuencia de la utilización del bien defectuoso; la tercera, vinculada a quien vende o envía un producto que sabe que es inminentemente peligroso para la vida y la integridad física sin avisar de las características del producto²². Así, los productos incluidos dentro de las excepciones se encontraban los alimentos y los continentes de estos²³.

Con el transcurso del tiempo dichas doctrinas fueron dejadas de lado, siendo que las garantías implícitas fueron tipificadas en la *Uniform Sales Act* de 1906²⁴; y, mediante el famoso caso *MacPherson vs Buick* en 1916, el juez

²² Vandall, Frank J. A History of Civil Litigation-Political and Economics Perspectives. New York. Oxford University Press, Inc. 2011. pp.8-9. Graham, Kyle. Strict Product Liability at 50: Four Histories. Milwaukee. Marquette Law Review. Volume N° 98. 2014. p. 564; Prosser, William L. Handbook of the Law of Torts. Saint Paul – Minnesota. West Publishing Co. Fourth Edition. 1971. p. 642.

²³ Covitz, Morton R. Product Liability: The Rise and Fall of Privity. Boston. Boston College Law Review. Volume N° 3.pp. 263-264.

²⁴ Artículo 15. [Garantías implícitas de calidad.] Con sujeción a las disposiciones de esta ley y de cualquier otra ley con ese nombre, no hay ninguna garantía o condición implícita en cuanto a la calidad o idoneidad para cualquier propósito en particular de

Benjamin Cardozo dejó de lado la *privity of contract* y señaló que si el productor de un previsible producto defectuoso conoce que este sería usado por personas distintas del comprador debía fabricarlo cuidadosamente^{25 26}.

los bienes suministrados en virtud de un contrato de venta o una venta , excepto en lo siguiente:

1. Cuando el comprador, expresa o implícitamente, hace conocer al vendedor la finalidad específica para la cual las mercancías son requeridas, siendo que el comprador depende de la habilidad del vendedor o de su juicio (sea este el productor o el fabricante o no), existe una garantía de que los bienes serán razonablemente adecuados para tal finalidad.
2. Cuando los bienes se adquieren según la descripción de un vendedor que comercializa dichos productos con esa descripción (sea este el productor o el fabricante o no), hay una garantía de que los productos serán de calidad comercial (*merchantable quality*).

²⁵ Al respecto, véase: Owen, David. *The Evolution of Product Liability Law. The Review of Litigation*. Austin, University of Texas, School of Law Publications, Inc. United States of America. Volume N° 26. N° 4. 2007. p. 965; Woolcott Oyague, Olenka. *La responsabilidad del productor. Estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea*. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Primera Edición. 2003. pp. 26-48.

“La disminución del requisito de la privity a través de Mac Pherson encajó con los cambios en curso en el mercado de bienes de consumo. El surgimiento de la producción en masa y la revolución del transporte del 1800s y el temprano 1900s pusieron una distancia física entre los productores y usuarios de muchos productos, limitando la capacidad del consumidor de interrogar al fabricante acerca de las cualidades de los bienes. La distancia estuvo acompañada por la introducción de los mayoristas y minoristas como intermediarios dentro de la cadena de suministro, lo cual alejó más a los consumidores de los fabricantes de los productos que compraban. Además, la construcción de la marca del producto (product branding) – una relativa novedad en la década de 1880– devino en una parte central de las estrategias de marketing de muchas compañías, con los fabricantes inclinándose más y más hacia las instrucciones, embalaje y promoción para influenciar como los consumidores percibían sus productos. Finalmente, en los puntos de venta, los clientes se sentían atraídos hacia los grandes almacenes y cadenas de minoristas, con salas de exhibiciones que ofrecían una gran cantidad de bienes, siendo atendidos por empleados que, a menudo, conocían poco acerca de estos bienes y no estaban en condiciones de instruir a los consumidores acerca de su adecuado uso. Combinadas, estas tendencias amenazaban con hacer que la falta de privity fuera más común, y más injusta, defensa para fabricantes que fallaron en actuar con razonable cuidado (reasonable care)”. (pies de página omitidos). En: Graham, Kyle. Ob. Cit. pp. 565-567.

²⁶ El Código de Consumo recoge la irrelevancia de la *privity of contract*, toda vez que preceptúa que están protegidos los consumidores o usuarios que adquieren, utilizan o disfrutan productos, tal como se observa a continuación:

Artículo IV.- Definiciones

Para los efectos del presente Código, se entiende por:

1. Consumidores o usuarios
 - 1.1 Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. (...)

Bajo esta perspectiva, William L. Prosser ha señalado lo siguiente:

“El productor, al colocar productos en el mercado, señala frente al público que son apropiados y seguros para su uso; al empacar, informar y, de cualquier otra forma, hacer todo aquello que induce a esta creencia. Él planifica y espera que el producto sea comprado y utilizado dependiendo de haber asegurado su falta de peligrosidad; y, de hecho, así es adquirido y usado. El intermediario no es más que una tubería, un mero instrumento mecánico, a través del cual el producto es vendido hasta alcanzar al último usuario. El productor invita y solicita el uso y cuando este causa el daño (disaster), no le debe ser permitido evitar la responsabilidad manifestando que no ha suscrito contrato alguno con el consumidor”²⁷.

²⁷ Prosser, William L. The Assault upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer). New Haven. The Yale Law Journal. Volume N° 69. Number N° 7. 1960. p.1123.

Este autor llamaba ciudadela al *privity of contract*, siendo que posteriormente indicó que la “... fecha de la caída de la ciudadela (...) puede ser determinada con certeza, es decir, el 9 de mayo de 1960, cuando la Suprema Corte de New Jersey emitió su fallo en *Henningsen vs Bloomfield Motors*”. En: The Fall of the Citadel (Strict Liability to the Consumer). Minneapolis. Minnesota Law Review. Volume N° 50.1966.p.791. Además, véase del mismo autor, Handbook of the Law of Torts. Saint Paul – Minnesota. West Publishing Co. Fourth Edition. 1971. pp. 654-55: «... Es bastante claro que la “ciudadela de la privity” ha caído».

El caso *Henningsen vs Bloomfield Motors* era el siguiente:

El 7 de mayo de 1955, el señor Claus H. Henningsen compró un automóvil Plymouth a Bloomfield Motors, Inc, manufacturado por Chrysler Corporation. El vehículo era para su esposa, Helen, por el día de la madre.

El 19 de mayo de 1955, mientras la señora manejaba escuchó un fuerte ruido bajo el capó, el volante giró en sus manos, por lo que el vehículo viró y chocó contra una pared, quedando el auto totalmente destruido.

El impacto la lanzó de cara al volante, golpeándole sus dientes (todos tuvieron que ser retirados), se rompió cinco costillas, se dañó su rodilla y tobillo izquierdo; requiriendo tratamiento de emergencia, dos hospitalizaciones y cirugía de la rótula izquierda. El asegurador concluyó que hubo un defecto mecánico.

Los esposos Henningsen demandaron tanto al vendedor como al productor, en la medida que, a su juicio, fueron negligentes al preparar el vehículo y habían pronunciado garantías expresas e implícitas. El tema de las garantías fue acogido por la corte, al extenderlas a la demandante y señalar que el automóvil fue comprado para su uso.

De otro lado, la imputación de responsabilidad al productor era a título de culpa (*negligence*), en la medida que se requería que aquel elaborara el bien cuidadosamente, hecho que implicaba un análisis de la conducta desplegada por el proveedor; sin embargo, la orientación jurisprudencial en el lapso de cuarenta a cincuenta años fue decantándose por la responsabilidad objetiva (*strict liability*) del productor.

En ese sentido, se puede señalar la opinión del juez Roger Traynor en el caso *Escola vs Coca Cola Bottling Co. of Fresno* (1944):

“... debería ahora reconocerse que un fabricante incurre en responsabilidad absoluta cuando un producto que ha puesto en el mercado, sabiendo que este va a ser usado sin inspección (...) tiene un defecto que causa daño a los seres humanos...”²⁸.

William L. Prosser señala que el fundamento (*rationale*) de la responsabilidad objetiva es el siguiente:

“El interés público en la vida humana, la salud y la seguridad exige la máxima posible protección que el derecho puede otorgar contra los defectos peligrosos en los productos que los consumidores compran, contra los cuales no pueden protegerse; y, justifica la imposición, sobre los proveedores de semejantes productos, de su completa responsabilidad por los daños causados, incluso si no han sido negligentes”²⁹.

Posteriormente, en 1963, el mismo juez, Roger Traynor, en el caso *Greenman vs Yuba Power Products, Inc.* estableció la responsabilidad objetiva (*strict liability*) del fabricante, rechazando como fundamento de dicha responsabilidad a las garantías (*warranties*), en tanto manifestó que los remedios del consumidor dañado no deben depender de las complejidades

²⁸ Owen. Ob. Cit. p. 968.

²⁹ Prosser. Ob. Cit. p. 1122.

del derecho de compra venta (*sales*)³⁰. Aunque contradictoriamente alegó que el demandante necesita solo establecer que “*fue dañado mientras usaba [el producto] en la forma que fue pensado para ser utilizado como un resultado de un defecto en el diseño y fabricación del que el demandante no era consciente de que el [producto] fue hecho inseguro para su pensado uso*”³¹.

3.1 *The Restatement Second of Torts*

En este punto resulta imprescindible manifestar que la *American Law Institute* (en adelante, ALI) jugó un rol muy importante en la difusión de la *strict liability* del productor, en la medida que es la entidad encargada de recopilar la jurisprudencia de todo el derecho estadounidense sobre la materia, mediante los *Restatements of Law* que, de alguna forma u otra, orientan a las cortes a efectos de resolver los conflictos entre los proveedores, consumidores, usuarios y *bystanders*.

*“El American Law Institute, -un grupo de los más prestigiados jueces, profesores de derecho y abogados (attorneys) de los Estados Unidos-, fue fundado en 1923 para traer coherencia, razón y consistencia al derecho estatal hecho por el juez (to state judge-made law). Uno de los proyectos que ALI emprende periódicamente, como parte de su misión es “restate” áreas del Common Law (...) aunque el ALI Restatement no tiene fuerza de ley por si mismo, posee un impacto persuasivo sobre las cortes”*³².

³⁰ Diamond, John L. Eliminating the “Defect” in Design Strict Products Liability Theory. San Francisco. The Hasting Law Journal. Volume N° 34. 1983. p. 533.

³¹ Ibid.

³² Schwartz, Victor E. The Restatement (Third) of Torts: Products Liability –The American Law Institute’s Process of Democracy and Deliberation. Hempstead-New York. Hofstra Law Review. Volume N° 26. 1998. p.743.

Así, en 1965, en materia de responsabilidad del productor los redactores (*Reporters*) William L. Prosser y John W. Wade en la sección § 402 A del *Restatement (Second) of Torts* establecieron lo siguiente:

§ 402 A *Responsabilidad Especial del Vendedor de Productos por daño físico al usuario o consumidor*

1. *Quien vende cualquier producto en una condición defectuosa irrazonablemente peligrosa para el usuario o consumidor o para su propiedad está sometido a la responsabilidad por daño físico de este modo causado al último usuario o consumidor, o a su propiedad, si:*

- (a) *el vendedor se dedica a la venta de este producto; y,*
- (b) *dicho producto se espera que llegue o alcance al usuario o consumidor sin cambio substancial en la condición en la cual fue vendido.*

2. *El precepto establecido en la Subsección (1) se aplica aunque:*

- (a) *El vendedor ha ejecutado todo el posible cuidado en la preparación y en la venta de su producto; y,*
- (b) *el usuario o consumidor no haya comprado el producto proveniente o dentro de relación contractual alguna³³.*

A continuación se citará, brevemente, los comentarios a la tipificación de la responsabilidad del productor en el *Restatement (Second) of Torts*:

- (i) La regla aplicable a los vendedores de productos es la responsabilidad objetiva (*strict liability*), aunque haya ejecutado todo cuidado posible en la preparación y venta del producto, siendo que dicha responsabilidad no es exclusiva ni precluye la responsabilidad subjetiva (*negligence*) (*Comment a*).
- (ii) La responsabilidad objetiva del vendedor, al negociar su producto para uso y consumo, se justifica por aceptar y asumir una especial

³³ Sobre el contexto histórico en el cual se desarrolló la Sección 402 A puede verse: Gray, Oscar S. Reflections on the Historical Context of Section § 402 A. Long Island. Touro Law Review. Volume N° 10. 1993. pp. 75-105; Owen, David. Product Liability Law Restated. Columbia-South Carolina. South Carolina Law Review. Volume N° 49. 1998. pp.273-292.

responsabilidad hacia cada miembro del público consumidor quien puede ser dañado por él (*Comment c*).

- (iii) La política pública (*public policy*) exige que la carga de los daños causados accidentalmente por productos dirigidos al consumo sea puesto en aquellos que ponen en el mercado tales productos; sea tratado como un costo de producción contra el cual pueda obtenerse un seguro de responsabilidad civil; y, los consumidores de tales productos se vean facultados con la máxima protección (*Comment c*).
- (iv) La responsabilidad objetiva no está limitada a la venta de alimentos para consumo humano, u otros productos para uso íntimo del cuerpo, esta se extiende a cada producto vendido en la condición, o substancialmente la misma condición, en la cual se espera que alcance al último usuario o consumidor (*Comment d*).
- (v) La responsabilidad objetiva normalmente se aplica a los productos que han sido sometidos a un proceso antes de su venta (*Comment e*).
- (vi) La responsabilidad objetiva se aplicará a cada persona vinculada al negocio de venta de productos para uso o consumo. En tal sentido, se aplica a cada fabricante de tales productos, a los mayoristas, minoristas, distribuidor y al operador de un restaurant (*Comment f*).
- (vii) La responsabilidad objetiva no se aplica a los ocasionales vendedores de alimentos u otros productos semejantes, en tanto no forma parte de su actividad negocial. El fundamento de esta excepción se encuentra en el hecho de que el proveedor puede poner en peligro la seguridad de las personas y sus propiedades (*Comment f*).
- (viii) Un producto es defectuoso cuando –en el tiempo que sale de las manos del vendedor– está en una condición no esperada por el último

consumidor, la cual será irrazonablemente peligroso para él (*Comment g*). (**Consumer Expectations Test**)³⁴

- (ix) La condición segura del producto incluye un adecuado recipiente, la esterilización necesaria y otras precauciones que permitan al producto mantenerse seguro por el tiempo que pueda ser manejado de manera normal (*Comment g*).
- (x) Un producto no se encuentra en condición defectuosa cuando es seguro para el normal manejo y consumo (*Comment h*).
- (xi) La condición defectuosa puede surgir no solo por ingredientes dañinos (por su presencia o cantidad); sino también por objetos externos contenidos en el producto, por la descomposición o el deterioro antes de la venta o por la forma en la cual es preparado o empaçado (*Comment h*).
- (xii) La responsabilidad objetiva solo aplica cuando la condición defectuosa del producto lo hace irrazonablemente peligroso para el usuario o consumidor (*Comment i*). (**Consumer Expectations Test**)
- (xiii) El artículo vendido será peligroso más allá del límite en el cual sería contemplado por el ordinario consumidor que lo compra, con el conocimiento ordinario común de la comunidad, en cuanto a sus características (*Comment i*).
- (xiv) Con la finalidad de evitar que el producto sea irrazonablemente peligroso, se exige al vendedor que advierta sobre ello, pero no está obligado a informar respecto de aquellas alergias comunes (*Comment j*).

³⁴ Con el tiempo, esta forma de analizar la responsabilidad del productor se le denominó *Consumer Expectations Test*, es decir, "... Un profesional debía ser considerado responsable del defecto causado por su producto siempre que no presentase la seguridad a la que un consumidor razonable podía legítimamente esperar". Borghetti, Jean-Sébastien. La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé. Paris. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. (s/e). 2004.p.49.

- (xv) El vendedor si está obligado a informar si el producto contiene un ingrediente frente al cual un número importante de la población es alérgica y el ingrediente es uno peligroso que no es generalmente conocido, o si es conocido es uno que el consumidor no esperaría razonablemente encontrar (*Comment j*).
- (xvi) Hay productos que, en el presente estado del conocimiento humano, son bastante incapaces de ser hechos seguros para su destinado y ordinario uso como, por ejemplo, los medicamentos (productos inevitablemente inseguros) (*Comment k*).
- (xvii) Los medicamentos adecuadamente preparados y acompañados por apropiadas advertencias no son defectuosos ni irrazonablemente peligrosos. No puede sostenerse que el vendedor tiene una responsabilidad objetiva por las desafortunadas consecuencias de su uso, simplemente porque ha asumido proveer al público con un aparentemente útil y deseable producto, incluso con el conocimiento del riesgo razonable (*Comment k*).
- (xviii) Para la aplicación de la responsabilidad objetiva, no es necesario que el último usuario o consumidor haya adquirido directamente el producto del fabricante, aunque dicha responsabilidad igualmente aplica si lo hace, pues pueden haberlo adquirido mediante uno o más re-vendedores intermediarios (*Comment l*).
- (xix) No es necesario que el consumidor haya adquirido el producto, él puede ser miembro de una familia del comprador final, su empleado, su invitado o entregarlo en donación. La responsabilidad establecida es extracontractual (*tort*) y no requiere una relación contractual, o privity of contract, entre el demandante y el demandado (*Comment l*).
- (xx) La denominación de consumidor no solo incluye a quien de hecho consume el producto, sino también a quien lo prepara para su consumo

como, por ejemplo, la esposa que contrae *tularemia* mientras cocina conejos para su esposo (*Comment I*).

- (xxi) La denominación de consumo incluye todo usuario final al cual el producto es dirigido; usuario, incluye a aquellos quienes pasivamente disfrutaban del beneficio del producto (*Comment I*).

Al respecto, la intención de los *Reporters* fue extender la responsabilidad objetiva para todo tipo de productos. Así, se observa que la *Sección 402A* fue proyectada en tres oportunidades: la primera, en 1961, solo aplicable a las comidas y bebidas; la segunda, en 1962, incluyó los productos de uso íntimo del cuerpo³⁵; y, la tercera:

«... los Reporters y el comité consultivo buscaban extender la responsabilidad objetiva extracontractual a todos los productos, mas no tenían una jurisprudencia que fundamente ello en 1962; pero, ¡oh sorpresa! Uno de los miembros del comité consultivo, el Honorable Juez en Jefe de la Suprema Corte de California, Roger Traynor, emitió el fallo Greenman v. Yuba Power Products, Inc. (...) su principal fundamento fue que “el objetivo de tal responsabilidad es asegurar que los costos de los daños resultantes por productos defectuosos sean asumidos por los fabricantes, en virtud a que los pusieron en el mercado, antes que las personas dañadas, quienes son incapaces de protegerse a si mismas” (...) El juez Traynor proveyó una norma (rule), indivisible, para todos los productos (...) En consecuencia, en 1963, el Reporter, William Prosser y su comité consultivo, incluyendo el juez Traynor, ahora ya tenían “el caso” para aplicar la Sección 402A a todos los productos...»³⁶.

De hecho, con respecto a la responsabilidad objetiva del productor, la profesora Ellen Wertheimer afirma que esta *“... se desarrolló a partir de la necesidad de proteger a los consumidores de los costos generados por los productos defectuosos. La idea básica fue que los fabricantes debían ser*

³⁵ Schwartz, Victor E. Ob. Cit. p. 746.

³⁶ Ibid.pp.746-747. También véase: Prosser, William L. Product Liability in Perspective. Cincinnati. Gonzaga Law Review. Volume N° 5. Number N° 2. 1970.p.162.

*responsables por los daños causados por sus productos defectuosos, incluso – quizás especialmente– en ausencia de la negligencia del fabricante*³⁷.

Por otro lado, se puede apreciar que los *Reporters* del *Restatement Second* no hicieron clasificación alguna de los tipos de defectos (defectos de diseño-*design defect*; defecto en la producción-*manufacturing defect* y defecto de información-*warning defect*)³⁸.

Este hecho conllevó al profesor George L. Priest ha manifestar que:

*“... los fundadores (founders) no apreciaron completamente la distinción entre defectos en la producción, defectos de diseño y defectos de información que devendría la pieza maestra del derecho moderno. La Sección § 402A representa solo un limitado cambio en el derecho, porque los fundadores entendieron la referida sección como una estándar de responsabilidad objetiva (strict liability), con menor excepción, solo aplicable a lo que ahora llamamos casos de defectos en la producción...”*³⁹.

No obstante, al haberse establecido una responsabilidad objetiva por defecto de producto, carecía de sentido que los *Reporters* del *Restatement (Second)* establecieran una clara distinción de las clases de defectos (diseño, producción e información).

³⁷ Wertheimer, Ellen. The Biter Bit: Unknowable Dangers, The Third Restatement, and the Reinstatement of Liability Without Fault. p.1 de la separata.
En: <https://ssrn.com/abstract=652043> (visitado el 6 de septiembre de 2017, 22:05 horas).

³⁸ De manera simple, se puede señalar que el defecto de diseño se da cuando la idea o concepción del bien no se ha previsto que causaría daño a las personas, sea por desconocimiento, no utilizar todas las herramientas y medios disponibles en el momento de su elaboración. El defecto de producción, ocurre cuando en la fabricación del mismo no se ha tomado todas las medidas necesarias para su correcta elaboración, también se encuentra dentro de este tipo de defecto, el empaquetado, distribución, duración y elementos extraños al producto. El defecto de información se da cuando no se ha brindado las instrucciones y advertencias para el uso del bien.

³⁹ Priest, George L. Strict Product Liability: The Original Intent. New York. Cardozo Law Review. Volume N° 10. 1989. p. 2303.

Sobre el particular, bajo esa perspectiva se pronuncia Michael D. Green al señalar lo siguiente:

“Sin embargo, de una manera curiosa y oblicua, hay algo en la afirmación de Priest: no se encuentran fácilmente referencias a los diferentes tipos de defectos de diseño en el Restatement o en los escritos previos a su adopción; no obstante, mi interpretación de la evidencia es que antes de apreciar estos conceptos, el Restatement y los founders no consideraron este tema como importante.

En efecto, mucho de la atención académica (...) del tiempo no fue acerca del estándar de la responsabilidad objetiva, como Priest explica; por el contrario, muchos académicos estuvieron involucrados con los variados impedimentos para imponer responsabilidad, tales como la barrera de la privity [of contract] o la otra limitación del derecho de garantías (warranty law), antes que el estándar sustantivo por el cual los productos podrían ser juzgados...”⁴⁰

En el mismo sentido, el profesor Richard W. Wright expone que:

“Es cierto que en el tiempo que la Sección § 402A fue adoptada no hubo una clara distinción entre defectos de construcción [defecto en la producción] y defecto de diseño o defecto de información; no obstante, esto no es porque se dio poca consideración al defecto de diseño o información, sino porque la imperante academia y perspectiva judicial fue que aquí no era necesario distinguir los tipos de defectos desde que fue asumido que la responsabilidad objetiva (strict liability) debía ser aplicada, sin tomar en cuenta el tipo de defecto...”⁴¹.

⁴⁰ Green, Michael D. The Unappreciated Congruity of the Second and Third Restatements on Design Defect. Brooklyn Law Review. Volume N° 74. 2009. p 815.

Cabe señalar que este autor dedica el apartado tercero de su artículo a desvirtuar los argumentos de George L. Priest formulados en *Strict Product Liability: The Original Intent*.

⁴¹ Wright, Richard W. The Principles of Product Liability. Austin. The Review of Litigation. Volume N° 26. Number N° 4. 2007. pp. 1068-1069.

En este punto es necesario señalar que la revisión del caso *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.* permite apreciar que el objetivo era establecer una responsabilidad objetiva del fabricante, antes que diferenciar los tipos de defectos, tal como se observa a continuación:

“El Demandante introdujo evidencia sustancial que sus daños fueron causados por la construcción y producto defectuoso del Shopsmith. Sus expertos testificaron que el set de tornillos usados era inadecuado para sostener la maquinaria unida, pues la ordinaria vibración causó que el tailstock del torno saliera disparado de la pieza de madera que estaba siendo girada (...) Estos también testificaron que había otras formas de fijar las partes de la maquinaria de manera conjunta, los cuales habrían prevenido el accidente (...) Nosotros no necesitamos volver a proponer las razones para imponer la responsabilidad objetiva para el fabricante, pues estas han sido ampliamente expuestas en los casos antes citados (...) El objetivo de este tipo de responsabilidad es asegurar que los costos de los daños resultantes de los productos defectuosos sean asumidos por los fabricantes que han puesto semejantes productos en el mercado, antes que por las personas dañadas, quienes no tienen la capacidad de protegerse a sí mismas...”⁴² (subrayado agregado)

De lo expuesto, se observa que el caso *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.* versa sobre un defecto de diseño y no, como equivocadamente se ha indicado, recae sobre un defecto de producción⁴³. Por lo tanto, para los *Reporters del Restatement (Second)* no era desconocido el defecto de diseño; sino que lo importante para ellos era la imputación de responsabilidad objetiva al fabricante, siendo que ex profesamente se puede

⁴² Traynor, Roger J. *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.* 2d Supreme Court of California Cases. Volume N° 59 Cal.2d 57 (1963). pp. 60 y 63.
En: http://repository.uchastings.edu/traynor_opinions/438 (visitado el 6 de septiembre de 2017, 22:16 horas)

⁴³ Twersky, Aaron D.; Henderson, James A. Jr. *Will a New Restatement Help Settle Troubled Waters: Reflections.* Washington, DC. The American University Law Review. Volume N° 42. 1993. p. 1260; Twersky, Aaron D.; Henderson, James A. *Manufacturers' Liability for Defective Product Designs: The Triumph of Risk-Utility.* Brooklyn. Brooklyn Law Review. Volume N° 74. 2009. p. 1063.

recordar los tres proyectos de este *Restatement* señalados precedentemente⁴⁴.

Cabe señalar que para William L. Prosser no era desconocida la clasificación de los defectos, pues la revisión de su obra jurídica permite apreciar que habla del “*diseño del producto, lo cual incluye el planeamiento (plan), estructura, elección de materiales y especificaciones*” y las “*advertencias de los peligros que involucran el uso del producto*”⁴⁵.

Sin embargo, aun cuando bajo el *Restatement (Second)* no era necesario efectuar una distinción entre defectos, se consideró que la responsabilidad del productor debía estar analizada por la tripartición de los defectos antes mencionado⁴⁶.

Así, con relación al defecto de diseño se ha indicado que el test de las expectativas del consumidor (*consumer expectation test*) no ofrece un examen objetivo para considerar bajo que circunstancias un producto es peligroso, habida cuenta que analizar las expectativas implica de por sí ingresar en el ámbito de la subjetividad de los consumidores, debido a los problemas de carácter cognitivo y conductual respecto de la manera como los individuos evalúan el riesgo al utilizar un producto⁴⁷.

⁴⁴ Otro autor señala que los tres tipos de defectos estaban incluidos en el *Restatement (Second) of Torts*. Así, Dreier, William A. *Design Defect Under Proposed Section 2(b) of the Restatement (Third) of Torts: Products Liability – A Judge’s View*. Ann Arbor. University of Michigan Journal of Law Reform. Volume N° 30. 1996-1997. p. 222:

“... el *Restatement (Second)*, sección 402A incluyó defectos de fabricación y diseño. Y luego explica en el comentario j que la sección también cubría defectos de información...”

⁴⁵ Prosser, William L. *Handbook of the Law of Torts*. Saint Paul –Minnesota. West Publishing Co. Fourth Edition. 1971. pp. 644-49.

⁴⁶ Borghetti. Ob. Cit. p.49. Si bien este autor se refiere al defecto de diseño, lo cierto es que al hablar de este tipo de defecto se colige que se hace alusión implícita a los otros dos, esto es, de producción e información.

⁴⁷ Sobre el particular, véase: Kysar, Douglas A. *The Expectations of Consumers*. New York. Columbia Law Review. Volume N° 103. 2003. pp. 1700-1790; Henderson, James A., Twerski, Aaron D. *Consumer Expectations’ Last Hope: A Response to Professor Kysar*. New York. Columbia Law Review. Volume N° 103. 2003. pp. 1791-1802; Meade, Andrew. *A Reasonable Alternative to the Reasonable Alternative*

Asimismo, se ha señalado que dicho “... *test ha probado ser impracticable por una variedad de razones: la primera, debido a que connota una responsabilidad basada en el contrato, fomentando que el jurado fundamente intuitivamente sobre los principios de negociación (bargaining) y garantía (warranty); segundo, si el producto contiene un defecto el cual es aparente u obvio, la expectativa del consumidor podría decirse que incluye el aparente peligro, previniendo daños y, por consiguiente, desalentando la mejora del producto, el cual podría fácil y rentablemente (cost-effectively) aliviar el peligro; tercero, de los bystanders – quienes son ampliamente reconocidos como protegidos por responsabilidad extracontractual (tort) y teorías contractuales de la responsabilidad por productos, sin considerar la privity [of contract]– no puede decirse que tengan expectativa alguna acerca de un producto que les cause daños*”⁴⁸.

En defensa del test de las expectativas del consumidor, se ha precisado que muchas de las críticas sobre el *American consumer expectations test* pueden ser evitadas enfocándose en lo que el consumidor tiene derecho a esperar, antes que sobre que particular usuario en realidad conoce o espera ya sea en un sentido literal o idiosincrático.

De esta forma, este test deviene practicable, siendo que las fuentes de las expectativas pueden provenir de lo que el fabricante ofrece (*representations* o *product promotion*⁴⁹), las regulaciones de seguridad establecidas por el gobierno, directrices y estándares de la industria, la información de público

Design Requirement in Products Liability Law: A Look at Pennsylvania. San Francisco. Hastings Law Journal. Volume N° 62. 2010. pp 160-161; Dickerson, Reed. Products Liability: How Good Does a Product Have to Be?. Bloomington. Indiana Law Journal. Volume N° 42. 1967. pp 305-308; Dreier, William A. Consumer Expectations: A Defective Test for Design Defects. Lawrence. Kansas Journal of Law and Public Policy. Volume N° 10. 2000. pp 118-121.

⁴⁸ Davis, Mary J. Design Defect Liability: In Search of a Standard of Responsibility. Detroit. The Wayne Law Review. Volume N° 39. 1993. p.1236.

⁴⁹ “Los productos llegan al consumidor con una imagen y un significado vinculados a estos. Estas fuentes de significado incluyen literatura sobre la venta, publicidad (*media advertisements*), e, incluso, los usos brindados por los consumidores al producto...”. En: Shapo, Marshall S. In Search of the Law of Products Liability: The ALI Restatement Project. Nashville. Vanderbilt Law Review. Volume N° 48. 1995. p.664.

dominio o de la general información de la comunidad respecto de ciertos productos⁵⁰.

Sin embargo, lo cierto es que en la práctica el *Restatement (Second)* no fue aplicado de forma estricta, en virtud a que se entendió que el vendedor no es un asegurador del producto⁵¹.

De hecho, con anterioridad a la emisión del *Restatement (Third)* se hablaba de aplicar la responsabilidad objetiva para los defectos de diseño; no obstante, las cortes aplicaban los principios de la responsabilidad subjetiva (comparación, razonabilidad y previsibilidad) (*balance, reasonableness and foreseeability*).

Así, se ha señalado que “... las cortes ampliamente han rechazado los esfuerzos por hacer a los fabricantes garantes de la seguridad del producto diseñado, solo requiriendo que los fabricantes diseñen sus productos tan seguros como razonablemente puedan hacerlo, por métodos que son razonablemente disponibles y posibles de ser efectivos. Esto es responsabilidad subjetiva (*negligence*), pura y simple, en los hechos y no en el nombre...”⁵².

3.2 The Restatement Third of Torts

⁵⁰ Korzec, Rebecca. Dashing Consumer Hopes: Strict Products Liability and the Demise of the Consumer Expectations Test. Boston. Boston College International & Comparative Law Review. Volume N° XX. Number N° 2. 1997. p. 235.

⁵¹ Moylan, Christina M. In Pursuit of the Appropriate Standard of Liability for Defective Products Designs. Orono. Maine Law Review. Volume N° 42. 1990. p. 459.

⁵² Owen, David. Design Defect Ghosts. Brooklyn. Brooklyn Law Review. Volume N° 74. 2009. pp. 931-932.

El ALI designó a James A. Henderson y Aaron Twersky como *Reporters* del nuevo *Restatement (Third) of Torts*⁵³, el cual fue dedicado única y exclusivamente a los productos defectuosos.

En este último *Restatement* se indicó lo que se describe a continuación:

§ 1 Responsabilidad del vendedor o distribuidor comercial por los daños causados por productos defectuosos

Quien este dedicado a la venta o, de todas formas, distribución de productos, al vender o distribuir un producto defectuoso está sometido a responsabilidad por los daños causados a las personas o propiedades por dicho defecto.

§ 2 Categorías de defectos de producto

Un producto es defectuoso cuando, en el momento de la venta o distribución, contiene un defecto de fabricación (*manufacturing defect*), defecto de diseño (*design defect*), o es defectuoso debido a la insuficiencia de instrucciones o advertencias (*warnings defect*). Un producto:

- (a) Contiene un defecto de fabricación (*manufacturing defect*) cuando el producto se aparta de su diseño previsto, a pesar de todo el cuidado posible que se ejerció en la elaboración y comercialización del producto.

⁵³ Una posible explicación de porqué fueron elegidos estas personas como *Reporters* es la siguiente:

“Los artículos de los Reporters en las últimas dos décadas demuestran una inclinación conservadora hacia la responsabilidad subjetiva (negligence) y reglas que protegen a los fabricantes. Quizás esta es la razón por la cual fueron elegidos como Reporters...” En: Phillips, Jerry J. *Achille’s Heel*. Knoxville.Tennessee Law Review. Volume N° 61. 1994. pp. 1265-66.

- (b) Es defectuoso en su diseño cuando los riesgos previsibles de daño causados por el producto podían haberse reducido o evitado mediante la adopción de un diseño alternativo razonable, por el vendedor u otro distribuidor o un predecesor en la cadena comercial de distribución y la omisión del diseño alternativo hace que el producto no sea razonablemente seguro. (subrayado agregado)

- (c) Es defectuoso debido a la insuficiencia de instrucciones o advertencias cuando los riesgos previsibles de daño causados por el producto podían haberse reducido o evitado mediante la provisión de instrucciones o advertencias razonables, por el vendedor u otro distribuidor o un predecesor en la cadena comercial de distribución y la omisión de las instrucciones o advertencias hace que el producto no sea razonablemente seguro.

Sobre el particular, los *Reporters* han elaborado los siguientes comentarios a esta tripartición de los defectos en los productos:

Comment a (fundamentos de la responsabilidad):

- (i) Las reglas expuestas en esta sección preceptúan estándares separados de responsabilidad para defectos de fabricación (*manufacturing defect*), defectos de diseño (*design defect*) y defectos de información (*warning defect*).

- (ii) La regla expuesta para defectos de fabricación impone responsabilidad incluso si los esfuerzos de control de calidad del fabricante satisfacen o no los estándares de razonabilidad. Se cree que la responsabilidad objetiva fomenta varios objetivos: la responsabilidad extracontractual (*tort law*) sirve a la función instrumental de crear incentivos de seguridad, alienta a los fabricantes a hacer grandes inversiones en la seguridad del producto.

- (iii) Varias importantes razones de justicia vinculadas a fundamentar la responsabilidad del fabricante por defectos de fabricación se han esgrimido, incluso si el denunciante es incapaz de demostrar que el control de calidad del fabricante no alcanza el riesgo-utilidad requerido:
 - (a) En muchos casos, de hecho, los defectos de fabricación son causados por la negligencia del productor, por lo que los demandantes tienen dificultad de probarlo, por ello, la responsabilidad objetiva juega una función similar al concepto de *res ipsa loquitur*, permitiendo al denunciante ganar, a pesar de que sería difícil o insuperable el problema de la prueba.
 - (b) Porque los productores invierten en control de calidad a niveles conscientemente elegidos, su conocimiento de un número impredecible de productos fallados que se comercializarían implica un elemento de deliberación acerca de la cuantía del daño (*injury*) que resultaría de su actividad.
 - (c) Muchos creen que el consumidor que se beneficia de productos sin sufrir daños deberían compartir, a través del incremento de precios de dichos productos, la carga del inevitable costo del daño que resultan del defecto de fabricación [*risk spreading*].
 - (d) A menudo un citado fundamento para sostener que los mayoristas y minoristas tienen responsabilidad objetiva por causar daños por defectos de fabricación, es que el vendedor como entidad comercial está en mejor posición que los usuarios individuales y consumidores de asegurarse contra tales pérdidas.
 - (e) En la mayoría de los casos, mayoristas y minoristas pueden pasar los costos de la responsabilidad hacia arriba de la cadena de comercialización, hasta el productor.
 - (f) Sostener la responsabilidad objetiva de los mayoristas y minoristas crea incentivos para que estos solo negocien con reputados productores y distribuidores, con ello ayudan a proteger los intereses de los usuarios y consumidores.
- (iv) Los defectos de diseño y defectos de información obedecen a un diferente concepto de responsabilidad.

- (a) Ciertos tipos independientes de asignación de ventajas y desventajas son necesarios, algunos de los cuales están vinculados al análisis “balance riesgo-utilidad”.
- (b) Los productos no son genéricamente defectuosos simplemente porque son peligrosos.
- (c) Algunos productos defectuosos pueden ser eliminados solo sacrificando excesivamente sus características que lo hacen útil y deseable; por ello, las variadas circunstancias (*trade-offs*) necesitan ser tomadas en cuenta para determinar si es más justo y eficiente que los costos del accidente sean asumidos por las víctimas, por un lado; o, por el otro, por los consumidores, generalmente a través de mecanismos de incremento de precios de los productos, lo cual es causado por la responsabilidad impuesta por las cortes a los fabricantes.
- (d) La responsabilidad que se establece está basada en la culpa (*negligence*), pues se pone énfasis en crear incentivos a los productores para lograr el óptimo nivel de seguridad en el diseño y comercialización de productos.
- (e) La sociedad no se beneficia de productos excesivamente seguros como, por ejemplo, automóviles diseñados con el máximo de velocidad de 20 millas por hora; más de los que se beneficia con productos bastante riesgosos. La sociedad se beneficia más cuando el correcto (*right*) u óptimo nivel de seguridad es alcanzado.
- (f) Desde una perspectiva de justicia, requerir a los usuarios y consumidores responsabilidad por el manejo del producto previene que los descuidados sean subsidiados por los más cuidadosos, en la medida que los primeros son resarcidos con los fondos que los últimos están obligados a contribuir mediante los elevados precios del producto.
- (g) El elemento de deliberación en colocar apropiados niveles de seguridad en el diseño no es directamente análogo a los de calidad de control del fabricante, pues este es consciente que cierto número de productos pueden dejar la línea de ensamblaje

en una condición defectuosa y causar daños (*injury*) a víctimas inocentes, quienes generalmente nada pueden hacer para evitar el daño; mientras que un producto razonablemente diseñado aún lleva consigo elementos de riesgo que deben ser protegidos contra el usuario o consumidor, ya que algunos riesgos no pueden ser diseñados fuera del producto a un costo razonable.

- (h) Muchas cortes están de acuerdo que, para que el sistema de responsabilidad sea justo y eficiente, el balance de los riesgos y beneficios del diseño de un producto y su comercialización sea analizado a la luz del conocimiento del riesgo y las técnicas que evitan el riesgo razonablemente alcanzados en el momento de la distribución.
- (i) Sostener la responsabilidad del fabricante por un riesgo que no era previsible cuando el producto fue distribuido puede promover el incremento de las inversiones en seguridad; sin embargo, dicha inversión, por definición, sería un tema de suposición. Además, los fabricantes pueden ser persuasivamente juzgados por un estándar de comportamiento normativo, al cual es razonablemente posible que se adecúen.

Comment c (defectos de fabricación)

- (i) El defecto de fabricación es una desviación de las especificaciones de diseño de una unidad de producto, que decepciona las expectativas de los consumidores.
- (ii) Ejemplos comunes son los productos físicamente defectuosos (*flawed*), dañados o incorrectamente ensamblados. Ocasionalmente, estos defectos pueden surgir durante el transporte o almacenamiento.
- (iii) Cuando el fabricante delega algunos aspectos de la producción, como el ensamblaje final o la inspección a un subsiguiente vendedor, puede estar sometido a responsabilidad bajo las reglas de la responsabilidad vicaria por el defecto que ha sido introducido dentro del producto antes de dejar sus manos.

Comment d (defectos de diseño)

- (i) Mientras que el defecto de fabricación es la desviación de las especificaciones del diseño; en el defecto de diseño surge la pregunta si las especificaciones por si mismas crean riesgos irrazonables. Para responder a esta pregunta es necesario hacer referencia a un estándar fuera de las especificaciones.
- (ii) La Sub-sección (b) adopta un razonable test (balance riesgo-utilidad) como el estándar para juzgar la defectuosidad del producto diseñado, más puntualmente el test consiste en si un diseño alternativo razonable habría reducido, a un razonable costo, el riesgo previsible de daño puesto por el producto y, si es así, si la omisión del alternativo diseño por el vendedor, o un predecesor en la cadena distributiva, hace el producto no razonablemente seguro. Este es el primero, pero no exclusivo, test para el defecto de diseño.
- (iii) El denunciante debe probar que semejante alternativa razonable estuvo, o pudo haber estado, disponible en el momento de la venta o distribución.
- (iv) Fabricantes (*defendants*) a menudo buscan defender sus productos sobre el hecho de que su diseño está conforme al “estado del arte”, el cual tiene varios significados: el producto ha sido diseñado según las costumbres de la industria, que refleja la más avanzada y segura tecnología desarrollada y en uso comercial, o refleja la tecnología a la vanguardia del conocimiento científico. La confusión que trae estas definiciones es desafortunada. Por eso esta sección establece que un diseño es defectuoso si el producto pudo haber sido hecho más seguro con la adopción de un diseño alternativo razonable.

Comments e (defecto de diseño)

- (i) Muchas cortes han sugerido que el diseño de algunos productos son manifiestamente irrazonables, por lo que tienen baja utilidad social y un alto grado de peligro, de modo que esta responsabilidad puede ser

impuesta incluso en ausencia de prueba del diseño alternativo razonable.

Comments f (defecto de diseño)

- (i) Un amplio rango de factores pueden ser considerados para determinar si un diseño alternativo es razonable y si su omisión hace al producto no razonablemente seguro. Los factores incluyen, entre otros:
 - (i) La magnitud y probabilidad del previsible riesgo de daño;
 - (ii) Las instrucciones y advertencias que acompañan al producto;
 - (iii) La naturaleza y fuerza de las expectativas del consumidor respecto del producto, incluyendo las surgidas de la descripción y comercialización del producto;
 - (iv) Las relativas ventajas y desventajas del producto diseñado y como el alternativo pudo haber sido diseñado;
 - (v) Los efectos probables del diseño alternativo sobre el costo de producción;
 - (vi) Los efectos del diseño alternativo sobre la longevidad, mantenimiento, reparación y estética del producto; y,
 - (vii) El rango de elección del consumidor entre productos y factores que pueden ser tomados en cuenta.
- (ii) El denunciante no requiere introducir la prueba de todos estos factores, su relevancia, y la relevancia de otros, variará caso por caso.
- (iii) Cuando se evalúa la razonabilidad de un diseño alternativo, la totalidad del producto debe ser tomando en cuenta, pues no es suficiente que el diseño alternativo hubiera podido reducir o prevenir el daño sufrido por el demandante, si este también hubiese introducido dentro del producto otros peligros de igual o mayor magnitud.
- (iv) La Sub-sección (b) no requiere que el denunciante utilice pruebas periciales (*expert testimony*) en cada caso.

Comment g (expectativas del consumidor)

- (i) Bajo la Sub-sección (b) las expectativas del consumidor no constituyen un estándar independiente para juzgar la defectuosidad del producto diseñado.

Comment i (inadecuadas instrucciones y advertencias)

- (i) Los vendedores deben proveer razonables instrucciones y advertencias acerca de los riesgos de daño derivados de los productos.
- (ii) Las instrucciones comunican a las personas como usar y consumir el producto con seguridad.
- (iii) Las advertencias alertan a los usuarios y consumidores de la existencia y naturaleza de los riesgos del producto, de modo que ellos pueden prevenir el daño ya sea mediante conductas apropiadas durante su uso o consumo; o, eligiendo no usar o consumir.
- (iv) En la mayoría de los casos, las instrucciones y advertencias se originarían del fabricante; sin embargo, los vendedores debajo de la cadena de distribución deben advertir cuando sea factible y razonable.
- (v) Las instrucciones y advertencias del producto raramente pueden comunicar potencialmente toda la información relevante, y la habilidad del denunciante de imaginar una hipotética mejor advertencia con las secuelas de un accidente no establece que las advertencias que acompañaron al producto fueron inadecuadas.
- (vi) Dependiendo de las circunstancias, las instrucciones y advertencias no solo pueden ser dadas a los compradores, usuarios y consumidores; sino también a otros que están en una posición de reducir o evitar el riesgo de daño. Entre los factores que deben ser considerados están la gravedad de los riesgos puestos por el producto; la probabilidad de que el intermediario transmitirá la información al último usuario; y, la factibilidad y eficacia de brindar una advertencia directamente al usuario [*learned intermediary*].
- (vii) Las advertencias también pueden ser necesarias para informar a los usuarios y consumidores de los no obvios y generalmente no conocidos riesgos que inevitablemente son inherentes al uso o consumo del producto.

Comment j (advertencias)

- (i) El vendedor no está sometido a responsabilidad por fallar advertir o instruir acerca de los riesgos que son obvios o, generalmente, conocidos por los previsible usuarios del producto.

Comment k (advertencias)

- (i) La regla general en casos que envuelven reacciones alérgicas es que una advertencia es requerida cuando el ingrediente dañino es uno en el cual un sustancial número de personas son alérgicos. El término sustancial no es cuantificable.
- (ii) El ingrediente que causa la reacción alérgica debe ser uno cuyo peligro o presencia en el producto no es generalmente conocido por los consumidores.
- (iii) Las advertencias concernientes a los riesgos de reacciones alérgicas que no son razonablemente previsibles en el momento de la venta no necesitan ser proporcionados⁵⁴.

De lo expuesto, se observa que el *Restatement (Third)* ha hecho una clasificación de los tipos de defectos, con la finalidad de evaluar las clases de responsabilidad que recaen sobre estos; sin embargo, la tripartición no era más que una descripción de los hechos, no tenía un propósito

⁵⁴ Los *Reporters* han “tipificado” un supuesto de presunción de responsabilidad iuris et de iure en el parágrafo tercero para el supuesto de defectos en la elaboración del producto, tal como se puede apreciar a continuación:

§ 3 Evidencias circunstanciales que fundamentan la inferencia de un producto defectuoso

Puede deducirse que el daño sufrido por el demandante fue causado por un defecto en el producto existente en la oportunidad de la venta o distribución, sin pruebas de un defecto específico, si el incidente que perjudicó al demandante:

- (a) era de un tipo que ordinariamente ocurre como resultado de un producto defectuoso; y,
- (b) no era, en el caso particular, solamente el resultado de otras causas de defecto del producto existentes en el momento de la venta o distribución.

excluyente y definitorio⁵⁵; y, estaba vinculada a la conducta del fabricante, esto es, a establecer una responsabilidad subjetiva de este, tal como se observa a continuación:

*“La resultante ampliación en casos de productos llevó a un refinamiento doctrinal, con la clara distinción entre diferentes tipos de demandas de negligencia que involucran bienes defectuosos. En adición a la negligente construcción y testeo en cuestión en Mac Pherson, los demandantes podían alegar negligencia en diseño de producto, negligencia en la falla de advertencias y en otras advertencias inadecuadas...”*⁵⁶

*“... Las cortes han reconocido generalmente tres distintas categorías de productos defectuosos basadas en tres tipos de conducta del fabricante que harían un producto inseguro: defecto de diseño, defecto de fabricación y defecto de comercialización (defective marketing) o falla en las advertencias (failure to warn)”*⁵⁷.

Lo expuesto permite apreciar que no existía fundamento alguno para señalar que solo en los defectos de fabricación la responsabilidad debía ser objetiva. De hecho, los comentarios esgrimidos por los *Reporters* del *Restatement (Third)* no establecen porque hacen esa distinción únicamente respecto de este tipo de defecto.

Por el contrario, los planteamientos empleados por los *Reporters* en sus comentarios del *Restatement (Third)* para sostener la responsabilidad

⁵⁵ Page, Joseph A. Liability for Unreasonably and Unavoidably Unsafe Products: Does Negligence doctrine Have a Role to Play. Chicago. Chicago-Kent Law Review. Volume N° 72. 1996. p.121.

⁵⁶ Graham, Kyle. Ob. Cit. pp. 567-568.

⁵⁷ Gershonowitz, Aaron. The Strict Liability Duty to Warn. Lexington-Virginia. Washington and Lee Law Review. Volume N° 44. 1987. p.71.

objetiva en defectos de fabricación tienen el mismo valor y fundamento para los defectos de diseño⁵⁸.

Asimismo, se ha señalado que la tripartición es una dudosa lectura de la historia, pues bajo las garantías (*warranties*), cuando un producto no funciona de acuerdo a su ordinario uso, el fabricante es responsable, independientemente del hecho de si el defecto se originó a través de la fabricación del bien o de su diseño, lo cual también trae como consecuencia que para el análisis de la defectuosidad no se requiere la prueba de que el productor habría podido adoptar un diseño alternativo razonable⁵⁹.

Según los *Reporters* la distinción entre defecto de diseño y fabricación radica en el hecho de que el primero recae sobre todo la línea de productos; mientras que en el segundo, en unos cuantos de estos; sin embargo, piénsese en que toda la línea del producto sale defectuosa debido a que la maquinaria estuvo fallando o por un error humano. En estos casos se podría hablar que la cantidad de productos dañados permite distinguir entre defectos de diseño y fabricación, la respuesta evidentemente es “NO”⁶⁰.

De hecho, a nivel nacional se dio un caso como el señalado precedentemente. Así, la Resolución N° 065-96-TDC del 11 de diciembre de 1996, emitida por el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, declaró la responsabilidad administrativa de la farmacéutica Smithkline Beecham I.A.C., en la medida que constató que en la fabricación del medicamento antidiurético Dyazide (Lote N° 911075) se empleó un antipsicótico (Trifluoperazina).

⁵⁸ Comparte el mismo punto de vista: Phillips, Jerry J. *The Unreasonably Unsafe Product and Strict Liability*. Chicago. Chicago-Kent Law Review. Volume N° 72. 1996. p. 135.

⁵⁹ Stapleton, Jane. *Restatement (Third) of Torts: Products Liability, an Anglo-Austrian Perspective*. Topeka. Washburn Law Journal. Volume N° 39. 2000. p. 380.

⁶⁰ Bajo la misma perspectiva: Phillips, Jerry J. *Achille's Heel*. Knoxville. Tennessee Law Review. Volume N° 61. 1994. pp. 1267-70; Phillips, Jerry J. *The Unreasonably Unsafe Product and Strict Liability*. Chicago. Chicago-Kent Law Review. Volume N° 72. 1996. pp. 131-132. Gray, Oscar S. *The Draft ALI Products Liability Proposals: Progress Or Anachronism?*. Knoxville. Tennessee Law Review. Volume N° 61. 1994. p. 1114.

De otro lado, el test riesgo-utilidad en materia de defecto de información es diferente de aquel test vinculado al defecto de diseño, pues en este último el diseño no puede ser alterado de forma tal que reduzca o elimine el peligro; empero, en el primero, es barato y fácil incluir información del producto⁶¹.

Asimismo, se ha señalado que el defecto está vinculado a un inherente elemento físico o químico del producto y no a la información de dicho producto, pues si bien la carencia de una adecuada instrucción o advertencia genera responsabilidad, lo cierto es que ello no hace que el bien sea defectuoso⁶².

Respecto de la responsabilidad por defecto de diseño, resumiendo, los *Reporters* del *Restatement (Third)* indican que esta tiene un cariz subjetivo, en tanto de esta forma se crea un incentivo para los fabricantes de alcanzar óptimos niveles de seguridad en el diseño de productos. Agregan como razón adicional que una sociedad no se beneficia de bienes que son excesivamente seguros mucho más de las ventajas de artículos que son demasiado peligrosos.

Asimismo, dichos *Reporters* alegan que el inciso b) establece el test riesgo-utilidad (*risk-utility test* o *risk-utility balancing*) como la prueba estándar para juzgar el carácter defectuoso de los diseños de productos⁶³.

⁶¹ Wertheimer, Ellen. The Biter Bit: Unknowable Dangers, The Third Restatement, and the Reinstatement of Liability Without Fault. p. 35; Wright, Richard W. The Principles of Product Liability. Austin. The Review of Litigation. Volume N° 26. N° 4. 2007. pp. 1074-1075. Cabe agregar que este último autor señala que la definición del defecto de información en el *Restatement (Third)* no distingue entre la “reducción del riesgo”, esto es, las advertencias referidas al uso adecuado, las cuales si son seguidas reducirían o eliminarían los riesgos involucrados en el uso del producto; y, la “elección informada”, es decir, las advertencias respecto de los inherentes e irreducibles riesgos envueltos en el uso del producto cuyo seguimiento no los reduce, pero puede causar que la persona los evite al no usar el producto.

⁶² Shapo, Marshall S. In Search of the Law of Products Liability: The ALI Restatement Project. Nashville. Vanderbilt Law Review. Volume N° 48. 1995. pp.658-659; Castronovo, Carlo. La Nuova Responsabilità Civile. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore. Seconda Edizione. 1996. p. 302.

⁶³ Véase: Viscussi, V. Kip. Wading Through the Muddle of Risk-Utility Analysis. Washington, DC. The American University Law Review. Volume N° 39. 1990. pp.573-

De hecho, la prueba consiste en si un diseño alternativo razonable, a un costo razonable, ha reducido los riesgos previsibles del daño causado por el bien; siendo que la omisión del diseño alternativo hace que el producto no sea razonablemente seguro⁶⁴.

Tales *Reporters* indican que el consumidor debe probar que semejante diseño alternativo razonable estaba, o razonablemente podía haber estado, disponible al tiempo de la venta o distribución del producto.

En defensa del *Restatement (Third)*, el profesor David Owen ha manifestado que⁶⁵:

614. Este autor señala que existe tres tipos de test riesgo-utilidad, los cuales se describen brevemente a continuación:

1. Test riesgo-utilidad del comprador: “El objetivo de este test es simplemente medir los beneficios esperados del consumidor promedio derivados de un producto que superaría su costo esperado (...) Este test busca solo determinar si hay un beneficio neto para el comprador”. (p. 591)
2. Test riesgo-utilidad privado: “... amplía el contexto de análisis para incluir efectos sobre el productor, tal como los beneficios que obtiene (...) [este test tiene dos partes]. El primero, el producto debe pasar el test riesgo-utilidad del comprador (...) si no pasa este test, dicho producto no debe ser comercializado aun cuando el productor acumule sustancial provecho de su venta (...) Una vez que pase el primer test (...) la corte debe entonces considerar los beneficios, los cuales sirven como el estándar de medida de eficiencia económica...” (p. 595)
3. Test riesgo-utilidad social: este test “... extiende el análisis un paso más para incluir cualquier beneficio y costos a partes no involucradas en la transacción (...) El primer componente (...) es el impuesto, el cual representa un beneficio neto obtenido por la sociedad por encima del costo de producción de un producto. El segundo factor es el beneficio de otras partes, tal como el incremento de empleo que puede ocurrir debido a la producción de bienes. Incluida en esta categoría están los beneficios que la sociedad obtiene de los riesgos en la forma de reducir los costos de pensión y seguridad social, los cuales no están totalmente internalizados en los costos del producto. El tercer componente es el inesperado costo impuesto sobre terceros y los cuales no están internalizados por los usuarios de productos como, por ejemplo, sería el inesperado costo del servicio médico para terceros como un resultado de que el comprador use el producto”. (p. 596)

⁶⁴ Los *Reporters* afirman que el test riesgo-utilidad es el primero, pero no el exclusivo para determinar el defecto de diseño de un producto.

⁶⁵ Owen, David. Design Defect Ghosts. Brooklyn. Brooklyn Law Review. Volume N° 74. 2009. pp. 932-933.

“... fundamentando la responsabilidad por defectos de diseño en principios de responsabilidad subjetiva [balance, reasonableness y foreseeability], el Tercer Restatement verdaderamente restates el derecho (...) Antes del Tercer Restatement, muchas legislaciones estatales ya habían definido el defecto de diseño en ilimitados términos de precaución (...) el Tercer Restatement correctamente caracteriza un diseño como defectuoso si el fabricante falla en adoptar un diseño alternativo razonable [RAD, por sus siglas en inglés] que habría evitado el daño al demandante, en virtud a que el enfoque RAD refleja como los abogados y los jueces ordinariamente encuadran y litigan los casos de defectos de diseño en los juzgados a través de la nación”. (subrayado agregado)

Sin embargo, los propios *Reporters* del *Restatement (Third)* reconocen que no habían efectuado el *restatement* de todo el derecho estadounidense, tal como se observa a continuación⁶⁶:

“Sin haber tomado un detallado sondeo de todos los estados, nosotros habíamos asumido que ninguna jurisdicción conscientemente abrazaría un amorfo enfoque caprichoso del jurado y una o más explicaciones siguientes contadas para cada (...) referencia a las expectativas del consumidor...”

Por ello, se ha señalado que el *Restatement (Third)* no es una justa representación del derecho en acción (*case law*), puesto que no establece apropiadamente lo que en su tiempo fue el Derecho; sino lo que los *Reporters* querían que fuera⁶⁷.

⁶⁶ Twerski, Aaron D.; Henderson, James A. Jr. *Manufacturers' Liability for Defective Product Designs: The Triumph of Risk-Utility*. Brooklyn. Brooklyn Law Review. Volume N° 74. 2009. p. 1067.

⁶⁷ Roberts S. Stevens. *The Restatement (Third) of Products Liability: Is it a Reasonable Alternative Design to Tennessee's Products Liability Statute?*. Memphis. The University of Memphis Law Review. Volume N° 39. 2009. pp. 478-479.

Asimismo, se ha indicado que el *Restatement (Third)* representa fundamentalmente una visión restrictiva de la responsabilidad por productos⁶⁸, que los fabricantes y sus amigos están mucho más felices que los denunciantes y sus acompañantes⁶⁹.

En palabras de la excelente profesora australiana Jane Stapleton:

“... Crudamente, se puede decir, que el Restatement (Second) refleja el triunfo de intereses expansionistas; mientras que el Restatement (Third) refleja intereses vinculados a economizar o detener la aplicación de la responsabilidad a proveedores comerciales de productos”⁷⁰.

El profesor Jerry J. Phillips señala lo siguiente:

“Los Reporters están tratando de apretar y definir estrechamente la responsabilidad por productos, con un distintivo sesgo pro-defensa durante el proceso. El Derecho de Productos, y el tort law en general, actualmente no reflejan, de hecho, semejante análisis de camisa de fuerza (straitjacket approach)...”⁷¹

Esta visión restrictiva de la responsabilidad del productor reposa en el hecho de que las empresas no se vean perjudicadas con un mayor grado de responsabilidad como el que les otorga el *Restatement (Second)*. Sobre el particular, se observa lo siguiente⁷²:

⁶⁸ Cupp, Richard L. Jr. Preemption's Rise (and Bit of a Fall) as Products Liability Reform. Brooklyn. Brooklyn Law Review. Volume N° 74. 2009. p. 727.

⁶⁹ Ibid. p. 731.

⁷⁰ Stapleton, Jane. Restatement (Third): Product Liability, An Anglo-Australian Perspective. Topeka. Washburn Law Journal. Volume N° 39. 2000. p.371

⁷¹ Phillips, Jerry J. The Unreasonably Unsafe Product and Strict Liability. Chicago. Chicago-Kent Law Review. Volume N° 72. 1996. p. 131.

⁷² Steward, Larry S. Strict Liability for Defective Product Design. The Quest for a Well-Ordered Regime. Brooklyn. Brooklyn Law Review. Volume N° 74. 2009. pp.1042-1043.

“Por los años 1980, lo que comenzó como debate académico devino en un partidario interés de los fabricantes, comenzaron abogando que los defectos de diseño solo debían ser examinados bajo el test riesgo-utilidad. Sus argumentos fueron que mientras el test de las expectativas del consumidor era apropiado para las demandas por defectos de producción donde los consumidores esperarían que los productos fueran contruidos de acuerdo al diseño; este no tenía sentido para los defectos de diseño, en tanto los consumidores no podrían conocer todas las consideraciones involucradas para llegar a un particular diseño del producto. Según los fabricantes la única vía apropiada para evaluar las demandas por defectos de diseño era un análisis costo-beneficio que valore los riesgos y beneficios del diseño (...) Lo que la industria manufacturera buscó fue un expreso test riesgo-utilidad de modo que los jurados tendrían que hacer una análisis costo-beneficio para determinar la responsabilidad (...) el enfoque riesgo-utilidad rechazó la justicia correctiva por la teoría del análisis económico del derecho, para la cual el vendedor de productos solo sería responsable cuando el riesgo del producto, en la balanza, supere los beneficios de colocar un producto en el mercado”. (pies de página omitidos)
(subrayado agregado)

En la elaboración del *Restatement (Third)* participaron la Asociación de Abogados Litigantes de América, el *Product Liability Advisory Council* (en adelante, PLAC) «y otros grupos de interés, para estar seguro de que ningún punto de vista fuera dejado de lado»⁷³.

Sobre el particular, el PLAC es una institución “sin fines de lucro” que nació en los inicios de la década de 1980s y representa a más de ciento treinta (130) empresas de la industria manufacturera y centenares de abogados que defienden a los productores.

⁷³ Schwartz, Victor E. *The Restatement (Third) of Torts: Products Liability –The American Law Institute’s Process of Democracy and Deliberation*. Hempstead-New York. Hofstra Law Review. Volume N° 26. 1998. pp.754-755.

La incidencia del PLAC sobre el *Restatement (Third)* ha sido tan capital que se ha señalado que cuando “... *En 1991 el American Law Institute emprendió el borrador de un nuevo exhaustivo restatement (...) Este borrador propuso que las demandas de responsabilidad por productos fueran divididas en defectos de producción, defectos de diseño y casos de falta de información, un concepto cercanamente paralelo a la agenda del Product Liability Advisory Council (PLAC)*”⁷⁴.

Por otra parte, el análisis del defecto de diseño a través del test riesgo-utilidad no está exento de problemas, pues se ha señalado que las cortes y los analistas de sentencias si bien utilizan este tipo de test, no comprenden que deben sopesar⁷⁵:

*“... ¿Qué debe ser sopesado y contra que, en casos de defectos de diseño? ¿Deberían todos los riesgos del producto diseñado, visto en su conjunto, ser sopesados contra la total utilidad del mismo diseño? O ¿Es el propio balance entre la totalidad de los riesgos y la utilidad del diseño del producto alternativo que el denunciante reclama el que debería ser adoptado? ¿El verdadero balance requiere una comparación de los riesgos y utilidades del diseño elegido, por un lado, contra los riesgos y beneficios del diseño alternativo propuesto, por otro lado? O ¿Deberían las cortes más estrechamente sopesar el incremento de los riesgos (o costos) y las utilidades (o beneficios) resultantes solo del diseño alternativo, en la peculiar manera propuesta por el denunciante? (...) el nuevo Restatement cantinflea, como muchas cortes y comentaristas, precisamente, sobre cual debería ser el propio test riesgo utilidad para los casos de defectos de diseño. El Restatement establece, ampliamente, que los riesgos y beneficios del producto elegido y el alternativo deberían de alguna forma ser comparados; sin embargo, adopta el popular análisis del “cajón de sastre” (grab-bag), colocando en el test (balance) casi todo a la vista”*⁷⁶.

⁷⁴ Steward, Larry S. Strict Liability for Defective Product Design. The Quest for a Well-Ordered Regime. Brooklyn. Brooklyn Law Review. Volume N° 74. 2009. p.1043.

⁷⁵ Owen, David. Risk-Utility Balancing in Design Defect Cases. Ann Arbor. University of Michigan Journal of Law Reform. Volume N° 30. 1997.p. 239.

⁷⁶ Ibid. pp. 240-241; Owen, David. Design Defect Ghosts. Brooklyn. Brooklyn Law Review. Volume N° 74. 2009. pp. 952-953.

Con la finalidad de salvaguardar el test riesgo-utilidad de este “macro-balance”, se ha señalado que el análisis debe realizarse considerando un “micro-balance”, tal como se observa a continuación:

«... el defecto de diseño es mejor determinado usando una forma de “micro-balance”, el cual se centra en el costo y beneficio de adoptar la particular característica del diseño alternativo propuesto por el denunciante, antes que intentar un global “macro-balance” de todos los riesgos y beneficios del diseño elegido o alternativo, es decir, si el denunciante enmarca el tema en términos de defectuosidad de un motor fuera de borda no equipado con un protector de hélice, la propia investigación involucra el balance de costos y beneficios que resultarían de añadir semejante protector, no del costo y beneficio de todos los motores fuera de borda...»⁷⁷

En este punto es necesario tener en cuenta que, cualquiera que sea el supuesto del test riesgo-utilidad, macro o micro balance, el fundamento del mismo sigue siendo el análisis del costo y beneficio del producto, por lo que no escapa a las críticas que recaen sobre este test. En efecto, se ha indicado que:

“El (...) análisis de utilidad viola no solo los principios de las obligaciones interpersonales que resaltan el fundamento moral del derecho de la responsabilidad (torts) (...) El abrazo del modelo económico (...) empobrece el derecho de la responsabilidad por producto y el Tercer Restatement (...) Para jueces y abogados, el principal mensaje de la sección § 402 A del Segundo Restatement fue

Bajo la misma perspectiva, se ha señalado que el test riesgo-utilidad presenta tres problemas fundamentales: el primero, la dificultad en cuantificar y comparar los riesgos y beneficios; el segundo, la dificultad de encontrar un apropiado objeto con el cual comparar los riesgos y beneficios; y, el tercero, no es el único enfoque para examinar la defectuosidad del producto: Chunt, John H. *The New Citadel: A Reasonable Designed Products Liability Restatement*. Ithaca, New York. Cornell Law Review. Volume N° 79. 1994 p.1673.

⁷⁷ Owen, David. *Toward a Proper Test for Design Defectiveness: “Micro-balancing” Costs and Benefits*. Austin. Texas Law Review. Volume N° 75. 1997.p. 1664.

el compromiso de proteger al consumidor contra el poder de la industria, fundamentado en la obligación de poseer un conocimiento superior y dando como resultado la capacidad para evitar daños, los fabricantes y sus vendedores tienen consecuentemente el deber de actuar para proteger a aquellos que pueden ser afectados por sus productos...⁷⁸.

Aceptar el test riesgo-utilidad implica que el fabricante no será responsable cuando los beneficios de los productos sean mayores que los costos de producirlos; sin embargo, una perspectiva como esta es absolutamente perjudicial y contraria al derecho, en la medida que una persona compra un producto con el fin de beneficiarse de este, sin esperar verse perjudicado por el cambio del producto que se encuentra fallado o afectado en sus bienes jurídicos fundamentales como, por ejemplo, los derechos a la vida y salud, los cuales se encuentran recogidos en la Constitución Política del Perú.

Bajo esta última perspectiva, obsérvese lo planteado por la profesora Jane Stapleton respecto de los problemas que causan los productos defectuosos en la vida y salud de las personas⁷⁹:

“... la reacción adversa ocurre debido a un peligro no eliminable en el diseño de la vacuna, al cual el 0,1 por ciento de los usuarios son susceptibles, el fabricante puede escapar a su responsabilidad indicando que esta tasa inevitable del 0,1 por ciento de reacción adversa es razonable, considerando los beneficios del producto diseñado. Esta es una absurda anomalía”.

Lo expuesto permite apreciar que el test riesgo-utilidad no excluye el defecto en el producto, sino que traslada el análisis de la defectuosidad del bien a consideraciones meramente económicas, lo cual trae como consecuencia

⁷⁸ Conk, George W. Punctuated Equilibrium: Why § 402 A Flourished and the *Third Restatement* Languished. Austin. The Review of Litigation. Volume N° 26. N° 4. 2007. pp. 803-804.

⁷⁹ Stapleton, Jane. Products Liability Reform – Real or Illusory?. Oxford. Oxford Journal of Legal Studies. Volume N° 6. 1986. p.404

que las personas sean tratadas como «conejillos de indias», pues los fabricantes al tomar conocimiento que sus productos contienen un defecto van a someterlos a controles y pruebas (testeo), de modo que pueden mejorarlos o retirarlos del mercado sin que se vean sujetos a responsabilidad alguna.

Sobre el particular, se ha señalado que el *Restatement (Third)* “... establece que el diseño del producto (cuando causa daño a la persona) solo puede ser examinado a través de los lentes del análisis costo-beneficio; sin embargo, esto denigra la seguridad del producto a un rol subsidiario, mediante el cual el fabricante puede escapar a su responsabilidad por productos inseguros si el consumidor fuera incapaz de acreditar la prueba del diseño alternativo razonable o probar suficientemente la cuantía del riesgo. Semejante regla pone a los consumidores bajo el riesgo de convertirse en conejillos de indias (guinea pigs) para pruebas de campo de nuevos productos...”⁸⁰.

Es por ello que se ha señalado que el test riesgo-utilidad “... tiene un aspecto indeseado de hacer recaer el peso económico contra las vidas humanas...”⁸¹.

De otro lado, en lo concerniente al requisito del diseño alternativo razonable para determinar si hay un defecto en el diseño del producto, la profesora Ellen Wertheimer agrega que: “El objetivo del requisito del diseño alternativo razonable fue claramente regresivo. Bajo este estándar, los fabricantes nunca serían culpables a menos que el producto haya podido ser presentado más seguro (...) Bajo el Tercer Restatement, los productores solo serían responsables por productos con peligro curable y nunca por productos cuyos diseños no pudieron ser cambiados para reducir o eliminar sus peligros”⁸².

Por su parte, el profesor Frank J. Vandall ha señalado que “el aparente objetivo del requisito del diseño alternativo razonable es frustrar a los consumidores

⁸⁰ Steward, Larry. Ob. Cit. p. 1052.

⁸¹ Phillips, Jerry J. The Unreasonably Unsafe Product and Strict Liability. Chicago. Chicago-Kent Law Review. Volume N° 72. 1996. 157.

⁸² Wertheimer. The Biter Bit: Unknowable Dangers, The Third Restatement, and the Reinstatement of Liability Without Fault. pp. 57-58.

*y prevenir que presenten demandas que puedan cortar las ganancias de la industria manufacturera americana*⁸³, ello en la medida que coloca sobre el demandante la carga de conocer y probar el defecto, lo cual ignora el hecho de que en la actualidad muchos productos son complejos y se encuentran más allá de la comprensión del consumidor y al hacer recaer las pérdidas sobre él asume que este último está también asegurado como el vendedor⁸⁴.

Asimismo, el profesor Frank J. Vandall indica que el diseño alternativo razonable “... en cada aspecto la Sección 2(b) [del Restatement Third] es perjudicial para el consumidor e incrementa el precio de las demandas por responsabilidad por productos, por el costo de un perito o la presentación de un diseño alternativo razonable (...) El objetivo original de la responsabilidad objetiva (strict liability) fue beneficiar al consumidor y prevenirlo de probar la negligencia (negligence) [del productor]”⁸⁵.

Por otro lado, el test del diseño alternativo razonable pertenece a un supuesto de hecho distinto al de la responsabilidad por productos defectuosos, en tanto está orientado a determinar la responsabilidad del fabricante en los supuestos denominados de Segunda Colisión, *Enhanced Injury* o *Crashworthiness* para vehículos. Así, se ha señalado:

«El concepto básico que subyace al crashworthiness (también denominado como segunda colisión) (...) es que el fabricante del producto diseñado, que va a ser ocupado durante el tránsito, debe

⁸³ Vandall, Frank J.; Vandall, Joshua F. A Call for an Accurate Restatement (Third) of Torts: Design Defect. Memphis. University of Memphis Law Review. Volume N° 33. 2003. p. 925.

Se ha señalado que la exigencia del diseño alternativo razonable “... se justifica porque sus resultados son más confiables y las consecuencias más justas”; sin embargo, no ha sustentado este argumento: Perkins, Cami. The Increasing Acceptance of the Restatement (Third) Risk Utility Analysis in Design Defect Claims. Las Vegas. Nevada Law Journal. Volume N° 4. 2004. pp. 609-625.

⁸⁴ Vandall, Frank J. The Restatement (Third) of Torts: Products Liability Section 2(b): The Reasonable Alternative Design Requirement. Knoxville. Tennessee Law Review. Volume N° 61. 1994. p.1423.

⁸⁵ Vandall, Frank J. Constricting Products Liability: Reforms in Theory and Procedure. Emory University School of Law. Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Research Paper N° 03-10. 2003. pp. 11-12.

incluir las colisiones como un uso previsible del producto (...) En términos simples, un “defecto en el producto no es el que causa el accidente, sino lo que ocasiona el daño es un defecto crashworthiness” (...) El concepto de crashworthiness generalmente no está implicado como causa del accidente inicial; sino que el defecto alegado es la incapacidad del producto de proteger a los ocupantes en una colisión»⁸⁶. (subrayado agregado)

«... Mientras que la responsabilidad por productos vehiculares tradicionales se ha centrado sobre los defectos que causan el accidente, la investigación en demandas crashworthiness recaen, por el contrario, en cuan bien o cuan pobre el vehículo minimizó el daño relacionado con el accidente del demandante. Por consiguiente, las preguntas en demandas crashworthiness son sí, y hasta qué grado, el vehículo o su supuesta característica defectuosa irrazonablemente “mejoró (enhanced)” o “agravó” los daños»⁸⁷ (subrayado agregado)

«... “crashworthiness” o “segunda colisión” (...) busca imponer responsabilidad bajo el Common-Law sobre la industria automotriz por los daños causados como consecuencia de colisiones, a pesar del hecho de que ningún defecto o mal funcionamiento en el vehículo generó el percance. Los promotores de la teoría sostienen que el fabricante, además de los otros vendedores en la cadena de distribución, deben responder por los daños causados a una persona en una colisión generada por culpa propia o de otros (...) como habría sido evitado o mitigado utilizando un diseño vehicular de diferente medida, forma, construcción o ensamblaje»⁸⁸ (subrayado agregado)

«... el demandante debe comparar sus supuestos daños causados por un diseño defectuoso con los perjuicios que habría sufrido si el

⁸⁶ Lavell, Patrick. Crashing Into Proof of a Reasonable Alternative Design: The Fallacy of the Restatement (Third) of Torts: Product Liability. Pittsburgh. Duquesne Law Review. Volume N° 38. 2000. pp. 1072-75.

⁸⁷ Hoenig, Michael. Resolution of “Crashworthiness” Design Claims. Queens-New York. Saint John’s Law Review. Volume N° 55. 1981. pp. 635-636.

⁸⁸ Hoenig, Michael; Werber, Stephen J. Automobile “Crashworthiness”: an Untenable Doctrine. Cleveland. Cleveland State Law Review. Volume N° 20. 1971. p.578

*fabricante habría usado un diseño igualmente práctico (equally feasible) (...) La base de la comparación para determinar la existencia de enhanced injuries está establecida cuando el denunciante prueba: (1) la existencia de un diseño alternativo práctico bajo las circunstancias que habría sido usado por el fabricante...*⁸⁹(subrayado agregado)

Lo expuesto permite apreciar que el diseño alternativo razonable no se encuentra vinculado al defecto de diseño del producto en sí mismo; sino que está orientado a evitar o mitigar el daño que sufriría una persona como consecuencia de una colisión.

Así, si una persona atraviesa el parabrisas delantero de un automóvil que ha sido chocado por la parte posterior, el defecto *crashworthiness* se encontraría en la incapacidad del fabricante de haber previsto que saldría eyectada a través del parabrisas ante una colisión al no colocar un mecanismo que lo evite como, por ejemplo, cinturones de seguridad; pese a que, en la oportunidad en que se fabricó el vehículo, había otros productores que si los colocaban en sus vehículos (diseño alternativo razonable).

De otro lado, la responsabilidad objetiva del productor también encontró otra limitación, en la medida que debía tomarse en cuenta el estado del arte (*state of the art*) al momento que el producto es elaborado y vendido.

3.3 El Estado del Arte

El estado del arte ha sido esgrimido por los fabricantes como un medio de defensa con la finalidad de liberarse de responsabilidad por los defectos de sus productos, es decir, cuando ha transcurrido tiempo desde que el

⁸⁹ Reichert, Robert C. Limitations on Manufacturer Liability in Second Collisions Actions. Montana. Montana Law Review. Volume N° 43. 1982. p.114.

producto fue puesto en el mercado -siendo que en aquella oportunidad no se conocía la defectuosidad del mismo- y el daño sufrido por la persona que utilizó el bien⁹⁰.

3.3.1 Tipos de estado del arte

Sobre el particular, se ha indicado que existen cuatro tipos de estado del arte, los cuales se describen a continuación⁹¹:

⁹⁰ La primera oportunidad en la que se usó el término “estado del arte” fue en el caso *Richard S. Day v Barber Colman Co.*, el cual versó sobre lo siguiente:

El 12 de febrero de 1951, el señor Day se encontraba trabajando para un señor llamado A. Dobnick, este último fue requerido por *Barber Colman Co* para instalar una puerta vertical que había fabricado y vendido a la Compañía *Yates American Machine*; durante la instalación dicha puerta cayó sobre el señor Day, quien sostuvo que *Barber Colman Co* fue negligente en el diseño, fabricación y prueba de la puerta, pues no tenía un mecanismo de detención que evitara que se rompieran los tensores, desequilibrara y viniera abajo.

El 14 de junio de 1956, el Segundo Distrito de la Corte de Apelación de Illinois indicó que:

“Evidentemente, el diseño ha sido encontrado seguro en la industria por la experiencia y, por muchos años, ha sido usado con seguridad por los instaladores, el estado del arte en esa oportunidad y el historial de utilización del producto no indicaron ni requirieron cambio alguno del material en el diseño o producción”. (subrayado agregado).

La información sobre este caso ha sido tomada de la página web que se indica a continuación:

En: <https://www.courtlistener.com/opinion/2186436/day-v-barber-colman-co/>
(Página visitada el 12 de noviembre de 2017, a las 13:07 horas)

⁹¹ La división en cuatro tipos de estado del arte se realiza en función de lo planteado en la doctrina estadounidense por Sprabley, Garey B. *Defense Use of State of the Art Evidence in Strict Product Liability*. Minneapolis. Minnesota Law Review. Volume N° 67. 1982-1983. pp.343-439; y, en sede nacional, por Woolcott Oyague, Olenka. *Riesgo de desarrollo y responsabilidad del productor*. Lima. Primera edición. Fondo Editorial Universidad de Lima. 2010.

Asimismo, en general, sobre el estado del arte, puede verse lo siguiente:

Robb, Gary C. *A Practical Approach to Use of State of The Art Evidence in Strict Products Liability Cases*. Chicago. Northwestern University Law Review. Volume N° 77. Number N° 1. 1983. pp.1-33; Tartanson, Florence. *Les risques de développement dans la responsabilité des fabricantes. Etude comparative*. Institut de Droit Comparé. Université McGill. Montreal. 1990. En:

3.3.1.1 Las Prácticas de la industria. Las prácticas de las industrias pueden ser consideradas como costumbres, las cuales han sido

digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=O&dus=1509564006015~607, descargado el 19 de abril de 2016 a las 23:05 horas; Stolker, Carel Jan Josef Marie. Objections to the Development Risk Defense. *Medicine and Law*. Volume N° 9. 1990. pp. 783-800; Rajneri, Eleonora. The Ambiguous Concept of Product Defectiveness and the Business Risk: Different Approaches of European and U.S. Courts Comparing the Producer's and User's Behaviour. *Global Jurist*. Volume N° 11. 2011. Article N° 2. pp.1-30; Ausness, Richard C. "Fasten your Seat Belt, Orville": Exploring the Relationships Between State-of-the-Art, Technological and Commercial Feasibility, and the Restatement's Reasonable Alternative Design Requirement. *Indianapolis. Indiana Law Review*. Volume N° 45. 2012, pp. 669-717; Tsui, Mabel. The State of the Art Defence: Defining the Australian Experience in the Context of Pharmaceuticals. *Brisbane. Qut Law Review*. Volume N° 13, Number N° 1, 2013. pp.132-157; Karanikić, Marija. Development Risks. *Belgrade. Annals of the Faculty of Law in Belgrade – International Edition*. Volume N° 1. 2006. pp.117-148; Von Hulsen, Hans-Vigo. Design Liability and the State of the Art: The United States and Europe at a Crossroads. *Queens-New York. Saint John's Law Review*. Volume N° 55. N° 3. 1981. pp. 450-490; Calabresi, Guido. Symposium: The Passage of Time: The Implications for Product Liability: Commentary. *New York. New York University Law Review*. Volume N° 58. 1983. pp.939-944; Salvador Coderch, Pablo y Rubí Puig, Antoni. Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes judiciales. *Barcelona. Indret*. N° 1. 2008. pp. 1-63; Birnbaum, Sheila L. and Wrubel, Barbara. "State of The Art" and Strict Product Liability. *Chicago. Tort & Insurance Law Journal*. Volume N° 32. 1985-1986. pp. 30-43; Henderson, James A. Jr. Coping with the Time Dimension in Product Liability. *Berkeley. California Law Review*. Volume N° 69. 1981, pp. 919-968; Murray, James T. Jr. The State of the Art Defense in Strict Product Liability. *Milwaukee. Marquette Law Review*. Volume N° 57. 1974. pp. 649-660; Byrne, Richard E. Strict Liability and the Scientifically Unknowable Risk. *Milwaukee. Marquette Law Review*. Volume N° 57. 1974. pp.660-675; O'Donnell, Edward T. Design Litigation and the State of the Art: Terminology, Practice and Reform. *Akron. Akron Law Review*. Volume N° 11. 1978. pp. 627-661; Terry, Nicolas P. State of the Art Evidence: From Logical Construct to Judicial Retrenchment. *Chichester-England. Anglo-American Law Review*. Volume N° 20. 1991. pp.285-308; Moran Schwartz, Teresa. Prescription Products and the Proposed Restatement (Third). *Knoxville.Tennessee Law Review*. Volume N° 64. 1994. pp. 1357-1405; Johnson, Anita. Products Liability "Reform": A Hazard to Consumers. *Chapel Hill. North Carolina Law Review*. Volume N° 56. 1978, pp. 677-692; Oliphant, Ken. Tort Law, Risk, and Technological Innovation in England. *Montreal. McGill Law Journal*. Volume N° 59. Number 4. 2014, pp. 819-845; Wertheimer, Ellen. Unknowable Dangers and the Death of Strict Product Liability: The Empire Strikes Back. *Cincinnati. University of Cincinnati Law Review*. Volume N° 60. 1992, pp.1183-1271; Liu, Josephine. Two Roads Diverged in a Yellow Wood: The European Community Stays on the Path to Strict Liability. *New York. Fordham International Law Journal*. Volume N° 27. N° 6. 2003, pp. 1940-2006; Oudot, Pascal. Le risque de développement. *Contribution au maintien du droit à réparation*. Dijon. Éditions Universitaires de Dijon. s/e. 2005. 358 pp; Wesendonck, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado. *Porto Alegre. Direito & Justiça*. Volume N° 38. Número N° 2. 2012. pp. 213-227.

desarrolladas por años o estar contenidos en estándares de la propia industria⁹².

Al respecto, este tipo de estado del arte examina si los fabricantes durante el proceso productivo han cumplido con las prácticas de la industria, por lo que de ser ello así se los exoneraría de responsabilidad (subjetiva).

Sin embargo, se ha señalado que el cumplimiento de las prácticas de la industria no es por si mismo evidencia de una debida diligencia (*reasonable care*)⁹³, ni determina que el producto deje de ser considerado defectuoso⁹⁴.

3.3.1.2 La Regulación Estatal. La regulación del Estado también puede ser considerada como estado del arte, siendo que solo resulta aplicable a los defectos de diseño e información; mas no así a los defectos de fabricación, en la medida que resulta evidente que no han alcanzado los estándares de la regulación estatal. Bajo esta perspectiva, si los productos alcanzan los estándares gubernamentales los fabricantes son eximidos de responsabilidad alguna.

Empero, se ha indicado que los estándares gubernamentales solo definen el mínimo que deben alcanzar los productos en calidad y condiciones de distribución⁹⁵, de hecho se ha señalado que:

“... [los] estándares gubernamentales casi universalmente establecen el mínimun de requerimientos. Estos requerimientos no pretenden representar el más avanzado estado del arte o la mayor seguridad que

⁹² Spradley. Ob. Cit. pp. 344-345, 350; Woolcott. Ibid. p.23; Tartanson. Ob. Cit. p.15; Robb. Ob.Cit. p.4; Ausness. “Fasten your Seat Belt, Orville”. pp. 677-682.

⁹³ Ausness. Ibid. p. 678.

⁹⁴ Robb. Ob.Cit.pp.7.

⁹⁵ Spradley. Ob. Cit. p. 367; Woolcott. Ob. Cit. p.29; Ausness. Ob. Cit. p. 682.

es tecnológicamente posible; por el contrario, las regulaciones gubernamentales definen los límites inferiores de los estándares de seguridad. Las especificaciones contenidas en regulaciones, reglas (rules) y estándares simplemente representan estándares debajo de los cuales ningún producto debería caer...⁹⁶

“... los requisitos requeridos para la aprobación del producto constituyen estándares mínimos, cuya observancia no libera al fabricante que no haya adoptado las debidas precauciones (...) la autorización integra una resolución (provvedimento) comúnmente considerada para el desarrollo de una actividad vinculada, y no ya un poder discrecional de la Administración Pública...⁹⁷

Pese a ello, la regulación estatal no solo ha sido vista como un tipo de estado del arte que los fabricantes pueden esgrimir para liberarse de responsabilidad; sino, también, como un medio de defensa que no está orientado a un examen de fondo de la defectuosidad del producto, en la medida que recae en el ámbito procesal, pues evita que las cortes se pronuncien sobre el caso puesto a su conocimiento.

Sobre el particular, el *Tort Law* estadounidense ha sufrido un ataque silencioso, pues no se han realizado reformas directas y abiertas para subvertir la responsabilidad de los productores en las cortes de los distintos estados que conforman ese país; sino que, por el contrario, las agencias gubernamentales han formado parte de la reforma indirecta del *product liability*⁹⁸, por intermedio de lo que se conoce como *Preemption*.

⁹⁶ Spradley. Ob. Cit. p. 370.

⁹⁷ Querci, Agnese. La responsabilità da farmaci nell'ordinamento statunitense: cronaca di una realtà che cambia. Milano. Danno e responsabilità. Volume N° 3. 2009. p.251.

⁹⁸ Querci, Agnese. Ob. Cit. pp.250-259; Clune, Margaret H. Stealth Tort Reform: How the Bush Administration's Aggressive Use of the Preemption Doctrine Hurts Consumers. En: www.progressivereform.org/article/preemption.pdf, pp1-16, visitado el 13 de diciembre de 2017, a las 16:39 horas (esta autora habla de la captura del regulador, esto es, de la *Food and Drug Administration*); Vladeck, David C. The Emerging Threat of Regulatory Preemption. En: <https://www.acslaw.org/files/Vladeck%20Issue%20Brief.pdf>. p.1, visitado el 27 de noviembre de 2017, a las 09:13 horas; Cupp, Richard L. Jr. Preemption's Rise (and Bit

«... el término *preemption* (...) se refiere específicamente a la (...) defensa que extinguirá las demandas (*actions*) por daños personales planteadas bajo los *torts* del *common law*. En un escenario de *preemption*, el demandante atribuye un daño al producto defectuoso; el vendedor demandado responde diciendo que una particular regulación federal sobre el tema previene (*preempts*) la demanda (*claim*) –porque el Congreso, ejerciendo un supremo poder legislativo, ha dicho ello– y, por lo tanto, cualquier corte que aplique el derecho estatal debe desestimarla.

El *Preemption* se divide en dos categorías. El *Preemption “Expreso”* está presente cuando el Congreso realiza abiertamente una afirmación acerca de su intención de excluir el *common-law tort liability* (...) *Preemption “Implícito”*, cuando las cortes leen en un estatuto un pertinente intento congresal, es decir, u ocupa todo el ámbito a través de la regulación federal (“*field preemption*”) o establece un esquema regulatorio inconsistente en sus particularidades con lo que los litigantes podrían recibir si ellos prevalecen bajo el *tort law* del estado (a menudo llamado “*conflict preemption*”)...⁹⁹» (subrayado agregado)

La teoría del *Preemption* se fundamenta en la Cláusula de Supremacía, la cual establece que el derecho federal se encuentra por encima de los derechos estatales, tal como se observa a continuación en la Segunda Cláusula del Artículo VI de la Constitución estadounidense:

“Esta Constitución, y las Leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella; y todos los Tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la Ley Suprema del país; y los Jueces de cada Estado estarán por lo tanto obligados a observarlos, sin consideración de ninguna cosa en contrario en la Constitución o las leyes de cualquier Estado”.

of a Fall) as Products Liability Reform. Brooklyn. Brooklyn Law Review. Volume N° 74. 2009. pp. 727-758.

⁹⁹ Bernstein, Anita. Implied Reverse Preemption. Brooklyn. Brooklyn Law Review. Volume N° 74. 2009. pp.671-672.

En Estados Unidos el *Tort Law* estatal ha sido visto como una fuente complementaria de las regulaciones (*regulation through litigation*), pero no en oposición a estas, en la medida que no solo sirve para compensar a las víctimas, sino que también complementa la regulación y permite al público acceder a la información no revelada por el fabricante (asimetría o captura de la información)¹⁰⁰.

De hecho, se resalta el carácter revelador de las demandas civiles ante las características de los productos no informados por los fabricantes a las entidades reguladores, tales como la *Food and Drug Administration* (en adelante, FDA) o *National Highway Traffic Safety Administration* (en adelante, NHTSA), a través del *Discovery*¹⁰¹. Al respecto, se puede citar lo siguiente:

“... el juicio entablado por los vecinos de DuPont [de Nemours & Co] por desechos tóxicos (...) desenterró documentos internos que revelaron que DuPont sabía desde hace mucho tiempo de los peligros del químico PFOA, usado para hacer Teflón; pero no informó los efectos adversos a los reguladores como lo exigía la ley. Los documentos también revelaron que DuPont conocía que el PFOA fue encontrado en la sangre de los bebés nacidos de sus trabajadoras y estaba en peligrosas concentraciones en locales privados y en bebederos públicos de agua. Como resultado del tort litigation (...) la

¹⁰⁰ Wagner, Wendy. *When All Else Fails: Regulating Risky Products Through Tort Litigation*. Washington. The Georgetown Law Journal. Volume N° 95. 2007. p .695.

¹⁰¹ Clune. Ob. Cit. p. 9; Wagner, Wendy. Ob. Cit. p.712.

“El discovery no es –propriadamente- una prueba o medio de prueba, sino un procedimiento destinado a la averiguación de los indicios materiales y datos necesarios para preparar un pleito, sin los cuales, el demandante no tendría el material necesario –en el sentido de pruebas y verificaciones– para poder plantearlo, de un lado. Y, de otro, no implica el descubrimiento de pruebas (entendida esta expresión en sentido procesal), sino de elementos, documentos o cualquier otro tipo de soporte del que puedan deducirse pruebas en el proceso...”

En:

https://w3.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2014-03/articulos_prueba-judicial-y-practica.pdf. p.15.

Visitado el 20 de diciembre de 2017, a las 08:37 horas.

*EPA [Agencia de Protección Ambiental] entabló una subsiguiente acción de cumplimiento contra DuPont por evitar reportar estos efectos adversos bajo la Toxic Substances Control Act...*¹⁰²

El más paradigmático ejemplo sobre el particular es la FDA. Así, se ha indicado que esta institución ha efectuado un cambio de ciento ochenta grados respecto de su posición primigenia, la cual consistía en que las cortes estatales debían pronunciarse sobre los casos sometidos a su jurisdicción salvo que hubiera un *Preemption* Expreso y, por su parte, estos órganos judiciales establecieron una presunción contra *Preemption*¹⁰³, bajo el fundamento siguiente:

*“Esta presunción (...) es consistente con los principios fundamentales sobre los cuales recae la teoría de la preemption (...) La premisa inicial es que los Estados son independientemente soberanos en el sistema de gobierno federal de los Estados Unidos. Es un principio familiar del derecho constitucional que poderes no delegados al gobierno federal son reservados a los Estados. Entre los más básicos poderes están los poderes de policía –el inherente poder soberano de hacer todo lo que sea necesario (all laws necessary) para preservar la seguridad pública, salud y bienestar...”*¹⁰⁴

Sin embargo, la FDA y las demás agencias regulatorias plantearon que las cortes estatales debían desestimar las demandas de responsabilidad civil en atención al *Preemption* Implícito. De hecho, la FDA ha señalado como fundamento:

“Dada la amplitud de la regulación de la FDA en la seguridad de medicinas (drugs), efectividad y etiquetado bajo la ley (act),

¹⁰² Wagner, Wendy. Ob. Cit. pp.712-713.

¹⁰³ Vladeck, David C. Preemption and Regulatory Failure. California. Pepperdine Law Review. Volume N° 33. 2005. pp. 95-132; Sharkey, Catherine M. Products Liability Preemption: An Institutional Approach. Washington. The Georgetown Law Review. Volume N° 76. 2008. p .456.

¹⁰⁴ Clune. Ob. Cit. p.3.

requerimientos adicionales para divulgar información de riesgo no necesariamente son más protectoras de los pacientes; por el contrario, estos requerimientos pueden erosionar e interrumpir la cuidadosa y veraz representación de beneficios y riesgos que los prescriptores necesitan hacer (...) acerca del uso de las medicinas. La Exageración de los riesgos puede desalentar el uso apropiado de una medicina benéfica”¹⁰⁵.

Del planteamiento esgrimido por la FDA se deduce que no es necesaria la participación del *Tort Law* estatal, es decir, una regulación a través del litigio, pues con la emanación de sus estándares gubernamentales se cumple la función de proteger a las personas, en la medida que ya ha verificado la seguridad del producto.

Una posición como la esgrimida por la FDA y las demás agencias regulatorias libera de responsabilidad a los fabricantes; empero, del otro lado, perjudica a las personas que adquieren los productos, en virtud a que de encontrarse defectuoso el mismo no podrán acceder a la reparación y resarcimiento del daño, en tanto las cortes estatales desestimarían sus demandas en aplicación del *Preemption*.

Un ejemplo de lo pernicioso de esta postura lo señala el profesor Vandall al hablar del “análisis decapitador”: la NHTSA aprobó que los fabricantes de vehículos pudieran colocar en lugar de *air bags* frontales cinturones de seguridad en el cuello de las personas, por lo que el productor no podía ser declarado responsable por haber puesto tales cinturones, pese a que se observó en las pruebas que los maniquíes se quedaban sin cabeza¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Sharkey, Catherine M. Preemption by Preamble: Federal Agencies and the Federalization of Tort Law. Chicago. DePaul Law Review. Volume N° 56. 2007. p.241.

¹⁰⁶ Vandall, Frank J. A History of Civil Litigation-Political and Economics Perspectives. New York. Oxford University Press, Inc. 2011. p.53.

De otro lado, se ha indicado que el estado del arte como estándares gubernamentales poseen los siguientes problemas¹⁰⁷:

- (i) Las entidades gubernamentales no tienen suficientes recursos económicos y humanos para analizar y examinar los productos que son puestos a su conocimiento para su aprobación; ni para monitorearlos en el mercado¹⁰⁸.
- (ii) La captura de la información trae como consecuencia que las empresas comuniquen a los reguladores estatales solo aquello que resulte conveniente¹⁰⁹. Al respecto, puede observarse lo siguiente:

“Dada la enorme magnitud de las inversiones en cuestión, es de esperar que las empresas dediquen sus recursos a financiar investigaciones en las cuales existan mayor probabilidad de resultados favorables y que intenten evitar que resultados pocos favorables a sus productos sean divulgados. Son tan críticas las implicaciones que este asunto tiene para la confiabilidad de los artículos publicados por las revistas científicas, esto es para la credibilidad social de la ciencia biomédica, que son numerosos los estudios que han explorado los posibles sesgos que pueda producir el patrocinio de la industria farmacéutica sobre los resultados de las investigaciones publicadas (...) No se trata de sesgos que puedan ser atribuidos sólo a la elección de lo que se publica y lo que no se publica. El diseño mismo de las pruebas clínicas puede incorporar sesgos orientados a favorecer los resultados buscados por la empresa: las dosis utilizadas para las comparaciones entre terapias, las características de los grupos humanos seleccionados, el tiempo de duración de las experiencias clínicas, etc. (...). Es frecuente que las pruebas

¹⁰⁷ Querci, Agnese. Ob. Cit. p. 372; Ausness. Ob. Cit. pp. 682-683.

¹⁰⁸ Moran Schwartz, Teresa. Ob. Cit. pp. 1385-1389; Davis, Mary J. On Restating Products Liability Preemption. Brooklyn Law Review. Volume N° 74. 2009.p.778; Vladeck, David C. The Emerging Threat of Regulatory Preemption. p.4.

¹⁰⁹ Ibid; Wagner, Wendy. Ob. Cit. p. 708.

clínicas contrasten el medicamento investigado con un placebo en lugar de hacerlo con un medicamento conocido, de manera que, aun en el caso que resulte más eficaz que el placebo, no se sabe si es mejor que medicamentos ya disponibles en el mercado...¹¹⁰. (pies de página omitidos) (subrayado agregado)

“Un importante grupo de casos involucra el medicamento conocido como MER/29, el cual fue eficaz en reducir el colesterol en la sangre, pero se encontró que luego de que fue puesto en el mercado causaba peligrosos efectos secundarios, incluyendo cataratas en los ojos del usuario (...) posteriores decisiones en los mass litigation permitieron el resarcimiento (recovery), sobre la base de la evidencia que el denunciado contaba con suficiente información y había tergiversado (misrepresented) sus experimentos ante la Food and Drug Administration, con la finalidad de obtener el privilegio de comercializarlo”¹¹¹. (pies de página omitidos) (subrayado agregado)

- (iii) Las agencias gubernamentales no pueden determinar cada reacción adversa de una nueva medicina, debido al limitado periodo de tiempo entre las pruebas clínicas antes del ingreso al mercado y su puesta a disposición de las personas¹¹².
- (iv) Las agencias gubernamentales pueden ser capturadas por las empresas¹¹³. En el Perú, puede recordarse la captura de Osiptel:

*«El 1° de diciembre del 2009, los funcionarios de la Gerencia de Políticas Regulatorias de **Osiptel** Jorge Nakasato, Pabel*

¹¹⁰ Lander, Edgardo. La ciencia neoliberal. Caracas. Revista Venezolona de Economía y Ciencias Sociales. Volumen N° 11. Número N° 2. 2005. pp.41-42.

¹¹¹ Prosser, William L. Handbook of the Law of Torts. Saint Paul –Minnesota. West Publishing Co. Fourth Edition. 1971. p. 661.

¹¹² Rodríguez, Cristina. The FDA Preamble: A Backdoor to Federalization of Prescription Warning Labels?. Chicago. The John Marshall Law Review. Volume N° 41. 2007. pp.164-165.

¹¹³ Ibid.pp.165-166.

Camero, Luis Pacheco y Lenin Quiso enviaron una carta al presidente del organismo regulador, Guillermo Thornberry. El Consejo Directivo de Osiptel, de tres miembros, acababa de aprobar un reajuste de tarifas solicitado por Telefónica del Perú mediante una sesión electrónica, en la que los consejeros expresaron su posición vía email. La carta denunciaba que el voto de uno de ellos, Marco Antonio Torrey, provino de un documento de Microsoft Word cuyo creador era otra persona. Es sabido que cualquier computadora permite conocer el origen de un archivo de Word haciendo clic en una de las opciones del menú que dice "Propiedades". Aparecen el título, las palabras clave y el autor. El autor del documento enviado por Torrey era nada menos que José Juan Haro Seijas, vicepresidente de Estrategia y Regulación de Telefónica»¹¹⁴. (subrayado agregado)

- (v) Entre el tiempo en que el estándar fue promulgado y en el que el producto se fabricó la tecnología mejora, de modo que los operadores jurídicos no deberían estar limitados a una regulación desfasada (*Regulatory Ossification*):

“Cuando el Titanic partió en su primer y último viaje el 10 de abril de 1912, llevó consigo 2227 personas, entre pasajeros y tripulantes; 1523 murieron (...) El Titanic cargó dieciséis botes salvavidas con un máximo de capacidad de 980 personas, lo cual satisfacía, y en efecto excedía, la regulación marítima de entonces, establecida por la British Board of Trade (...) en 1884...”¹¹⁵

- (vi) Las normas gubernamentales rara vez son solo mínimas; sino que a menudo son amplias y generales y, por tanto, incapaces de acomodarse a cada situación en la que pueda considerarse defectuoso un producto.
- (vii) La decisión de que debería considerarse como estándar gubernamental frecuentemente es influenciada por consideraciones políticas, “... los grandes fabricantes tienen la organización y el

¹¹⁴ En: **Sentencia para Recordar**, por Ricardo Uceda, el Informante. Tomado de: <http://larepublica.pe/politica/873048-sentencia-para-recordar> Visitado el 07 de enero de 2018, a las 22:58 horas.

¹¹⁵ Vladeck. David C. Preemption and Regulatory Failure. pp. 95-96.

*financiamiento económico para cabildear (lobby) las entidades del estado y los cuerpos legislativos con la finalidad de que adopten el mínimum de estándares de seguridad, lo que trae como consecuencia que los estándares gubernamentales a menudo no reflejen el estado del arte cuando son promulgados e incluso son menos representativos después de varios años de avance tecnológico. Este retraso es particularmente evidente en las nuevas industrias en las cuales las mejoras ocurren rápidamente...*¹¹⁶. Por ejemplo:

*“Uno de los más peligrosos vehículos son los Sports Utility Vehicle (SUV), debido a que tienen una tendencia a volcarse cuando realizan un giro rápido a alta velocidad (...) Los SUVs han sido la gran fuente de dinero de la industria automotriz...”*¹¹⁷

*“Índice de Volcadura del Sport Utility: debido a que los SUVs tienen un centro de gravedad más alto que un carro, tienen tendencia a volcarse con resultados desastrosos. Algunos SUVs además tienen un centro de gravedad más alto que otros y se vuelcan más fácilmente. Esta tendencia a la volcadura es un tema de matemática y física, de modo que sería relativamente simple la tarea de desarrollar un índice que demuestre la relativa probabilidad de cada SUV a volcarse. Semejante índice ayudaría al consumidor a decidir si compraría una SUV con un índice alto; sin embargo, los productores se dieron cuenta que si los consumidores conociesen los riesgos no adquirirían una SUV. Como era de esperar, la National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA) rechazó el índice de volcadura propuesto (...) La NHTSA adoptó un sin sentido roof-crush standard (propuesto por la industria) que hace poco por proteger a los pasajeros”*¹¹⁸.

¹¹⁶ Ausness. Ob. Cit. pp. 682-683. Además, véase: Vandall, Frank J. A History of Civil Litigation-Political and Economics Perspectives. New York. Oxford University Press, Inc. 2011. p.74; Lyndon, Mary L. Tort Law and Technology. Yale Journal of Regulation. Volume N° 12. 1995. p. 158; Lander. Ob. Cit. p.52.

¹¹⁷ Vandall, Frank J. A History of Civil Litigation-Political and Economics Perspectives. New York. Oxford University Press, Inc. 2011. pp.197-198.

¹¹⁸ Ibid. p.XIX. El *Roof-Crush* es el hundimiento del techo de un automóvil dentro de la cabina durante una volcadura.

3.3.1.3 La practicidad o funcionalidad del modelo (feasibility)¹¹⁹.

El demandante señala que el fabricante pudo haber elegido un diseño distinto al que contenía el producto defectuoso, siendo que este último alega que si bien es posible un diseño más seguro el costo de producirlo es excesivo, disminuye la utilidad del producto o introduce nuevos riesgos¹²⁰.

Bajo lo expuesto, se observa que la practicidad o funcionalidad del modelo no solo abarca la capacidad tecnológica del fabricante, sino también los costos de producción, la capacidad de comercialización (*marketability*), consideraciones de seguridad y la facilidad de producción en masa¹²¹.

El análisis de la practicidad del producto conlleva a analizar si existe un diseño alternativo razonable que pudo haber sido elaborado por el fabricante, lo cual –como se ha señalado– no forma parte del supuesto que es materia de examen en la responsabilidad por productos defectuosos.

3.3.1.4 El Riesgo de desarrollo. La más importante denominación del estado del arte se refiere a que el producto fue diseñado, fabricado y distribuido de acuerdo a los más avanzados métodos científicos y tecnológicos y, por ende, resulta imposible para el productor hacer cualquier actividad que le permita advertir a las personas que el producto que ha puesto a su disposición, a través del mercado, es defectuoso¹²².

¹¹⁹ En este punto, se utiliza la denominación usada por Woolcott en su libro “Riesgo de desarrollo y responsabilidad del productor”.

¹²⁰ Spradley. Ob. Cit. pp. 411-412; Woolcott. Ob. Cit. p.49.

¹²¹ Robb. Ob. Cit. p.5; Ausness. Ob. Cit. pp.684-690.

¹²² Spradley. Ob. Cit. pp. 379-380; Woolcott. Ob. Cit. p.31; Robb.Ob.Cit.p.5; von Hulsen. Ob. Cit.p. 461.

3.3.2 Los Fundamentos del estado del arte

Los fundamentos esgrimidos para evitar la responsabilidad del productor son variados y se resumen en los siguientes¹²³:

- (i) Imponer responsabilidad civil a los fabricantes implicaría detener el avance científico y tecnológico, toda vez que hacerlos que asuman la responsabilidad por riesgos desconocidos los alejaría de las investigaciones, lo cual incide en que no se desarrollen y comercialicen nuevos productos, necesarios y beneficiosos para la sociedad, es decir,

¹²³ Al respecto, véase: Texeira Milani, Juliane y Zenedin Glitz, Frederico Eduardo. Anotações sobre o risco de desenvolvimento: Análise do caso da Talidomida. Curitiba. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo. Volume N° V. Número N° 17. 2015. pp. 177-205; Klee, Antonia Espíndola Longoni. Risco do desenvolvimento: estudo comparado entre o direito do consumidor brasileiro e o direito norteamericano. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito. PPGDIR./UFRGS. Porto Alegre. Volume N° 2. Número N° 5. 2004. pp. 302-319; Paiano, Diniz Biltis y Filgueiras Gaudencio, Aldo Cesar. Avanços tecnológicos e o estado da arte como fatores de riscos aos consumidores: uma análise comparada dos Direitos Português e Brasileiro sobre a (in)admissão do risco do desenvolvimento. Lisboa. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano N° 2. Número N° 4. 2016. pp. 13-51; Almeida de Oliveira, Bruno. Riscos de desenvolvimento: não excludente de responsabilidade civil do fornecedor. Araçatuba. Revista Juris Uni Toledo. Volume N° 1. Número N° 1. 2016. pp. 62-78; Catalan, Marcos. Reflexiones sobre el desarrollo tecnológico y el deber de reparar los daños ignorados en la conducción del proceso productivo. En: Estudios sobre la Responsabilidad Civil. César E. Moreno More (Coord.). Lima. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L. Primera Edición. 2015. pp. 707-711; Connolly, Paul R. The Liability of a Manufacturer for Unknowable Hazards Inherent in his Product. Chicago. Insurance Counsel Journal. Volume N° 32. 1965. pp. 303-307; Parchomovsky, Gideon y Stein, Alex. Torts and Innovation. Ann Arbor. Michigan Law Review. Volume N° 107. 2008. pp. 285-315; Barton, Benjamin H. Tort Reform, Innovation, and Playground Design. Gainesville. Florida Law Review. Volume N° 58. 2006. pp. 271-280; Lyndon, Mary L. Ob. Cit. pp. 138-143; Mckenna & Co. Unknown Risk and the Community Interest. The Development Risk Defence in the Product Liability Directive. 1996. p.5. En: <http://legacy.library.ucsf.edu/tid/hlz23a99/pdf>, descargado el 19 de abril de 2016 a las 23:07 horas; Hodges, Christopher. Development Risks: Unanswered Questions. London. The Modern Law Review. Volume N° 61. 1998. pp. 561-562; Mildred, Mark and Howells, Geraint. Comment on 'Development Risks: Unanswered Questions'. London. The Modern Law Review. Volume N° 61. 1998. pp. 570-573.

congela la innovación y distorsiona el camino que deben seguir los fabricantes;

- (ii) No se pueden internalizar costos de los riesgos desconocidos;
- (iii) Los fabricantes al internalizar los costos, elevarían el precio de los productos, los cuales no serían de fácil acceso para las personas;
- (iv) No existe defecto en el producto, ni había obligación de informarlo, pues en el momento que se puso en el mercado no existía la posibilidad de conocer su carácter defectuoso;
- (v) Hacer responsable a los fabricantes implicaría imponerles un análisis retrospectivo, en la medida que en la oportunidad en que se puso el bien en el mercado los conocimientos científicos y tecnológicos no permitían determinar la defectuosidad del producto;
- (vi) Las cortes están pobremente equipadas para balancear la utilidad de un producto contra el riesgo, de modo que las instituciones del estado como, por ejemplo, la FDA, están mejor calificadas para lidiar con temas técnicos; y,
- (vii) Los consumidores y los fabricantes no deben ser vistos como grupos en conflicto, pues son parte integrante de un sistema, por lo que los primeros deben participar (*apportionment*) de los riesgos inherentes del producto si quieren gozar de los beneficios de la innovación.

3.3.3 Crítica al estado del arte como supuesto de exoneración de responsabilidad

Al respecto, se considera que el estado del arte no tiene fundamento moral, económico y jurídico que permita sustentar la ausencia de responsabilidad civil de los fabricantes.

Sobre el particular, bajo la perspectiva económica se ha señalado que realizar negocios por parte de las empresas trae como consecuencia lo que

se denomina «costos sociales». El economista Karl William Kapp señala lo siguiente:

«... el término “costos sociales” cubre toda pérdida directa e indirectamente sufrida por terceras personas o el público como resultado de una actividad económica libre. Estas pérdidas sociales pueden tomar la forma de daños a la salud humana; pueden encontrar su expresión en la destrucción o deterioramiento de los valores de la propiedad y el prematuro agotamiento del bienestar natural; también pueden ser observados en un deterioro de valores menos tangibles.

*Las pérdidas sociales surgen de varias maneras. Algunas claramente tienen su origen en industrias específicas y pueden ser rastreadas a particulares procesos productivos y prácticas negociales. Otras son el resultado de la interacción de un gran número de factores (...) En algunos casos, los costos sociales de producción son sentidos inmediatamente; en otros casos, los efectos negativos de la producción privada permanecen ocultos por considerables periodos de tiempo que las personas dañadas no devienen inmediatamente conscientes de sus pérdidas. Además, mientras ciertas pérdidas sociales solo afectan a un grupo de individuos; otras pueden afectar a todos los miembros de la sociedad (...) En resumen, **el término “costos sociales” se refiere a todos los daños y consecuencias dañinas sufridas por las personas o comunidad como resultado del proceso productivo, y por los cuales los empresarios privados no son considerados responsables** (...) Las causas básicas de los costos sociales se encuentran en el hecho de que la búsqueda de ganancias privadas pone énfasis en la minimización de los costos privados de la producción actual...»¹²⁴. (subrayado y negritas agregado)*

Asimismo, Karl William Kapp agrega:

¹²⁴ Kapp, Karl William. The Social Costs of Business Enterprise. Nottingham. Spokesman, Rusell Press Ltd. Segunda edición, revisada y extendida en 1978, reimpresa en 2000. pp.13-14.

*«Ha sido señalado que los costos sociales son meramente las consecuencias de algunos procesos de rápido crecimiento y cambio económico. Estos procesos sociales son considerados algunas veces como el precio pagado a corto plazo por el gran nivel de productividad y desempeño social del sistema económico a largo plazo (...) Sin embargo, si crecimiento y desarrollo son valiosos sus precios pueden ser definidos solo después de intentar determinar los costos totales involucrados (...) Nada más irracional que un sistema incompleto de contabilidad de costos. Un cálculo económico que deje de lado una parte de los costos de producción difícilmente puede reclamar promover la eficiencia social»*¹²⁵. (subrayado agregado)

El análisis efectuado por Karl William Kapp permite apreciar que los «costos sociales» no son tomados en cuenta por las empresas, pese a que son un elemento inherente a su proceso productivo.

En efecto, un examen de los productos elaborados por las empresas permite observar que los costos sociales son ínsitos al proceso productivo. De hecho, según el profesor Carl F. Cranor se observa que:

«Nuestras exposiciones, entendidas como sustancias que alcanzan los límites de nuestros cuerpos, son a menudo mucho más sutiles, invisibles y, a veces, indetectables: al tomar agua o soda de una botella de plástico o comer frijoles refritos enlatados o sopa, se ingiere bisfenol A (BPA). Cuando un dentista usa un sellador dental plástico para los dientes de los niños para prevenir su caída o un producto compuesto para llenar sus cavidades, cada uno contiene BPA. Este elemento fue creado en 1891, propuesto como estrógeno sintético en 1930 (...) y, finalmente, para endurecer algunos plásticos (...) Una porción de alimentos enlatados contiene suficiente BPA para causar efectos adversos en la salud de los animales experimentales.

Si usted usa cosméticos o lociones de cuerpo, quizás absorba plomo (en algunos lápices labiales), ftalatos, u otros productos a través de su

¹²⁵ Ibid. p.17.

piel. Los ftalatos entran en el útero y han sido encontrados en el líquido amniótico. Los niños tienen más altas concentraciones en sus cuerpos que los adultos. Los ftalatos pueden contribuir al temprano desarrollo de las mamas, además de efectos reproductivos en los hombres, incluyendo feminización (pezones retenidos), infertilidad y criptorquidia. El plomo es un potente neurotóxico, afecta adversamente el aprendizaje, IQ, incluso el comportamiento, además que contribuye a las enfermedades cardiovasculares.

Preparar tus alimentos en una sartén antiadherente te expone a compuestos perfluorados (PFCs) del Teflón. Rociar tus muebles con Scotchgard produce similares resultados (...) Las sustancias perfluoradas (...) parecen afectar el desarrollo neurológico y son probablemente cancerígenos.

Muchos de nuestros sofás, sillas, alfombras, cortinas, asientos de vehículos, televisores y computadoras tienen retardante de llama bromado (polibromodifenil éteres o PBDEs) (...) recientes estudios sugieren que los PBDEs retardan el desarrollo neurológico de los niños y afectan el sistema reproductivo retardando el embarazo.

(...) Cuando tomas agua de caño quizás ingieres éter metil tert-butílico (MTBE), un aditivo de la gasolina (...) Su toxicidad no ha sido completamente determinada; empero, estudios en animales demostraron que causa varios tipos de cáncer, lo cual debería preocuparnos.

Al comer carne en la cena ingieres hasta seis hormonas usadas para acelerar que las vacas ganen peso. El doce por ciento de los ganados contiene esta sustancia. La Unión Europea (UE) encontró que esto no es un nivel seguro de estas sustancias para los fetos. Una porción de carne además contiene tóxicos solubles en grasa –pesticidas largamente prohibidos (DDT (dicloro difenil tricloroetano), clordano, dieldrina y otros), fluidos industriales (policlorobifenilos, (PCBs)), y dioxinas (contaminantes derivados de procesos industriales, además de PFCs y PBDEs. Las concentraciones en los individuos contaminados es baja, pero los efectos tóxicos son sumatorios.

Sin embargo, nosotros no solamente estamos expuestos a muchos de estos elementos, cada uno de nosotros está realmente contaminado por cientos de sustancias, químicos industriales, pesticidas, ingredientes cosméticos y otros productos entran en nuestro cuerpo, alcanzando e infiltrando nuestros tejidos, órganos y sangre. Estas sustancias devienen en parte de nuestra carga corporal de químicos...»¹²⁶.

Lo expuesto permite acreditar –y reiterar– que los costos sociales son inherentes al proceso productivo, esto es, al desenvolvimiento y desarrollo de las empresas; sin embargo, no son tomados en cuenta por estas¹²⁷.

Al respecto, desde el ámbito jurídico el profesor Carl F. Cranor ha señalado que el:

«... derecho existente al ocultar extensivamente los costos personales, de salubridad, sociales y económicos no refleja completamente el precio de los productos actuales y estos costos menos visibles podrían ser grandemente reducidos con un mejor testeo, en la medida que las compañías no testean productos; y, otras están involucradas en una variedad de actividades que les toma mucho tiempo a efectos de determinar los riesgos y protegerse a sí mismos. Los economistas llaman a estos costos ocultos “externalidades”.

Cuando las compañías no determinan la toxicidad de sus productos, los contribuyentes pagan para que las agencias de salud pública determinen la toxicidad de los contaminantes de sus cuerpos; y, la gente debe auto-educarse acerca de los riesgos en los alimentos, cosméticos, bebidas y contenedores de alimentos, muebles, computadoras, materiales de construcción y vecindarios; lo cual toma

¹²⁶ Cranor, Carl F. Legally Poisoned. How the Law Puts Us at Risk From Toxicants. Cambridge, Massachusetts. Harvard University Press. 2011.pp. 1-2.

¹²⁷ El profesor Kapp señala que los costos sociales también pueden ser vistos como externalidades, las cuales no son un hecho aislado, sino un extendido e inevitable fenómeno cuando se hace empresa. Ob. Cit. p. 8.

una considerable recopilación de información, esfuerzo y dinero. Comprar productos menos peligrosos es más costoso. Muchos se preocupan con razón por su salud y la de sus hijos. Cualquier efecto adverso resultante es costoso para la salud: taras de nacimiento, retardo o daño al desarrollo mental, disminución del IQ, memoria pobre, comportamiento antisocial y otras deficiencias neurológicas; inicio temprano del cáncer vaginal, de mamas, prostático o de huesos; y, parkinsonismo temprano o, quizás, alzheimer.

*Las externalidades también reflejan deficiencias morales, pues las compañías fallan en tomar completa responsabilidad por sus productos y sus consecuencias. Actualmente, las compañías (businesses) tienen el derecho legal de contaminar a la gente...*¹²⁸.
(subrayado agregado)

De lo expuesto, se puede apreciar que el aspecto meramente económico del estado del arte no exime a los fabricantes de ser declarados responsables por los productos que ofrecen y comercializan en el mercado, en virtud a que los daños que pueden generar son la manifestación de los «costos sociales».

Sin embargo, la regulación del riesgo de desarrollo en la Unión Europea como un medio de defensa se ha realizado por motivos meramente económicos, ello con el objetivo de liberar de responsabilidad a los fabricantes¹²⁹. Sobre el particular, la profesora Jane Stapleton ha señalado:

“La completa finalidad de la inserción (...) de la defensa exculpatoria (...) fue otorgar una protección sustancial a la industria, particularmente a las nuevas e innovadoras (...) La realidad política fue que el gobierno de Thatcher utilizó su veto legislativo comunitario para insistir en la protección del fabricante que hizo todo lo que realístamente pudo y debió haber hecho para hacer el producto seguro

¹²⁸ Cranor, Carl F. Ob. Cit. p.9.

¹²⁹ Oudot. Ob. Cit. p. 21.

en todas las circunstancias (...) la Directiva debe ser leída (...) como una clara demanda del Reino Unido por una defensa sustancial de la industria...¹³⁰ (subrayado agregado)

Asimismo, entre 1970 a 1990 aproximadamente, en Estados Unidos hubo movimiento de reforma del derecho de *Torts*, en la medida que “había entrado en crisis” al incrementarse los resarcimientos por la responsabilidad médica y las primas de los seguros por productos defectuosos¹³¹.

Por ello, en la década de 1970, el gobierno estadounidense encargó al Departamento de Comercio, especialmente al área denominada *Interagency Task Force on Products Liability*, que analizara la crisis del *Torts*, siendo que esta área luego de examinar los tipos de estado del arte se pronunció en los siguientes términos:

*«... El efecto de instituir el estado del arte como defensa es para exonerar al productor de responsabilidad, incluso si hubiera utilizado un diferente diseño o método de testeado que fuera posible, en términos de practicidad y tecnología, en el tiempo en que el producto fue puesto en el mercado...»*¹³².

El profesor Guido Calabresi ha señalado que la incertidumbre que un producto pueda generar daño es un riesgo inherente a la fabricación y

¹³⁰ Stapleton, Jane. Bug in Anglo-American Products Liability. En: Product Liability in Comparative Perspective. New York. Cambridge University Press. 2005. pp. 323-324.

Para que una directiva sea adoptada es necesario que todos los miembros de la Comunidad Europea estén de acuerdo, en caso de haber uno que discrepe no se toma acuerdo alguno.

¹³¹ La crisis del *Torts* nunca fue acreditada; por el contrario, se demostró que solo fueron argumentos retóricos para modificar el *Torts* desde la perspectiva y a favor de las industrias. Al respecto, véase: Hubbard, F. Patrick. The Nature and Impact of the “Tort Reform” Movement. Hempstead-New York. Hofstra Law Review. Volume N° 35. 2006. p.437-538.

¹³² U.S. Department of Commerce, Interagency Task Force on Products Liability: Product Liability, Final Report of the Legal Study. National Technical Information Service. Springfield, Virginia. Volume N° 4. 1977. p. 110.

uso¹³³, de modo que las empresas no pueden dejar de asumir su responsabilidad por ello, debido a que lo contrario “... *representa (...) una renuencia a asumir la verdadera tarea que una sociedad de libre empresa, clásicamente, no cree que el gobierno hace bien: el manejo de los riesgos, incertidumbres e innovación; y, si el sector privado es renuente a asumir la tarea que justifica su existencia, no pasará mucho tiempo antes de que la gente pregunte, con justa razón ¿porqué deberíamos tener un sector privado? (...) Si las empresas privadas evitan tales tareas, como tomar riesgos (...) con el fin de obtener ciertamente una ventaja económica en el corto plazo, pondrían en peligro a largo plazo su subsistencia...*”¹³⁴.

De lo expuesto, se observa que no existe justificación alguna para sostener que los riesgos de desarrollo y, en general, el estado del arte, tienen fundamento económico y moral, para eximir de responsabilidad a los fabricantes.

Asimismo, el entendimiento de los riesgos inherentes al producto como costos sociales justifica que los fabricantes asuman la responsabilidad de los bienes que han comercializado, en la medida que son consecuencias del proceso productivo y lo que está en juego son los derechos de las personas, esto es, la vida y salud que son bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos, entre otros derechos¹³⁵.

¹³³ Calabresi, Guido. Product Liability: Curse or Bulwark of Free Enterprise. Cleveland. Cleveland State Law Review. Volume N° 27. 1979. pp.313-314.

¹³⁴ Ibid. pp.322-323.

Cabe agregar que desde el punto de vista del *cheapest cost avoider* los fabricantes no se eximirían de responsabilidad por el riesgo de desarrollo o estado del arte, en general. Al respecto, véase. Calabresi, Guido; Hirschhoff, Jon T. Toward a Test for Strict Liability in Torts. New Haven. The Yale Law Journal. 1972. Volume N° 81. pp.1055-1085.

¹³⁵ Véase: Franzini, Maurizio. Social costs, social rights and the limits of free market capitalism: a re-reading of Kapp. En: Social Costs and Public Action in Modern Capitalism-Essays inspired by Karl William Kapp's theory of social costs. New York. Routledge. First Edition. 2006. pp. 51-71; Frigato, Piero. Social costs and human health: Kapp's approach and its growing relevance today. En: Social Costs and Public Action in Modern Capitalism-Essays inspired by Karl William Kapp's theory of social costs. New York. Routledge. First Edition. 2006. pp. 180-196. Catalan, Marcos. Ob. Cit. pp. 697-724.

De hecho, sostener la exoneración de responsabilidad de los fabricantes en aplicación de los riesgos de desarrollo implicaría darles vía libre para que experimenten con las personas, en tanto estas últimas se convertirían en conejillos de indias como consecuencia del uso de productos defectuosos, lo cual no se encuentra en armonía con la moral ni el Derecho. Al respecto, se ha señalado:

«... no imponer responsabilidad otorgaría, en efecto, a las industrias farmacéuticas “un tiro libre al consumidor”, lo que es una chance para explotarlo, usándolo como un conejillo de indias (animal test) para definir el riesgo»¹³⁶.

Por otra parte, es necesario observar que el estado del arte, en cualquiera de sus cuatro variantes, conlleva a examinar la conducta del fabricante, es decir, una responsabilidad subjetiva, ya sea porque no cumplió con los estándares propios o gubernamentales; no utilizó un diseño alternativo razonable; o, no estaba dentro de su esfera de conocimiento que el producto causaría daño en el futuro.

En este punto debe tenerse en cuenta que aun cuando el productor carezca de los conocimientos científicos y tecnológicos respecto de los productos que pone en el mercado y al alcance de las personas, ello no es un óbice para entender que los bienes fabricados se encuentran dentro de su esfera de negocios y, por lo tanto, debe asumir la responsabilidad por los daños que estos causen.

En efecto, en este punto es necesario tomar en cuenta que, no es posible sostener una exoneración de responsabilidad del fabricante bajo el análisis de su conducta, en tanto *“... la responsabilidad subjetiva (law of negligence) otorgaría el privilegio a los productores (actors) de matar y lesionar cuidadosamente*

¹³⁶ Dickerson, Reed. Ob. Cit. p. 324.

a las personas¹³⁷, lo cual, como se ha señalado, no es defendible ni moral, ni económica, ni jurídicamente.

Sobre el particular, el profesor Pietro Trimarchi sostiene que “... la responsabilidad objetiva tiene también, y sobre todo, la función de atribuir a la empresa de soportar el riesgo (...) como parte de sus costos...”¹³⁸, “... la idea es que el riesgo introducido por la empresa en la sociedad forme parte de su pasivo social y, por ello, debe ser asumido por el empresario como parte de los costos de producción. La idea es que debe ser el activo de la unidad de producción quien sostenga el pasivo”¹³⁹.

De otro lado, se ha sostenido que lo que justifica la responsabilidad del productor es el beneficio que obtienen las empresas. Así, la profesora Ellen Wertheimer afirma que “... La responsabilidad objetiva por productos (*strict products liability*) sostiene la idea que la parte que diseñó, vendió, comercializó y se benefició del producto debe pagar por los daños que este cause como un costo de hacer negocios; sin embargo, parece injusto sostener que un fabricante sea responsable por fallar informar un riesgo desconocido, es incluso más injusto – seguramente– dejar el costo de los daños en el consumidor. En efecto, permitir a los fabricantes escapar de su responsabilidad impone un subsidio a sus esfuerzos de fabricación (*manufacturing efforts*) sobre cualquier entidad que se quede con los costos, por lo que este resultado no es defendible ni moral ni económicamente...”¹⁴⁰.

¹³⁷ Harper, Fowler V.; James, Fleming Jr.; y, Gray, Oscar, citados por Vargo, John. *Strict Liability for Products: An Achievable Goal*. Indianapolis. Indiana Law Review. Volume N° 24. 1991. p. 1201.

¹³⁸ Trimarchi, Pietro. *Rischio e responsabilità oggettiva*. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore. s.e. 1961. pp.9-10.

¹³⁹ Ibid. p. 33.

¹⁴⁰ Wertheimer. *The Biter Bit: Unknowable Dangers, The Third Restatement, and the Reinstatement of Liability Without Fault*. p. 34.

Capítulo IV. La responsabilidad del productor en la Comunidad Europea

4.1 La Directiva 85/374/CEE

El 25 de julio de 1985, la Comunidad Europea legisló para los estados miembros la regulación de los productos defectuosos¹⁴¹. Así, específicamente señaló lo siguiente:

“Artículo 6

1. Un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho, teniendo en cuenta todas las circunstancias, incluso:
 - a) la presentación del producto;
 - b) el uso que razonablemente pudiera esperarse del producto;
 - c) el momento en que el producto se puso en circulación.

¹⁴¹ Sobre el proceso de “codificación” de la directiva en mención puede verse: Von Hulsén, Hans-Viggo. Design Liability and State of the Art: The United States and Europe at a Crossroads. Queens-New York. Saint John’s Law Review. Volume N° 55. N° 3. 1981. pp. 477-489.

2. Un producto no se considerará defectuoso por la única razón de que, posteriormente, se haya puesto en circulación un producto más perfecto.

Artículo 7

En aplicación de la presente Directiva, el productor no será responsable si prueba:

- a) que no puso el producto en circulación;
- b) o que , teniendo en cuenta las circunstancias, sea probable que el defecto que causó el daño no existiera en el momento en que él puso el producto en circulación o que este defecto apareciera más tarde;
- c) o que él no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo de alguna forma con fines económicos, y que no lo fabricó ni distribuyó en el ámbito de su actividad profesional;
- d) o que el defecto se debe a que el producto se ajusta a normas imperativas dictadas por los poderes públicos;
- e) o que, en el momento en que el producto fue puesto en circulación, el estado de los conocimientos científicos y técnicos no permitía descubrir la existencia del defecto;
- f) o que, en el caso del fabricante de una parte integrante, el defecto sea imputable al diseño del producto a que se ha incorporado o a las instrucciones dadas por el fabricante del producto.

Artículo 8

1. Sin perjuicio de las disposiciones de Derecho interno relativas al derecho a repetir, la responsabilidad del productor no disminuirá cuando el daño haya sido causado conjuntamente por un defecto del producto y por la intervención de un tercero.

2. La responsabilidad del productor podrá reducirse o anularse, considerando todas las circunstancias, cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por culpa del perjudicado o de una persona de la que el perjudicado sea responsable.

Artículo 15

1. Cada Estado miembro podrá: (...)
 - b) no obstante lo previsto en la letra e) del artículo 7 , mantener o , sin perjuicio del procedimiento definido en el apartado 2 del presente artículo , disponer en su legislación que el productor sea responsable incluso si demostrara que , en el momento en que él puso el producto en circulación , el estado de los conocimientos técnicos y científicos no permitía detectar la existencia del defecto". (subrayado agregado)

A diferencia de los Estados Unidos donde hay críticas al *Restatement (Third) of Torts* y pugnas sobre la aceptación del diseño alternativo razonable como parte del test riesgo-utilidad para determinar si el diseño de un producto es defectuoso, la Comunidad Europea explícitamente ha acogido el test de las expectativas del consumidor (artículo 6)¹⁴².

Asimismo, la Comunidad Europea ha acogido dentro de las formas de defensa del fabricante el riesgo de desarrollo (artículo 7 literal e)); sin embargo, ha permitido que los miembros de la unión puedan o no admitir dicho medio de defensa (artículo 15 literal b)).

¹⁴² Al respecto, véase: Liu, Josephine. Two Roads Diverged in a Yellow Wood: The European Community Stays on the Path to Strict Liability. *Fordham International Law Journal*. Vol 27. N° 6. 2003.pp. 1947-1948.

En ese sentido, Finlandia y Luxemburgo no han incluido en su legislación el riesgo de desarrollo como parte de los medios de defensa del productor. Respecto del derecho finlandés, durante la implementación de la directiva en mención se ha señalado que el ingreso de ese medio de defensa permitiría a los fabricantes alegarlo como una táctica y que la justicia sería difícil de lograr, habida cuenta que los consumidores son incapaces de sustentar los costos legales de una demanda. Con relación al derecho del segundo país, su parlamento temeroso de que aquel medio de defensa debilitase la protección del consumidor no lo introdujo en su legislación¹⁴³.

4.2 La responsabilidad por productos defectuosos en Francia

El 19 de mayo de 1998, este país implementó la directiva comunitaria sobre productos defectuosos incorporando dicha normativa en el Code Napoléon a partir del artículo 1386-I y siguientes.

Así, el artículo 1386-I preceptúa que *“el productor es responsable de pleno derecho por los daños debidos a un defecto de seguridad de los productos que pone en circulación frente a todas las víctimas, sean co-contratantes o terceros”*¹⁴⁴.

En este punto, es necesario tener en cuenta que las acciones edilicias (redhibitoria y estimatoria) en materia de vicios ocultos no abarcan todo el

¹⁴³ Ibid. pp. 1955-1957.

¹⁴⁴ Vignon-Barrault, Aline. Le défaut (Rapport français). En: Travaux issus des séminaires “Droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile” organisés par le Groupe de Recherche Européen sur la responsabilité Civile et l’Assurance. La responsabilité du fait des produits defectueux. p.1. En: <http://grerca.univ-rennes1.fr/fr/Travaux>. Documento revisado el 10 de marzo de 2012.

ámbito en el cual se desenvuelve la responsabilidad por productos defectuosos.

Sobre el particular, el Profesor Juan Espinoza Espinoza señala lo siguiente:

«... se debe tener en cuenta que el saneamiento por vicios ocultos se da “cuando el bien carece de las cualidades prometidas por el transferente que le daban valor o lo hacían apto para la finalidad de la adquisición...”¹⁴⁵; mientras que, «... la responsabilidad por productos defectuosos se da cuando el producto “no ofrece la seguridad a que las personas tienen derecho” causando daños a la integridad de los consumidores o a sus bienes (art. 32 Ley de Protección al Consumidor)...» (Cabe señalar que el profesor se refiere a la ley que fue derogada por el Código de Consumo).

Asimismo, se indica que las acciones edilicias solo están orientadas a devolver el bien (acción redhibitoria) y la disminución del precio (acción estimatoria), pero no a sancionar al vendedor (o, específicamente, a quien forma parte de la cadena de comercialización) respecto de que producto causó daño o es defectuoso¹⁴⁶; y, se desenvuelven en el ámbito contractual, dejando sin protección a los usuarios y *bystanders*.

Sin embargo, la jurisprudencia francesa ha consagrado la obligación de expedir un bien libre defectos en aplicación de la garantía de los vicios ocultos (artículo 1641 y siguientes)¹⁴⁷ y ha extendido su aplicación a todos

¹⁴⁵ Espinoza Espinoza, Juan. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Artículo revisado, el 13 de marzo de 2013 a las 21:46 horas, en la página web: http://www.dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art49.PDF; Espinoza Espinoza, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Lima. Octava Edición. Instituto Pacífico S.A.C. 2016. pp. 682-683.

¹⁴⁶ Al respecto, véase: Kessler, Friedrich. Product Liability. New Haven. The Yale Law Journal. 1967. Volume N° 76. p. 891.

¹⁴⁷ Vignon-Barrault. Ob. Cit. p. 1.

Código Civil francés

Artículo 1641. El vendedor estará obligado al saneamiento en razón de los defectos ocultos de la cosa vendida que la hicieran impropia para el uso al cual estaba destinada, o que disminuyeran de tal manera dicho uso, que el comprador no la hubiera adquirido, o hubiera pagado un precio menor, si los hubiera conocido.

Artículo 1648. La acción resultante por los vicios redhibitorios debe ser ejercida por el adquirente, en poco tiempo, de acuerdo a la naturaleza los vicios redhibitorios y el uso del lugar donde la venta ha sido hecha.

los compradores y sub-compradores comprendidos en la cadena de distribución¹⁴⁸, tal como se puede ver a continuación:

“Desde el siglo XIX, la jurisprudencia francesa ha admitido que el comprador de un bien puede ejercer la acción de garantía de los vicios ocultos no solamente contra su propio vendedor; sino también contra los vendedores anteriores en caso de cadena de ventas (...) la acción directa es admitida cada vez que existe una cadena de contratos traslativos de propiedad...”¹⁴⁹.

Así, en materia de riesgo de desarrollo, se ha señalado que *“... Los daños que resultan de la realización de estos riesgos son, en efecto, generalmente, debido a la composición de la cosa y, entonces, tienen un origen interno, por lo que, en consecuencia, son asimilables a los vicios ocultos que la jurisprudencia rechaza tomar en cuenta para exonerar al deudor...”¹⁵⁰.*

Asimismo, la Corte de Casación ha reforzado la protección de las personas en materia de productos defectuosos al desarrollar la noción del vendedor profesional (*vendeurs professionnels*), estableciendo una presunción irrefutable del conocimiento del vicio¹⁵¹ y señalando que *«... el vendedor que actúa bajo su capacidad profesional debe comercializar productos que estén libres de cualquier defecto que pudiera causar daños a las personas o bienes. Los vendedores y fabricantes están sometidos a una ‘obligación de resultado’*

Este artículo fue modificado por la Ley N° 2009-323 del 25 de marzo de 2009, quedando de la siguiente forma:

Artículo 1648. La acción resultante por los vicios redhibitorios debe ser ejercida por el adquirente en un tiempo de dos años a partir del descubrimiento del vicio.

¹⁴⁸ Fairgrieve, Duncan. L’exception française? The French law of product liability. En: Product Liability in Comparative Perspective. New York. Cambridge University Press. 2005. p.87.

¹⁴⁹ Borghetti, Jean-Sébastien. Ob. Cit. p.204.

¹⁵⁰ Viney, Geneviève; Jourdain, Patrice. Les conditions de la responsabilité. Paris. LGDJ Lextenso editions. 4^e edition. 2013. p. 330.

¹⁵¹ Borghetti, Jean-Sébastien. Ob. Cit. p. 205.

(responsabilidad objetiva): los productos deben garantizar ‘el necesario nivel de seguridad que espera un consumidor’»¹⁵².

Así, el comprador de un producto defectuoso puede demandar la resolución del contrato (acción redhibitoria), la disminución del precio (acción estimatoria) y puede obtener una reparación cuando el vendedor conocía los vicios ocultos; no obstante, la garantía por vicios ocultos solo beneficia al comprador y puede ejercerse en un lapso corto, lo cual explica cierta preferencia por la responsabilidad extracontractual¹⁵³, siendo que la sola puesta en venta de un producto defectuoso es considerada como culpa extracontractual, incluso si el vendedor no tenía conocimiento del vicio¹⁵⁴.

Si bien se le ha denominado culpa extracontractual (*faute délictuelle*), lo cierto es que la jurisprudencia francesa “*Sin tambores ni trompetas (...) ha establecido una verdadera responsabilidad extracontractual sin culpa de los fabricantes y vendedores en caso de daño causado por un producto defectuoso...*”¹⁵⁵.

En materia de responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia francesa a través de la responsabilidad por el hecho de las cosas ha desarrollado la noción de custodia (*garde*), siendo que considera como custodio (*gardien*) a la persona que tiene el control, la dirección y el uso de la cosa. Asimismo, ha establecido la distinción de custodia de la estructura (*garde de la structure*) y custodia de comportamiento (*garde du comportement*)¹⁵⁶.

¹⁵² Fairgrieve, Duncan. Ob. Cit. p. 88.

¹⁵³ Borghetti, Jean-Sébastien. La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé. Paris. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. (s/e). 2004. p. 207.

¹⁵⁴ Ibid. pp. 208-209; Fairgrieve, Duncan. Ob. Cit. p. 90.

¹⁵⁵ Borghetti, Ob. Cit. p. 210.

¹⁵⁶ Wester-Ouisse, Véronique. La causalite et le risque de développement (Rapport français). En: Travaux issus des séminaires “Droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile” organisés par le Groupe de Recherche Européen sur la responsabilité Civile et l’Assurance. La responsabilité du fait des produits defectueux. p.1. En: <http://grerca.univ-rennes1.fr/fr/Travaux>. Documento revisado el 10 de marzo de 2012; Fairgrieve, Duncan. Ob. Cit. p. 91; Berry, Elsa. L’articulation de la responsabilité du fait des produits defectueux et des autres régimes de responsabilité.

Al respecto, la persona que introdujo en el mercado una cosa, bien o producto que es peligroso o goza de un dinamismo propio se le considera como custodio de la estructura. Así, esta perspectiva ha sido aplicada a los casos de balones de gas, botellas de gaseosas, latas de aerosol y televisores.

De otro lado, la persona que está en posesión de la cosa se le considera como custodio de comportamiento.

Sobre el particular, el profesor Jean-Sébastien Borghetti afirma que la distinción entre estos tipos de custodia no fue establecida con precisión ni sus consecuencias; y no han sido objeto de un empleo sistemático, siendo que la noción de custodia de la estructura fue dejada de lado con la aparición de la obligación de seguridad del vendedor¹⁵⁷.

Previamente, se ha señalado que la obligación de seguridad del vendedor profesional consiste en que debe comercializar productos que estén libres de cualquier defecto que pudiera causar daños a las personas o bienes. Incluso se indicó que este tipo de obligación estaba vinculada a los vicios ocultos (artículo 1641 del Código Civil francés).

No obstante, la jurisprudencia francesa empezó a darle autonomía a esta obligación y separarla de la garantía por vicios ocultos, ello con la finalidad de evitar el plazo corto de prescripción de estos vicios y, de esta forma, otorgar una mayor protección a las personas al otorgarle un tiempo de diez años para solicitar tutela ante el Poder Judicial¹⁵⁸.

En: Travaux issus des séminaires "Droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile" organisés par le Groupe de Recherche Européen sur la responsabilité Civile et l'Assurance. La responsabilité du fait des produits defectueux. p.5. En: <http://grerca.univ-rennes1.fr/fr/Travaux>. Documento revisado el 10 de marzo de 2012; Borghetti, Jean-Sébastien. Ob. Cit. pp. 215-217.

¹⁵⁷ Borghetti, Jean-Sébastien. Ob. Cit. pp. 217.

¹⁵⁸ Borghetti, Jean-Sébastien. Ob. Cit. p. 217.

Bajo esta perspectiva, la Corte de Casación señaló que la obligación de seguridad del vendedor profesional no debía ser analizada al amparo del artículo 1641 (vicios ocultos); sino del artículo 1135 del Código Civil francés¹⁵⁹:

“Las convenciones no solamente obligan a lo que está expresado en ellas; sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley dan a la obligación de acuerdo a su naturaleza”¹⁶⁰.

Así, la obligación de seguridad del vendedor profesional recaía en este incluso en ausencia de vicio oculto o defectuosidad para que se considere que el producto es defectuoso¹⁶¹, siendo que la jurisprudencia francesa ha extendido la aplicación de la mencionada obligación a los sub-adquirentes y terceros bajo el modelo de la directiva comunitaria¹⁶².

4.3 La responsabilidad por productos defectuosos en Alemania

El derecho alemán en materia de productos defectuosos se desarrolló con el caso de la peste del pollo, el cual consistió en que un granjero vacunó a sus

¹⁵⁹ Ibid. p. 220.

¹⁶⁰ Con la reforma del año 2016, este artículo pasó a ser el artículo 1194 y quedó redactado de la siguiente manera:

“Las convenciones no solamente obligan a lo que está expresado en ellas; sino también a todas las consecuencias que les otorga la equidad, el uso y la ley”.

¹⁶¹ Vignon Barrault. Ob. Cit. p. 2.

¹⁶² Borghetti, Jean-Sébastien. Ob. Cit. pp. 221-224.

aves; pero estas murieron como consecuencia de que el suero contenido en la referida vacuna estaba contaminado¹⁶³.

El granjero denunció al productor de la vacuna por negligencia, a pesar de que no mantenía vínculo contractual alguno. La Corte sostuvo que a diferencia de las normales reglas aplicables en materia de responsabilidad extracontractual (las cuales habían sido aplicadas en casos de productos defectuosos hasta entonces), era el fabricante quien debía probar que no incurrió en culpa, aun cuando su producto tuvo defectos, siendo que esta regla de inversión de carga de la prueba es aplicable a todo tipo de defecto¹⁶⁴.

Paralelamente al desarrollo alemán de la responsabilidad por productos defectuosos, se fue desarrollando a nivel de la Comunidad Europea la intención de proteger al consumidor a través de una legislación que sea aplicable a todos los miembros de la unión. Es así que en 1985 se promulga la Directiva 85/374/CE sobre el particular.

En 1990, Alemania implementó la Directiva 85/374/CEE acogiendo el riesgo de desarrollo como medio de defensa (*Entwicklungsfehlers*); empero, la referida directiva no resultó aplicable a los productos farmacéuticos, en la medida que existía una legislación que data desde el año 1976, que expresamente regula la responsabilidad objetiva de los fabricantes de dichos productos¹⁶⁵.

En este punto es necesario señalar que por la década de los 50's del siglo pasado hubo un desastre a nivel de los productos farmacéuticos en

¹⁶³ Coester-Waltjen, Dagmar. European and German Law on Products Liability Standard Form Contracts.p.77 de la separata.
En: http://s-space.snu.ac.kr/bitstream/10371/9027/1/law_v422_071.pdf. Documento revisado el 18 de mayo de 2011 a las 12:45 horas.
Woolcott Oyague. Op. Cit. p. 370-371.

¹⁶⁴ Coester-Waltjen. Ob. Cit. p. 77.

¹⁶⁵ Wandt, Manfred. German Approaches to Products Liability. Austin. Texas International Law Journal. Volume N° 34. N° 1. 1999. p.90.

Alemania. En tal sentido, debe recordarse el caso de la talidomida, un fármaco que tenía propiedades tranquilizantes y antiinflamatorias.

Este medicamento fue utilizado con las mujeres gestantes con la finalidad de evitarles las molestias propias del embarazo; sin embargo, este producto no tuvo un examen, ni análisis bioquímicos o ensayos para determinar su eficacia en los seres humanos. Con el correr del tiempo se comprobó que la talidomida tenía intrínsecamente un carácter teratígeno¹⁶⁶.

Cabe señalar que la talidomida no fue comercializada en Estados Unidos debido a la oposición de la *Food and Drug Administración*, toda vez que el laboratorio que pretendía introducirlo no acreditó científicamente las propiedades bioquímicas de este medicamento y sus efectos sobre el cuerpo humano¹⁶⁷.

¹⁶⁶ Coderch, Pablo Salvador; Puig, Antoni Rubí. Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes periciales. En: www.indret.com. Barcelona. 2008. p. 6.

¹⁶⁷ Ibid. p. 7.

Capítulo V. La responsabilidad del productor en el Perú

5.1 De la contradictoria e incoherente regulación de la responsabilidad del productor a nivel legislativo

El Código de Consumo tipifica la responsabilidad del fabricante como un supuesto de responsabilidad objetiva, tal como se observa a continuación:

“Artículo 101°.- Responsabilidad civil por productos defectuosos

El proveedor es responsable de los daños y perjuicios causados a la integridad física de los consumidores o a sus bienes por los defectos de sus productos.

La responsabilidad civil por productos defectuosos es objetiva, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1970° del Código Civil. La responsabilidad de los diversos proveedores de un producto conforme a este artículo es solidaria. Sin perjuicio de ello, cada proveedor tiene derecho a repetir contra el que le suministró el producto defectuoso u originó el defecto”. (negritas agregadas)

“Artículo 102°.- Definición de producto defectuoso

Es producto defectuoso el que no ofrece la seguridad a la que las personas tienen derecho, tomando en consideración las circunstancias relevantes, tales como:

- a. *El diseño del producto.*
- b. *La manera en la cual el producto ha sido puesto en el mercado, incluyendo su apariencia, el uso de cualquier marca, la publicidad referida al mismo y el empleo de instrucciones o advertencias.*
- c. *El uso previsible del producto.*
- d. *Los materiales, el contenido y la condición del producto”.*

La revisión de la regulación hecha de la responsabilidad del productor por el legislador permite apreciar que no guarda armonía entre ambos artículos, siendo que resulta contradictoria e incoherente, por lo siguiente:

- (i) Es contradictoria, en tanto se ha establecido que la responsabilidad por productos defectuosos es objetiva (artículo 101); sin embargo, a continuación (artículo 102), se ha incluido elementos de análisis subjetivo, esto es, considerando la tripartición del *product liability* del derecho estadounidense:
 - (a) Defecto de diseño (literal a del artículo 102).
 - (b) Defecto de fabricación (literales b y d del artículo 102).
 - (c) Defecto de información (literal b del artículo 102).
 - (d) Se establece la responsabilidad por el uso previsible del producto, es decir, el fabricante debía, antes de colocarlo en el mercado, prever cuales serían los usos probables que una persona le daría, lo cual implica un análisis de la conducta de dicho fabricante¹⁶⁸ (literal c del artículo 102).
- (ii) Es incoherente, en tanto el artículo 102 establece el test de las expectativas del consumidor al señalar que un producto es defectuoso

¹⁶⁸ En lo sucesivo utilizaré los términos “consumidor”, “usuario”, “comprador” y “persona” como sinónimos.

si no ofrece la seguridad a la que se tiene derecho; pese a que semejante test solo es aplicable al defecto de diseño y no a todos los tipos de defectos.

En este punto es necesario tener en cuenta que al haberse regulado la responsabilidad por productos defectuosos como responsabilidad objetiva carecía de sentido que se realizara una distinción de los defectos.

Asimismo, si bien se ha tomado en cuenta el modelo estadounidense para regular la responsabilidad del productor; lo cierto es que no se ha considerado todas las variables y connotaciones que este posee, esto es, su devenir histórico (*Restatements*) y las consecuencias que trae la tripartición de los defectos de los productos: el problema de la carga probatoria del dañado en materia de responsabilidad subjetiva, proteger al fabricante y, en algunos casos, hacer que las personas se vuelvan conejillos de indias (*guinea pigs*).

De allí que se observa que la importación acrítica y la falta de entendimiento de la responsabilidad del productor ha traído como consecuencia esta contradictoria e incoherente regulación en el Código de Consumo, pese a que no era necesaria, en la medida que el Código Civil brinda las herramientas suficientes para afrontar este tópico, por lo cual este tipo de regulación de la responsabilidad constituye un falso problema.

5.2 El falso problema de la regulación de la responsabilidad del productor

La industrialización, la multiplicación de nuevas prácticas tecnológicas, los nuevos descubrimientos, el incremento de las poblaciones en las grandes

urbes, si bien conllevan a un mejoramiento de las condiciones de vida, lo cierto es que también traen consigo necesariamente un incremento de los riesgos a los que están expuestas las personas¹⁶⁹.

Es aquí donde la culpa como criterio de imputación ya no es suficiente para determinar la responsabilidad ante el incremento de estos riesgos,

“... el sistema de responsabilidad basado en la culpa «no funciona adecuadamente» y presenta un costo «social» bastante alto para ser soportado por «sociedades con capitalismo maduro». Además tal sistema resulta a menudo irracional, porque no garantiza a las víctimas un resarcimiento seguro, en cuanto confía en complicados procedimientos de comprobación de la culpa el resultado de juicio de responsabilidad y, aún, tiende, en línea de máxima, a poner la carga de la prueba a cargo de la víctima, colocando, con ello, consistentes obstáculos a la posibilidad que esta logre (demostrar la negligencia del agente y por ende) obtener un resarcimiento”¹⁷⁰.

“... los sistemas (les ordres) jurídicos europeos han consagrado a la culpa como fundamento casi exclusivo de la responsabilidad civil, al inicio de la revolución industrial, como si esto fuera suficiente para satisfacer a los dañados; sin embargo, a partir del final del siglo XIX, reveló su impotencia de asegurar una reparación adecuada de todos los perjuicios sufridos. Un cierto número de actividades o situaciones bajo riesgo podían, en efecto, causar daños sin que ningún tipo de incumplimiento de la diligencia sea constatada. En estos casos, solo la

¹⁶⁹ Alpa, Guido y Bessone, Mario. I principi di responsabilità oggettiva. Premesse storiche e profili comparatistici. En: La responsabilità civile. Dottore Antonio Giuffrè Editore. Terza edizione aggiornata. Milano. 2001. pp. 141-183; Marighetto, Andrea. La colpa e il rischio. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto Alegre. Edição especial. 2007. p. 204; Brüggemeier, Gert. Industrialisation, Risks and Strict Liability: The Diverse Paths of German and US Law. Opinio Juris in Comparatione. Volume N° 1. N° 1. Essay N° 2. 2014. p.3.

¹⁷⁰ Alpa, Guido y Bessone, Mario. Il rischio d'impresa. En: La responsabilità civile. Dottore Antonio Giuffrè Editore. Terza edizione aggiornata. Milano. 2001. p.523.

víctima debía soportar la carga del daño porque no podía aportar la prueba de la culpa...»¹⁷¹.

En esa línea de pensamiento, se ha señalado que:

«Por casi 200 años, la culpa fue un requisito necesario para la responsabilidad, desde el Code Civil Français de 1804, todas las importantes codificaciones nacionales la mencionaron como una condición básica para la reparación del daño. Hoy, la culpa está enferma, sobre cargada por tareas para las cuales no había sido concebida: los jueces han extendido su aplicación a nuevas formas de riesgos típicos de sociedades industrializadas. La particularidad de estos nuevos peligros es surgir sin la culpa de alguien. El resultado de esta evolución es un concepto de culpa 'sin culpa'»¹⁷². (subrayado agregado)

Sobre la enfermedad de la culpa se puede observar lo siguiente:

«Es conocido que una primera atenuación del puro principio de culpabilidad está en el hecho que (...) la jurisprudencia exige del dañante no solo el cuidado y la diligencia que se presume pueda incluirse en su capacidad; sino que se refiere (...) a las típicas capacidades que son propias de la categoría profesional o del círculo al cual el mismo dañante pertenece (...) la jurisprudencia (...) requiere un grado de diligencia en medida creciente según el peligro que se corre (...) En algunos casos (...) la jurisprudencia ha pretendido una diligencia tan elevada que resulta difícil identificar una sustancial diferencia respecto de la responsabilidad sin culpa. En vía muy general, se puede afirmar que los tribunales tienden a elevar los deberes de diligencia hasta un standard que resulta, a veces, imposible de satisfacer (...) Un instrumento importante para realizar otra forma de atenuación del principio de culpabilidad está constituido

¹⁷¹ Etier, Guillaume. Du risque à la faute. Evolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit comun. Genève. Schulthess. 2006. p.7.

¹⁷² Winiger, Bénédict. Strict Liability: What about Fault?. Viena/New York. Tort and Insurance Law Yearbook. 2001. p. 2.

por las reglas sobre la repartición de la prueba (...) reconociendo al dañado, mediante varias construcciones jurídicas, una acción contractual para el resarcimiento del daño (...) en relación a determinados supuestos de hecho, se presume la culpa del autor del daño (...) en Alemania el llamado “Anscheinbeweis” o “prima-facie-Beweis”, cuando el actor no está en grado de proveer la prueba de los hechos de la cual se puede inmediatamente deducir la culpa del demandado, se considera que sea suficiente proveer, al lado de esta, la prueba de otras circunstancias, de la cual –de acuerdo al normal desenvolvimiento de los hechos conocido a la experiencia común– se pueda colegir que el demandado no ha observado la diligencia requerida por las circunstancias (...) Reglas análogas [a la “prima-facie-Beweis”] han sido elaboradas por la jurisprudencia anglo-americana, bajo la denominación “doctrine res ipsa loquitur” [resumiendo] (...) la responsabilidad por culpa puede ser acercada –en modo más o menos manifiesto– a una forma de responsabilidad objetiva (Strikte Haftung), en particular a través de la “objetivización” del concepto de negligencia, la imposición de deberes de diligencia particularmente severos, la inversión de la carga de la prueba e incluso aplicando la prueba prima facie...»¹⁷³

En la medida que la culpa es insuficiente para afrontar estos supuestos de daños como consecuencia de la industrialización, resulta necesario contar con otro criterio de imputación que permita brindar protección a las personas ante los riesgos y peligros derivados de la industrialización de la sociedad, siendo que dicho criterio debe ser ajeno a las deficiencias propias e inherentes a la referida culpa.

¹⁷³ Zweigert, Konrad; Kötz, Hein. Introducción al derecho comparato. Volume II: Istituti. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. (Edizione italiana a cura di Adolfo di Majo e Antonio Gambaro, traduzione di Estella Cigna). 1995. pp.349-354.

Sobre el particular, en sede nacional, puede verse la reconstrucción histórica efectuada por el profesor Juan Espinoza Espinoza (El rol actual de la *culpa* y del *riesgo* en la responsabilidad civil: ¿entre Escila y Caribdis?) en su libro Derecho de la Responsabilidad Civil. Lima. Octava Edición. Instituto Pacifico S.A.C. 2016. pp 184-192.

Bajo esta perspectiva, se puede apreciar el planteamiento del maestro alemán Otto von Gierke de que el derecho privado cumple un rol social:

“... el propietario de una cosa, de un animal, de un negocio, debe responder antes que nadie de los daños que, por lo especialmente peligrosa, resultan para otros, de una semejante propiedad. Nada infunde ideas más antisociales como el permitir disfrutar de todas las ventajas á una propiedad, peligrosa para el prójimo, sin la obligación de soportar el riesgo correspondiente”¹⁷⁴. (sic)

Así, *«Las consecuencias sociales de la revolución industrial se irradiaron solo muy gradualmente y en diferentes formas en el derecho privado de los viejos países industrializados (...) la “Responsabilidad Objetiva” fue un nuevo elemento en el derecho privado»¹⁷⁵; «... la responsabilidad objetiva nació y, sucesivamente, se desarrolló (como consecuencia de los problemas puestos por la revolución industrial) por la exigencia de defensa de la colectividad de los peligros viejos y, luego, de los nuevos, aún más graves, que la amenazaban»¹⁷⁶.*

En el Perú, la responsabilidad objetiva se acogió en el artículo 1970 del Código Civil, el cual establece que *“Aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”¹⁷⁷.*

¹⁷⁴ Von Gierke, Otto. La Función Social del Derecho Privado. Sociedad Editorial Española. Madrid. N° 18. 1904. p. 47 (traducción de José María Navarro de Palencia).

Para esta cita, también he utilizado la traducción inglesa del artículo del maestro alemán, efectuada por McGaughey, Ewan. *The Social Role of Private Law*.p.33, disponible en <https://ssrn.com/abstract=2861875>, lo cual me ha permitido hacer correcciones al texto español: la versión española habla *“de un anima, de una explotación...”*; la inglesa, *“de un animal, de un negocio...”*

Cabe señalar que la traducción inglesa está acompañada de la versión alemana original de 1889.

¹⁷⁵ Brügge-meier, Gert. Ob. Cit. p.3.

¹⁷⁶ Comporti, Marco. Esposizione al pericolo. pp. 172-173.

¹⁷⁷ Con esto no quiero señalar que el Perú sea un país industrializado, sino simplemente indicar que reguló la responsabilidad objetiva como una cláusula general, del mismo valor y alcance que la establecida en el artículo 1969 del Código Civil.

Tal como se puede apreciar, el Código Civil regula la teoría del riesgo y de la exposición al peligro, de modo que corresponde determinar aquí cuál de las dos teorías resulta aplicable a la responsabilidad por productos.

5.2.1 La teoría del riesgo

Según el Maestro Marco Comporti, la teoría del riesgo fue construida sobre la máxima «*quien obra a propio riesgo debe soportar las consecuencias de su propia actividad*» (*cuius commoda, eius et incommoda; ubi emolumentum, ibi onus*; y, *Eigene Initiative, eigene Gefahr*)¹⁷⁸.

Sobre el particular, se han elaborado diferentes teorías que tratan de justificar la responsabilidad objetiva. Así, se observa lo siguiente:

5.2.1.1 La teoría del Riesgo Beneficio. Se ha señalado que en la medida que la actividad de empresa está orientada a obtener un beneficio o provecho también debe asumir los riesgos que pueden derivar de su actividad¹⁷⁹.

¹⁷⁸ Comporti, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Napoli. Morano Editore. (s.e). 1965. pp 147-149.

¹⁷⁹ Comporti, Marco. *La responsabilité civile en Italie*. *Revue Internationale de droit comparé*. Volume N° 19. N° 4. Octobre-décembre.1967. Paris. Société de législation comparée. p. 844; Capelotti, João Paulo. *Risco criado ou risco proveito?- Análise perspectiva e prospectiva do Art. 927, parágrafo único, do Código Civil*. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*. Sao Paulo. Volume N° 16. N° 24. 2012. p.4 de la separata; Marighetto, Andrea. *Ob. Cit.* p.205; Fernández Cruz, Gastón y León Hilario, Leysser. *La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva*. *Revista Derecho PUCP*. Lima. N° 58. 2005. pp.42-43; Jourdain, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris. Dalloz. s.e. 1992. p.27; Basozabal Arrue, Xavier. *Responsabilidad Extracontractual Objetiva: Parte General*. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Primera edición. 2015. p.18.

Al respecto, se precisa que *«... toda actividad que provoca un riesgo para otro torna a su autor responsable del perjuicio que dicha actividad pueda causar, sin que tenga que probar una culpa como origen del daño. Impregnada por el valor moral de la solidaridad, la teoría del riesgo parece fundarse sobretudo en una idea de justicia elemental: por su actividad el hombre puede procurarse un beneficio (o un placer); como contrapartida, él debe reparar los daños que provoca (...) El fundamento de la responsabilidad por riesgo resulta sin duda del señorío o dominación (maitrise) que el responsable tenía o debía normalmente haber tenido sobre los hombres o las cosas por las cuales debe responder»*¹⁸⁰.

Cabe señalar que, el dañado no solo debe probar la causalidad, sino también que el productor se benefició con la actividad¹⁸¹.

5.2.1.2 La teoría del Riesgo Creado. Mediante esta teoría se intentó superar la del riesgo beneficioso, teniendo en cuenta que no solo la responsabilidad objetiva se justifica o fundamenta en el interés de obtener un beneficio; sino que se imputa responsabilidad por el simple hecho de poner en marcha una actividad capaz de generar perjuicios¹⁸².

5.3 Críticas a la teoría del riesgo

¹⁸⁰ Le Tourneau, Phillippe. La Responsabilidad Civil. Colombia. Primera edición en español (traducción Javier Tamayo Jaramillo). Legis. 2004. p. 39; véase también: Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. Derecho de Daños. Madrid. Civitas. Primera edición. 1999. p. 108; Etier, Guillaume. Ob. Cit. pp. 13-15.

¹⁸¹ Capelotti. Ob. Cit. p.1 de la separata.

¹⁸² Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Ob. Cit. p. 167; Fernández Cruz, Gastón y León Hilario, Leysser. Ob. Cit. p.43; Marighetto, Andrea. Ob. Cit. p. 206; Capelotti. Ob. Cit. página 4 de la separata.

- (i) Respecto de la teoría del riesgo beneficio, se ha señalado lo siguiente:
- (a) Las máximas *ubi emolumentum ibi onus* y *cuius commoda eius et incommoda* son bastante vagas, indeterminadas e inciertas, de modo que no son aptas para construir un criterio de imputación de los distintos supuestos de responsabilidad sin culpa¹⁸³. Así, se precisa lo siguiente:
- “... en las fuentes romanas tales máximas eran usadas indiscriminadamente en materias variadas y distintas, y los incommoda debían ser entendidos como gastos y cargas que recaían sobre el titular de los derechos reales o de relaciones particulares, y no tenían el significado de resarcimiento del *dannum innuria datum*”¹⁸⁴.*
- (b) No explica la responsabilidad objetiva del daño causado por animales domésticos¹⁸⁵, en los cuales no se obtiene un beneficio económico por su compañía.
- (c) No explica la responsabilidad objetiva del propietario de un vehículo adquirido sin fines de lucro¹⁸⁶.
- (ii) La responsabilidad por riesgo creado se vincula a cualquier riesgo¹⁸⁷.
- (iii) Con relación a ambas teorías, se ha indicado que son fórmulas descriptivas sin relevancia sistemática¹⁸⁸; la responsabilidad objetiva no

¹⁸³ Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Ob. Cit. p. 153.

¹⁸⁴ Ibid.

¹⁸⁵ Ibid. p. 155

¹⁸⁶ Ibid.

¹⁸⁷ Ibid. p. 167.

¹⁸⁸ Fernández Cruz, Gastón y León Hilario, Leysser. Ob. Cit. p.43.

se justifica frente a cada riesgo, en virtud a que la actividad humana conlleva un riesgo¹⁸⁹.

Estas críticas dirigidas a la teoría del riesgo, en general, no permiten acogerla como criterio de imputación a efectos de determinar o examinar la responsabilidad del productor, de modo que resulta necesario recurrir al análisis de la exposición al peligro como criterio de imputación.

5.4 La teoría de la Exposición al peligro (*Gefährdungshaftung*)

Para el desarrollo de este tema se utilizará la teoría propuesta por el profesor italiano Marco Comporti sobre la exposición al peligro, no sin antes tener en consideración el antecedente de la misma.

El antecedente más remoto de la exposición al peligro se remonta a la Ley Prusiana sobre Compañías de Ferrocarriles (*Preußisches Gesetz über die Eisenbahn-Unternehmungen*), del 03 de noviembre de 1828, que establece la responsabilidad objetiva de estas en el § 25, el cual señala lo siguiente:

«La compañía es responsable por los daños causados a las personas o los bienes transportados o a otras personas y a sus bienes resultante del transporte por las vías del ferrocarril, la sociedad podría liberarse de esta obligación demostrando que el daño ha sido causado ya sea por la culpa de la víctima, ya sea como resultado de un caso fortuito exterior e irresistible. La naturaleza peligrosa de la actividad

¹⁸⁹ Comporti, Marco. *Esposizione al pericolo e responsabilità civile*. Napoli. Morano Editore. (s.e). 1965. p. 168.

misma no se considera como un caso fortuito que libere de la reparación»¹⁹⁰.

Fue Friedrich Carl von Savigny quien, al formar parte del Consejo de Estado prusiano sostuvo esta concepción de la responsabilidad objetiva de las compañías dueñas de ferrocarriles, además que fue “*quien formuló y escribió la propuesta de la ley de su propia mano*”¹⁹¹.

Los objetivos de esta ley fueron proteger a las personas y bienes transportados, las personas que cruzan las vías del ferrocarril, así como las propiedades colindantes con tales vías como consecuencia de la vibración o las chispas del fuego¹⁹².

Esta ley prusiana contiene una concepción bastante avanzada para la época en la cual se dio¹⁹³; sin embargo, el Código Civil alemán no reguló la responsabilidad objetiva, sino la subjetiva, dejando a la legislación particular la elaboración de supuestos de responsabilidad sin culpa¹⁹⁴.

De otro lado, se ha señalado que, en Alemania, la exposición al peligro (*Gefährdungshaftung*) se justifica en función de los siguientes fundamentos:

¹⁹⁰ Bürge, Alfons. Savigny comparatiste: l'exemple de la responsabilité à raison du risque. *Annuaire de l'Institut Michel Villey*. Volume N° 1. Paris. Dalloz. 2009.p. 60.

¹⁹¹ Ibid. p. 61; Brüggemeier, Gert. *Industrialisation, Risks and Strict Liability: The Diverse Path of German and US Law*. *Opinio juris in comparatione*. Volume N° 1. N° 1. Essay N° 2. 2014. páginas 5 y 6 de la separata. En: <http://opiniojurisincomparatione.org/opinio/article/view/88/92>; Wagner, Gerhard. *Strict Liability in European Private Law*. página 4 de la separata. En <http://ssrn.com/abstract=1766112>.

¹⁹² Brüggemeier. *Ob. Cit.*; Bürge. *Ob. Cit.* p. 61.

¹⁹³ Interesante es la información que brinda el profesor Bürge sobre la influencia que jugó el derecho francés en Savigny y, por ende, en la dación de la ley prusiana, al señalar que para el fundador de la escuela histórica era conocido que en Francia ya existía una responsabilidad presunta para este tipo de empresas. Al respecto, véase el artículo ya citado de Bürge.

¹⁹⁴ Véase Somma, Alessandro. *Le tecniche di imputazione del danno extracontrattuale tra código civile e legislazione speciale: l'esercizio di attività pericolose nel diritto tedesco*. *Rivista di diritto commerciale e del diritto delle obbligazioni*. Anno XCIII.1995.parte I. Milan. pp. 277-297; Brüggemeier. *Ob. Cit.* p.4.

- (i) *«El progreso social por innovaciones tecnológicas con sus potenciales contingencias de riesgo solo puede comprarse al precio de “garantizar la responsabilidad” del tomador de riesgo»*¹⁹⁵;
- (ii) *“Las empresas tomadoras de riesgo pueden distribuir las pérdidas causadas por la exposición al peligro (risk exposure) de otros difundiéndolas (asegurándose) y pasándolas al público”*¹⁹⁶; y,
- (iii) *“Las empresas pueden minimizar el riesgo a través de la organización, control y precauciones de seguridad”*¹⁹⁷.

Establecida la premisa del origen de la teoría de la exposición al peligro, corresponde resumir el planteamiento del profesor Marco Comporti sobre el particular. Así, este connotado civilista indica lo siguiente¹⁹⁸:

- (i) El «riesgo» es la eventualidad del daño, al cual nos exponemos al intentar una empresa, un negocio o actos similares; mientras que el «peligro» es un estado o condición en el cual es de temer cualquier cosa, mal o daño que nos amenaza.
- (ii) El «riesgo» es un concepto que se pone de relevancia dentro de una actividad humana, es decir, es un fenómeno subjetivizado, en relación a la valoración esencialmente económica del alea que un sujeto asume poniendo en marcha una empresa o un negocio.
- (iii) El «peligro» es la amenaza notable de un daño a terceros, grave probabilidad de lesión, que deriva de una determinada actividad, comportamiento o situación. Es una noción esencialmente objetiva, que representa la relevante potencialidad actual de daño o de mayor daño, cuyo perfil rico de significado se evidencia en su proyección hacia el exterior, en relación con los terceros amenazados por el daño.

¹⁹⁵ Ibid. p. 5.

¹⁹⁶ Ibid.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Comporti, Marco. Esposizione al pericolo. pp. 169-186.

- (iv) Con la regla del «riesgo» se logra solo establecer que el resarcimiento de ciertos daños constituyen una carga de la empresa (la cual debe ser tomada en cuenta en su gestión económica).
- (v) Con la regla del «peligro» se averigua sobre la relación que recae entre el sujeto que causa daño y el sujeto efectivamente dañado, y se nos pregunta si este daño, que no es imputable a la culpa de quien lo causó, deba ser igualmente resarcido, teniendo en cuenta la peligrosidad de la actividad de la cual se originó, o la peligrosidad de los medios que el agente utilizó.
- (vi) La potencialidad dañosa del peligro debe ser colegida no solo de la frecuencia de los incidentes causados por las cosas o actividades en un cierto periodo de tiempo; sino, también, por la entidad o gravedad de los siniestros, incluso si son menos frecuentes.
- (vii) Quien crea y tiene fuentes de exposición al peligro para la colectividad está igualmente obligado al resarcimiento de los daños consiguientes, independientemente de la culpa propia o de las personas que utiliza.
- (viii) Es necesario que la actividad peligrosa haya constituido no la ocasión; sino la causa del daño, esto es, que la relación causal entre el comportamiento humano y evento dañoso esté calificada por la naturaleza peligrosa de la actividad bajo análisis.
- (ix) Es responsable objetivamente quien expone al peligro a los terceros, siendo que tal responsabilidad se efectiviza cuando el daño deriva de los peligros típicos de una determinada actividad, se puede concluir que el nexo de causalidad, lejos de venir a menos, se evidencia entre el hecho peligroso y el daño, y, en definitiva, entre el comportamiento de quien, con la propia acción o a través de las cosas animadas e inanimadas de las cuales debe responder, crea fuentes de exposición al peligro y el daño derivado de tales situaciones¹⁹⁹.

En atención a antes expuesto, ¿la responsabilidad por productos defectuosos puede ser analizada bajo la teoría de la exposición al peligro?

¹⁹⁹ Comporti, Marco. Ob. Cit. p. 186: «... la naturaleza objetiva de la responsabilidad no viene a menos a través de la individualización del dato subjetivo correspondiente a un comportamiento humano, necesario para recomponer el anillo de la cadena causal...»

¿era necesario que se regule nuevamente en otro cuerpo normativo dicha responsabilidad como, por ejemplo, el Código de Consumo?

La respuesta a la segunda pregunta es **NO**. Ello constituye una superfetación que en nada protege a los dañados, pues tal como está regulada la responsabilidad por productos defectuosos en el Código de Consumo es incoherente y contradictoria.

En efecto, en vez de tutelarlos los perjudica y deja a merced de los fabricantes (o de los que intervienen en la cadena de distribución), al establecer que los consumidores deberán acreditar el tipo de defecto (diseño, producción y/o información), lo cual –como se ha visto previamente– recae dentro de los parámetros de la responsabilidad subjetiva; pese a que el Código de Consumo preceptúa que los productores están sometidos a la responsabilidad objetiva.

En atención a lo expuesto, se considera que la responsabilidad por productos defectuosos puede y debe analizarse bajo la teoría de la exposición al peligro, en la medida que:

- (i) Los productos defectuosos constituyen un peligro para los bienes de la vida de las personas, en virtud a que ponen bajo amenaza la salud, vida y patrimonio de aquellas.
- (ii) No se requiere de una frecuencia y/o regularidad estadística de que ciertos productos causan daños, siendo que solo basta evaluar la gravedad del peligro, lo cual permite englobar tanto a los bienes que ya tienen tiempo comercializándose como aquellos que son nuevos.
- (iii) Evita que las empresas se sirvan de la defensa denominada “estado del arte”, toda vez que lo que se juzga y valora es la peligrosidad del producto, no el cumplimiento de estándares, el estado del conocimiento científico y técnico al momento de poner el producto en el mercado, ni si este bien tuvo uno alternativo.
- (iv) Al no ser aplicable el “estado del arte”, también evita que las personas sean tratadas como conejillos de indias (*guinea pigs*).

Si bien se ha determinado que no era necesaria la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos, lo cierto es que ello no resuelve el problema que ya se encuentra dentro del sistema jurídico peruano sobre la indefensión que en la que se encuentran las personas por esta forma de regulación.

En tal sentido, se considera que existen dos soluciones que permiten resolver la incoherente y contradictoria regulación del Código de Consumo:

- (i) La total abrogación de la responsabilidad por productos defectuosos del Código de Consumo (artículos 101 y 102), lo cual permitiría una aplicación directa del artículo 1970 del Código Civil.
- (ii) La abrogación solo del artículo 102 del Código de Consumo, lo cual evitaría la incoherente y contradictoria regulación, dejando vigente el artículo 101 del Código de Consumo, siendo que este último remite al artículo 1970 del Código Civil (aplicación indirecta).

Sobre el particular, la primera solución trae una consecuencia práctica: los operadores jurídicos no sabrían que tipo de responsabilidad aplicar (objetiva y/o subjetiva), ello teniendo en cuenta que el grado de conocimiento de los jueces y magistrados de por sí es bajísimo en materia jurídica (lo cual se corroborará en el análisis de la jurisprudencia judicial).

Es por ello que, se considera que la abrogación solo del artículo 102 del Código de Consumo permite abarcar tanto el aspecto práctico de la responsabilidad por productos defectuosos, en la medida que quedaría vigente únicamente el artículo 101 del Código de Consumo el cual remite al artículo 1970 del Código Civil; siendo que los operadores jurídicos sabrían que tipo de responsabilidad es la que se aplica a los daños generados por bienes defectuosos, lo que trae aparejado una mejor protección a las personas.

De esta forma, se evita la contradictoria e incoherente regulación de la responsabilidad por productos defectuosos contenida en el Código de Consumo, y se tiene una clara visión de que únicamente en estos supuestos se aplica la responsabilidad objetiva por exposición al peligro.

5.5 Jurisprudencia del Poder Judicial²⁰⁰

El caso Dyazide

El 20 de mayo de 1996, SmithKline Beecham I.A.C., Sucursal del Perú, y Laboratorios Hersil S.A., emitieron un comunicado, informando al público en general que, por error humano, había utilizado en la elaboración del fármaco diurético Dyazide, Lote 911075, el compuesto “clorhidrato de Trifluoperazina” (antipsicótico) en lugar de Hidroclorotiazida²⁰¹.

El 21 de noviembre de 2016, una señora demandó a Laboratorios Hersil S.A. por daños y perjuicios por la suma de un millón de dólares, más intereses, costas y costos. Ella sostuvo que desde hace años utilizaba el medicamento Dyazide y a partir del 23 de abril de 1996 tuvo un grave decaimiento en sus funciones vitales.

El Décimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró fundada la demanda de la señora; y, condenó al laboratorio al pago de la suma de diez mil dólares. Dicho juzgado se pronunció en los siguientes términos:

²⁰⁰ Los casos judiciales han sido tomados del libro Derecho de la Responsabilidad Civil del Profesor Espinoza.

²⁰¹ Este caso fue analizado a nivel administrativo por Indecopi. Al respecto, puede verse la Resolución N° 095-96-TDI/SDC/INDECOPI del 11 de diciembre de 1996.

“con respecto a la pretensión indemnizatoria que nos ocupa es necesario precisar que la responsabilidad extracontractual a que se refiere el artículo 1969 del Código Civil supone acreditar la relación de causalidad adecuada entre el hecho y daño (...) pues la falta de dolo o culpa que corresponde acreditar a la parte demandada resulta irrelevante (...) toda vez que la comercialización del medicamento farmacéutico de naturaleza defectuosa ha sido admitida y probada”.

“si bien es cierto que la demandante (...) no ha aportado prueba alguna que demuestre haber adquirido el medicamento Dyazide de acuerdo a las circunstancias normales y usuales en el mercado farmacéutico, es decir con la receta médica, y la factura respectiva que además precisaría el tiempo en que fue objeto de compra, empero, de acuerdo al razonamiento lógico crítico que informa el artículo 277 del Código Adjetivo, se llega a la conclusión de que la citada actora se encontraba sometida a tratamiento constante y de antigua data con el medicamento aludido en el control de la hipertensión arterial, situación que se puede corroborar con la declaración testimonial prestada por el médico (...) se evidencia que la ingesta de dicho medicamento produjo en la demandante un cuadro de síndrome extrapiramidal con inquietud psicomotora Acatisia es el nombre médico de este síndrome...” (sic)

“... el daño producido por el producto defectuoso (...) no guarda la esfera de gravedad sino que por efecto lógico de su consumo tuvo secuelas de malestar físico y psíquico de la actora que fueron superados por el simple hecho de haberse dejado de suministrar los mismos (...) por lo que el resarcimiento económico en su favor debe fijarse de manera prudencial (...) debiendo considerarse como elemento coadyuvante en aquel padecimiento (...) que la demandante tomaba un medicamento antidepresivo desde mucho tiempo atrás (...) con fines de moderador neurovegetativo”.

Sobre el particular, se aprecia que el Juzgado evalúa la responsabilidad del productor en términos de responsabilidad subjetiva, al establecer que la misma se analiza mediante el artículo 1969 del Código Civil, el cual

establece los criterios de imputación culpa y dolo; pese a que como se sabe la responsabilidad del productor es eminentemente objetiva, de modo que debió aplicarse el artículo 1970 de dicho cuerpo normativo²⁰².

Asimismo, se observa que el Juzgado cometió un yerro a nivel probatorio, toda vez que con la sola afirmación de la demandante y su médico considera probado el hecho que la ella consumió el producto defectuosamente elaborado por Laboratorios Hersil S.A. (Dyazide), lo cual va en contra del propio Código Procesal Civil que establece que quien alega un hecho debe acreditarlo (artículo 196).

Cabe agregar que para el Juzgado el hecho de que la demandante tomara antidepresivos contribuyó al padecimiento por el consumo del Dyazide defectuoso (concausa).

Es necesario señalar en este punto que la Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento de la Corte Superior confirmó la sentencia, siendo que únicamente varió el monto indemnizatorio a cincuenta mil soles, indicando que los montos en monedas extranjeras son aplicables a las obligaciones contraídas en dicho tipo de monedas.

De otro lado, se aprecia que el Caso Dyazide va en consonancia con el hecho de que los operadores jurídicos carecen de conocimiento sobre la materia de la responsabilidad por productos defectuosos (y podría decirse de la responsabilidad civil en el general).

Ello permite fundamentar la propuesta de que únicamente debe derogarse el artículo 102 del Código de Consumo, lo cual permitirá al operador jurídico

²⁰² En el mismo sentido se pronuncia el Profesor Espinoza, pues considera que se debió aplicar el artículo 1970 del Código Civil al presente caso; sin embargo, no precisa si se aplica el riesgo o la teoría de la exposición al peligro al mismo. Al respecto, véase su libro Derecho de la Responsabilidad Civil. Lima. Octava Edición. Instituto Pacífico S.A.C. 2016. p. 692.

aplicar la responsabilidad objetiva establecida en el artículo 101 de dicho cuerpo normativo.

El Caso Taucamarca

El 22 de octubre de 1999, en un centro educativo de la Comunidad Campesina de Taucamarca (Cusco) un profesor entregó a un alumno dos bolsas del sustituto lácteo “Foncodito” para que se prepare el desayuno escolar. La esposa del docente consideró que ello era insuficiente, por lo que tomó de la mesa una «bolsa» que se encontraba abierta y con la envoltura maltratada, pensando que era el cereal sobrante del día anterior.

La «bolsa» contenía una mezcla del pesticida Folidol (Parathion Metílico), organofosforado de color blanco en polvo, con el “Foncodito”, preparada por una mujer con la finalidad de enfermar a los canes que perseguían a sus aves. La mujer solo era quechua hablante e iletrada, quien no tenía idea de la extrema toxicidad del pesticida, ni entendía incluso que una pequeña cantidad podía ser letal para los seres humanos y el referido pesticida no tenía el “agente apestoso”²⁰³. Cabe señalar que, desde 1990, el pesticida fue importado, formulado y vendido por Bayer S.A.²⁰⁴

El saldo humano de esta tragedia fue veinticuatro (24) niños muertos. El 22 de octubre de 2001, se interpuso una demanda contra el Ministerio de Agricultura, Ministerio de Salud, la Dirección General de Salud, el Servicio Nacional de Salud y Bayer S.A.

²⁰³ Gomes Osorio, Luis; Murray, Douglas; Rosenthal, Erika. Corporate Impunity in Taucamarca: 19 Years on, still no justice. *Business and Human Rights Journal*. Cambridge University Press. N° 4 (2). 2019. p. 329.

De este artículo se ha tomado la imagen del producto expendido por Bayer S.A.

²⁰⁴ Gomes Osorio et al. p. 329.



No se va a emitir una opinión sobre la responsabilidad de las entidades del Estado Peruano; siendo que únicamente se hablará de aquella que concierne a Bayer S.A., en la medida que es la única que versa sobre responsabilidad por productos defectuosos (objeto de la presente tesis)²⁰⁵.

Sobre el particular, se demanda²⁰⁶ a Bayer S.A. *«... por haber puesto en circulación un producto irrazonablemente peligroso, comercializándolo específicamente para cultivos andinos de pequeños y medianos productores “sabiendo que este plaguicida agudamente tóxico era responsable por un porcentaje desproporcionadamente alto en envenenamientos en países con condiciones socio-económicas como el Perú. Entonces Bayer sabía de antemano que el plaguicida iba a llegar a ser usado por personas quechua-hablantes y analfabetas, y era conciente de igual manera que estos usuarios, sin poder leer y entender la etiqueta, tenían mayor posibilidad de usar el producto de una manera no congruente con las direcciones de la etiqueta”. Otro dato que se alega es que el Parathion Metílico estaba registrado para “uso restringido” debido a su alta toxicidad y el Reglamento sobre el Registro, Comercialización y Control de Plaguicidas Agrícolas y Sustancias Afines (...) requiere que la venta de este producto sea limitada a aquellos usuarios que reciben una “receta técnica” de un agrónomo licenciado. Asimismo, el producto se comercializó sin ningún control post-registral de las autoridades pertinentes. En suma se sostiene que el plaguicida presentó un peligro no obvio para los responsables directos (quienes prepararon el fatídico desayuno). En ese sentido la compañía Bayer debía haber tenido en cuenta “el mal uso previsible” del producto dadas las condiciones socio-culturales del país, y también que el producto no presenta un daño no obvio por su apariencia: fue envasado solamente en una bolsa de plástico, empaque que no sugiere que*

²⁰⁵ Para quien escribe estas líneas, la responsabilidad del Estado es indudable, obviamente, no a título de productos defectuosos, sino por no cumplir su labor (cuidado, control y vigilancia de los productos que se comercializan en el Perú) y su ineficiente labor en materia de salud, todo lo cual recae en el artículo 1969 del Código Civil.

²⁰⁶ La demanda fue inicialmente declarada improcedente, en la medida que el juez consideró que no podía demandarse a las entidades públicas; luego fue admitida a trámite, siendo que presentaron excepciones de prescripción, falta de legitimidad para obrar pasiva y activa, oscuridad y ambigüedad en el modo de proponer la demanda, representación defectuosa del demandante. Al respecto, solo fue amparada la excepción de prescripción; no obstante, fue revocada, en la medida que no se había tomado en cuenta que había un proceso penal que suspendía el plazo de prescripción a nivel civil, según lo establece el artículo 100 del Código Penal.

contiene un plaguicida altamente peligroso y con etiqueta en español, que los ciudadanos andinos quechua-parlantes y mayormente analfabetos no pueden leer ni entender el aviso de toxicidad (que no es prominente de todos modos en la etiqueta que presenta más bien un dibujo de frijoles, zanahoria y papas)»²⁰⁷.

Lo expuesto permite apreciar que se le imputa a Bayer S.A. no haber tomado en cuenta que el producto altamente tóxico que puso en el mercado iba a ser usado por personas quechua-hablantes, iletrados, que no podían haber entendido las instrucciones (como se usa el bien) y advertencias (los peligros que conlleva su utilización) consignadas en la presentación del producto, más aún si se tiene en cuenta que dicha presentación contenía dibujos de frijoles, zanahoria y papas.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta –en general– que si el producto está dirigido a una población el fabricante en las instrucciones y advertencias consignadas en dicho producto debe evaluar lo siguiente:

- (i) Utilizar el idioma de la población a la cual se dirige como, por ejemplo, se puede apreciar en los manuales de uso de un bien (inglés, castellano, francés, etc.), siendo que el lenguaje debe ser accesible y entendible por la referida población.
- (ii) Las características e idiosincrasias de la población: si son letrados o iletrados. En este último caso, informar mediante signos gráficos o íconos u oralmente, comunicando de la toxicidad del producto²⁰⁸.
- (iii) Evitar que las instrucciones y advertencias conlleven a confusión respecto del uso y peligro inherente al producto.
- (iv) Las medidas que deben tomarse en caso se haya producido un daño.

²⁰⁷ Espinoza Espinoza, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Lima. Octava Edición. Instituto Pacífico S.A.C. 2016. pp. 701-702.

²⁰⁸ Ver Sotomarinero Cáceres, Roxana citada por Espinoza Espinoza, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Lima. Octava Edición. Instituto Pacífico S.A.C. 2016. pp. 707-708.

Al respecto, mediante Resolución N° 119 de fecha 25 de noviembre de 2020, el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró infundada la denuncia, en el marco del artículo 1969 del Código Civil, en virtud a que señaló que quedó acreditado que el producto tóxico que causó la tragedia era **Parathion**; y, no el comercializado por Bayer S.A., es decir, Folidol (**Parathion Metílico**), tal como se observa a continuación²⁰⁹:

*«... habiendo ésta última demostrado que el pesticida encontrado en el preparado ingerido por los alumnos de la Comunidad de Taucamarca el 22 de octubre de 1999 no es el producto que la mencionada empresa produce y comercializa puesto que el “Parathion” encontrado en los análisis realizados por el SENASA es distinto al “Parathion metílico” registrados ante SENASA con registro N° 118-96-AG-SENASA; lo cual acredita con: a) la copia de la Transcripción de la Novena Sesión Ordinaria de la Comisión de Salud, Población y Familia del Congreso de la República – Primera Legislatura Ordinaria 1999, realizada el 27 de octubre de 1999 (fs. 324 a 394, en la cual se encontraba presente el entonces Ministro de Salud, Dr. Alejandro Aguinaga, quien expresa que del análisis realizado de las muestras del alimento recolectadas en la zona de Taucamarca (restos de la olla donde se había preparado e inclusive de la bolsa donde se realizó la fatal mezcla), se verificó que el envenenamiento se produjo por “Parathion etílico”, el cual se encuentra prohibido en el país, en tanto que el “parathion metílico” de 2.5% de concentración tiene un uso restringido, sin embargo, en las zonas involucradas no se ha vendido; b) con la copia de la Evaluación de Pesticidas en Alimentos emitido por el Laboratorio Físicoquímico de la Dirección General de Salud Ambiental (DIGESA), obrante de fojas 396 a 397, donde se estableció que el alimento preparado consumido por los niños de Taucamarca el día de los hechos, presentaba concentración de “Paratión”, que es distinto de “metil paratión” (...); c) con la copia del Informe Técnico 001/02, emitido por la Unidad de Servicios de Análisis Químicos de la Facultad de Química e Ingeniería Química de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (fs. 416 a 419) en el cual se concluye lo siguiente: “(sic) 1) Tanto el **parathion** como el **parathion methyl**, con compuestos químicos diferentes que manifiestan*

²⁰⁹ Para una crítica a la sentencia que se pronuncia sobre este funesto hecho, en especial, sobre la responsabilidad del Estado, véase: Espinoza Espinoza, Juan. El caso *Taucamarca*: responsabilidad civil por productos defectuosos en la información. Actualidad Civil. N° 80. Instituto Pacífico. Febrero 2021. pp. 5-16.

*características químicas diferentes y propiedades físicas diferentes, de acuerdo a los datos de sus propiedades físicas diferentes, de acuerdo a los datos de sus propiedades físicoquímicas detalladas. 2) El parathion tiene diferente potencial toxicológico que el parathion methyl, la diferencia del **parathion** de tener dos grupos **ethyl** en su estructura versus los dos grupos **methyl del parathion methyl**, son suficientes para tener propiedades diferentes”; d) con la copia del Certificado de Registro N° 118-96-AG-SENASA, que la Dirección General de Sanidad Vegetal del Servicio Nacional de Sanidad Agraria (SENASA), a través de la Dirección de Defensa Fitosanitaria, otorgó a la empresa BAYER S.A. para su producto Folidol 2.5% PS (insecticida), con el nombre común de “Parathion metílico”, teniendo la vigencia del registro desde el 10 de julio de 1996 al 30 de julio de 2000; e) con la envoltura original del producto “Folidol 2.5% PS (Parathion Metílico) – insecticida en polvo seco, producido por la empresa Bayer S.A., en el cual se observa también que se ha consignado en forma visible que es un producto moderadamente tóxico y que debe mantenerse alejado de los productos alimenticios (ello tanto en forma textual como en imágenes); no habiendo sido tal documentación cuestionada o tachada por los demandantes.*

En ese contexto, se encuentran corroborados los argumentos de defensa presentados por BAYER S.A. en su escrito de contestación de demanda de fojas 422 a 435, verificándose así que dicha demandada no tiene participación alguna en los hechos que suscitaron la presente controversia, pues el producto que produjo el envenenamiento y posterior fallecimiento y/o lesiones de los niños del Centro Educativo de Taucamarca el 22 de octubre de 1999, no fue producido por la referida empresa»²¹⁰.

La lectura de la lectura sentencia deja suma preocupación, en virtud a que no se aprecia en ella un análisis adecuado para determinar si efectivamente el producto que causó la tragedia era el Paration o Paration Metílico (Folidol), toda vez que el sustento del Juzgado Civil para declarar infundada la demanda es la “Transcripción de la Novena Sesión Ordinaria de la Comisión de Salud, Población y Familia del Congreso de la República – Primera Legislatura Ordinaria 1999, realizada el 27 de octubre de 1999”, que

²¹⁰ Resolución N° 119 de fecha 25 de noviembre de 2020, emitida por el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. pp 13 -14.
En <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/detalleform.html> 07/04/2021. Documento revisado el 07 de abril de 2021, a las 21:05 horas.

no constituye una pericia, ni análisis de laboratorio y es una declaración que no tiene valor probatorio²¹¹.

Asimismo, se cita el “Informe Técnico 001/02, emitido por la Unidad de Servicios de Análisis Químicos de la Facultad de Química e Ingeniería Química de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos” que no aporta absolutamente fundamento alguno para determinar la responsabilidad de Bayer S.A., pues únicamente está orientado a evaluar las diferencias en la composición química del Paration y Paration Metílico (Folidol), no así cual producto intervino o jugó un papel en el deceso de los niños.

Al respecto, se ha señalado:

«... no dejamos de preguntarnos por la labor del juez; no se observa, en su análisis, referencia alguna a otras pericias, exámenes médicos o de laboratorio, realizados con los cuales pueda contrastarse la naturaleza de la sustancia tóxica (paration), no se cita otras pruebas que discutan o confirmen la fuente última del daño; ni siquiera hay un contraste con los hallazgos de la necropsia o las conclusiones del médico legal y/o laboratorio de toxicología. Pareciera que no interesa tener una idea clara sobre la sustancia que causó la muerte de tantos niños; pero no podemos afirmar esto categóricamente, es solo hipotético (...) Nosotros seguimos inquietándonos por la labor del juez...»²¹².

Sobre el particular, habiéndose desvirtuado los fundamentos de la sentencia por la cual se declara infundada la demanda, consideró que de los hechos

²¹¹ Bardales Siguan, Luis Rodolfo. Responsabilidad civil del producto en el caso *Taucamarca*. Análisis sobre el criterio de imputación y la prueba del nexo de causalidad a propósito de la muerte por intoxicación derivada de la ingesta de una plaguicida. Actualidad Civil. Nº 80. Instituto Pacífico. Febrero 2021. p. 56; Sotomarinero Cáceres, Roxana. Responsabilidad civil por productos. A propósito de la intoxicación de escolares en la comunidad campesina de Taucamarcam distrito de Cay Cay, provincia de Paucartambo, Cusco. Actualidad Civil. Nº 80. Instituto Pacífico. Febrero 2021. p. 81:«Para el juzgado, el Congreso (...) proporcionó pruebas “valiosas”; solo así se entiende el “espacio” dedicado a acoger lo indicado por este órgano».

²¹² Retamozo Escobar, Jaliya. El caso *Taucamarca*: un análisis a partir de los elementos de la responsabilidad civil. Actualidad Civil. Nº 80. Instituto Pacífico. Febrero 2021. pp.99-100.

narrados como antecedentes en este caso y los indicados en la sentencia, se pudieron tomar en cuenta los siguientes indicios:

- (i) Desde el año 1990, Bayer S.A. importa, formula y vende el organofosforado Folidol (Paration Metílico).
- (ii) Desde el 20 de noviembre de 1998, SENASA prohibió la venta de Paratión en el Perú.
- (iii) El Folidol (Paratión Metílico) se vendía bajo la forma de polvo de color blanco.
- (iv) Un Plaguicida fue mezclado con el sustituto lácteo “Foncodito” y brindado a los escolares.
- (v) Los certificados de necropsia concluyeron que los 24 menores habían fallecido por shock tóxico, edema y hemorragia cerebral, congestión visceral generalizada.
- (vi) Los Protocolos de Análisis - Laboratorio de Toxicología, tomados de la muestra de cerebro, riñón, hígado, contenido y pared gástrica de los 24 menores fallecidos, concluyeron que la muestra analizada presenta insecticida órganofosforado (Paration).
- (vii) El reconocimiento médico que arrojó que los menores perdieron la vida por ingesta de sustancia química Paration (Folidol).

De los hechos antes señalados se deduce que él único órganofosforado que se comercializa en el Perú bajo el nombre de Folidol es un producto de la empresa Bayer S.A., el cual, de conformidad con el reconocimiento médico, fue el causante de la tragedia de Taucamarca. Considero que un análisis bajo indicios y presunciones pudo haber servido al Poder Judicial para analizar esta tragedia; no obstante, la sentencia bajo comentario dista de ello.

Finalmente, es necesario tener en cuenta que, el hecho de que el fabricante coloque en el producto una adecuada instrucción y advertencia, ello no implica que el referido producto no sea defectuoso, piénsese en el caso del Dyazide por ejemplo.

CONCLUSIONES

- (i) En la época medieval el vendedor era responsable no solo por el ocultamiento doloso de los defectos en el producto, sino también por aquellos latentes que no llegó a conocer; sin embargo, en Inglaterra prevaleció la noción del *caveat emptor*, la cual consistía en que el comprador debía de protegerse a si mismo de los defectos obvios del producto adquirido y, también, de los ocultos.
- (ii) En 1810, esta situación cambia, en la medida que las cortes inglesas reemplazaron el *caveat emptor* por la doctrina de la garantía implícita de calidad, que se refería a que los bienes debían servir mínimamente para los fines y usos ordinarios para los cuales han sido elaborados.
- (iii) en Inglaterra también se desarrolló la doctrina de la *privity of contract*, la cual predicaba que una tercera persona (*bystander*) que no formaba parte de la relación contractual productor-consumidor no podía llevar a juicio –vía una acción por negligencia (*negligence*)– al productor por los daños que hubiera recibido como consecuencia de la manipulación, uso o exposición al bien defectuoso.
- (iv) Las doctrinas del *caveat emptor* y *privity of contract* fueron tomadas en préstamo por las cortes estadounidenses; no obstante, los jueces hicieron tres excepciones a la *privity of contract*: la primera, cuando el producto era inminentemente peligroso para la vida y la salud; la segunda, cuando un invitado sufrió un daño como consecuencia de la utilización del bien defectuoso; la tercera, cuando el vendedor envía un

producto que sabe que es inminentemente peligroso para la vida y la integridad física sin avisar de las características del producto.

- (v) Con el transcurso del tiempo dichas doctrinas fueron dejadas de lado, siendo que las garantías implícitas fueron tipificadas en la *Uniform Sales Act* de 1906; y, mediante el caso *MacPherson vs Buick* en 1916, se dejó de lado la *privity of contract* y señaló que si el productor de un previsible producto defectuoso conoce que este sería usado por personas distintas del comprador debía fabricarlo cuidadosamente.
- (vi) La imputación de responsabilidad al productor era a título de culpa (*negligence*), en la medida que se requería que aquel elaborara el bien cuidadosamente, hecho que implicaba un análisis de la conducta desplegada por el proveedor; sin embargo, la orientación jurisprudencial en el lapso de cuarenta a cincuenta años fue decantándose por la responsabilidad objetiva (*strict liability*) del productor.
- (vii) El *Restatement Second of Torts* estableció que la responsabilidad por productos defectuosos sea objetiva, en tanto el fundamento de la responsabilidad objetiva, según William L. Prosser, era la protección de la vida humana, la salud y seguridad de las personas.
- (viii) Posteriormente, ante las críticas al *Restatement Second of Torts*, el *Restatement Third of Torts* estableció una tripartición de defectos generadores de responsabilidad (defecto de diseño, de producción y de información), siendo que solo señaló la responsabilidad objetiva del fabricante para los defectos de producción; y, responsabilidad subjetiva para los otros defectos.
- (ix) Asimismo, se estableció que el defecto de diseño debía ser examinado bajo el test riesgo-utilidad y no bajo las expectativas del consumidor, y en función a un diseño alternativo razonable.

- (x) Las críticas al *Restatement Third of Torts* no se hicieron esperar: la tripartición no era más que una descripción de los hechos, no tenía un propósito excluyente y definitorio; y, estaba vinculada a la conducta del fabricante, esto es, a establecer una responsabilidad subjetiva de este.
- (xi) La tripartición es una dudosa lectura de la historia, pues bajo las garantías (*warranties*), cuando un producto no funciona de acuerdo a su ordinario uso, el fabricante es responsable, independientemente del hecho de si el defecto se originó a través de la fabricación del bien o de su diseño, lo cual también trae como consecuencia que para el análisis de la defectuosidad no se requiere la prueba de que el productor habría podido adoptar un diseño alternativo razonable.
- (xii) No se establece porqué solo en los defectos de producción se aplica la responsabilidad objetiva.
- (xiii) El test riesgo-utilidad implica que el fabricante no será responsable cuando los beneficios de los productos sean mayores que los costos de producirlos; sin embargo, no excluye el defecto en el producto, sino que traslada el análisis de la defectuosidad del bien a consideraciones meramente económicas, lo cual trae como consecuencia que las personas sean tratadas como «conejiillos de indias», pues los fabricantes al tomar conocimiento que sus productos contienen un defecto van a someterlos a controles y pruebas (testeo), de modo que pueden mejorarlos o retirarlos del mercado sin que se vean sometidos a responsabilidad alguna.
- (xiv) El estado del arte conlleva a examinar la conducta del fabricante, es decir, una responsabilidad subjetiva, ya sea porque no cumplió con los estándares propios o gubernamentales; no utilizó un diseño alternativo razonable; o, no estaba dentro de su esfera de conocimiento que el producto causaría daño en el futuro (riesgo de desarrollo).

- (xv) En este punto debe tenerse en cuenta que aun cuando el productor carezca de los conocimientos científicos y tecnológicos respecto de los productos que pone en el mercado y al alcance de las personas, ello no es un óbice para entender que los bienes fabricados se encuentran dentro de su esfera de negocios y, por lo tanto, debe asumir la responsabilidad por los daños que estos causen, como parte de sus costos sociales.
- (xvi) De otro lado, la jurisprudencia francesa ha consagrado la obligación de expedir un bien libre defectos en aplicación de la garantía de los vicios ocultos (artículo 1641 y siguientes) y ha extendido su aplicación a todos los compradores y sub-compradores comprendidos en la cadena de distribución.
- (xvii) La Corte de Casación ha reforzado la protección de las personas en materia de productos defectuosos al desarrollar la noción del vendedor profesional (*vendeurs professionnels*), estableciendo una presunción irrefutable del conocimiento del vicio.
- (xviii) La obligación de seguridad del vendedor profesional consiste en que debe comercializar productos que estén libres de cualquier defecto que pudiera causar daños a las personas o bienes.
- (xix) No obstante, la jurisprudencia francesa empezó a darle autonomía a esta obligación y separarla de la garantía por vicios ocultos, ello con la finalidad de evitar el plazo corto de prescripción de estos vicios y, de esta forma, otorgar una mayor protección a las personas al otorgarle un tiempo de diez años para solicitar tutela ante el Poder Judicial, siendo que estableció que el artículo aplicable era el 1135 del Code Napoleon (Las convenciones no solamente obligan a lo que está expresado en ellas; sino también a todas las consecuencias que la equidad, el uso o la ley dan a la obligación de acuerdo a su naturaleza).

- (xx) En el Perú, se ha establecido que la responsabilidad por productos defectuosos es objetiva (artículo 101 del Código de Consumo); sin embargo, a continuación (artículo 102 del Código de Consumo), se ha incluido elementos de análisis subjetivo, esto es, considerando la tripartición del *product liability* del derecho estadounidense, lo cual evidencia una contradicción entre ambos artículos.
- (xxi) El artículo 102 del Código de Consumo establece el test de las expectativas del consumidor para analizar los tres tipos de defectos; pese a que semejante test solo es aplicable al defecto de diseño.
- (xxii) Al haberse regulado la responsabilidad por productos defectuosos como responsabilidad objetiva carecía de sentido que se realizara una distinción de los defectos.
- (xxiii) Si bien se ha tomado en cuenta el modelo estadounidense para regular la responsabilidad del productor; lo cierto es que no se ha considerado todas las variables y connotaciones que este posee, esto es, su devenir histórico (*Restatements*) y las consecuencias que trae la tripartición de los defectos de los productos: el problema de la carga probatoria del dañado en materia de responsabilidad subjetiva, proteger al fabricante y, en algunos casos, hacer que las personas se vuelvan conejillos de indias (*guinea pigs*).
- (xxiv) De allí que se observa que la importación acrítica y la falta de entendimiento de la responsabilidad del productor ha traído como consecuencia esta contradictoria e incoherente regulación en el Código de Consumo, pese a que no era necesaria, en la medida que el Código Civil brinda las herramientas suficientes para afrontar este tópico, por lo cual este tipo de regulación de la responsabilidad constituye un falso problema.
- (xxv) El artículo 1970 del Código Civil establece la responsabilidad objetiva a través de la teoría de la exposición al peligro, la cual brinda las

herramientas necesarias y suficientes para examinar la responsabilidad del productor.

(xxvi) Los productos defectuosos constituyen un peligro para los bienes de la vida de las personas, en virtud a que ponen bajo amenaza la salud, vida y patrimonio de aquellas.

(xxvii) No se requiere de una frecuencia y/o regularidad estadística de que ciertos productos causan daños, siendo que solo basta evaluar la gravedad del peligro, lo cual permite englobar tanto a los bienes que ya tienen tiempo comercializándose como aquellos que son nuevos.

(xxviii) Evita que las empresas se sirvan de la defensa denominada “estado del arte”, toda vez que lo que se juzga y valora es la peligrosidad del producto, no el cumplimiento de estándares, el estado del conocimiento científico y técnico al momento de poner el producto en el mercado, ni si este bien tuvo uno alternativo.

(xxix) Al no ser aplicable el “estado del arte”, también evita que las personas sean tratadas como conejillos de indias (*guinea pigs*).

(xxx) No era necesario regular la responsabilidad por productos defectuosos en el Código de Consumo, en la medida que el artículo 1970 del Código Civil ya cubría este tipo de responsabilidad.

(xxxi) El Código de Consumo en vez de tutelar a las personas, los perjudica y deja a merced de los fabricantes (o de los que intervienen en la cadena de distribución), al establecer que los consumidores deberán acreditar el tipo de defecto (diseño, producción y/o información), lo cual –como se ha visto previamente– recae dentro de los parámetros de la responsabilidad subjetiva; pese a que el Código de Consumo preceptúa que los productores están sometidos a la responsabilidad objetiva.

(xxxii) En tal sentido, se considera que existen dos soluciones que permiten resolver la incoherente y contradictoria regulación del Código de Consumo:

- (a) La total abrogación de la responsabilidad por productos defectuosos del Código de Consumo (artículos 101 y 102), lo cual permitiría una aplicación directa del artículo 1970 del Código Civil.
- (b) La abrogación solo del artículo 102 del Código de Consumo, lo cual evitaría la incoherente y contradictoria regulación, dejando vigente el artículo 101 del Código de Consumo, siendo que este último remite al artículo 1970 del Código Civil (aplicación indirecta).

(xxxiii) Sobre el particular, la primera solución trae una consecuencia práctica: los operadores jurídicos no sabrían que tipo de responsabilidad aplicar (objetiva y/o subjetiva). Es por ello que, se considera que la abrogación solo del artículo 102 del Código de Consumo permite abarcar tanto el aspecto práctico de la responsabilidad por productos defectuosos, en la medida que quedaría vigente únicamente el artículo 101 del Código de Consumo el cual remite al artículo 1970 del Código Civil; siendo que los operadores jurídicos sabrían que tipo de responsabilidad es la que se aplica a los daños generados por bienes defectuosos, lo que trae aparejado una mejor protección a las personas.

RECOMENDACIÓN

A efectos de evitar la contradicción e incoherencia en la regulación de la responsabilidad por productos defectuosos contenida en el Código de Consumo, se recomienda la abrogación del artículo 102 del referido Código de Consumo.

BIBLIOGRAFÍA

Almeida de Oliveira, Bruno. Riscos de desenvolvimento: não excludente de responsabilidade civil do fornecedor. Araçatuba. Revista Juris Uni Toledo. Volume N° 1. Número N° 1. 2016.

Alpa, Guido y Bessone, Mario. I principi di responsabilità oggettiva. Premesse storiche e profili comparatistici. En: La responsabilità civile. Dottore Antonio Giuffrè Editore. Terza edizione aggiornata. Milano. 2001.

Alpa, Guido y Bessone, Mario. Il rischio d'impresa. En: La responsabilità civile. Dottore Antonio Giuffrè Editore. Terza edizione aggiornata. Milano. 2001.

Ausness, Richard C. "Fasten your Seat Belt, Orville": Exploring the Relationships Between State-of-the-Art, Technological and Commercial Feasibility, and the Restatement's Reasonable Alternative Design Requirement. Indianapolis. Indiana Law Review. Volume N° 45. 2012.

Bardales Sigwas, Luis Rodolfo. Responsabilidad civil del producto en el caso *Taucamarca*. Análisis sobre el criterio de imputación y la prueba del nexo de causalidad a propósito de la muerte por intoxicación derivada de la ingesta de una plaguicida. Actualidad Civil. N° 80. Instituto Pacífico. Febrero 2021. pp. 25-66;

Barton, Benjamin H. Tort Reform, Innovation, and Playground Design. Gainesville. Florida Law Review. Volume N° 58. 2006.

Basozabal Arrue, Xavier. Responsabilidad Extracontractual Objetiva: Parte General. Madrid. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Primera edición. 2015.

Bernstein, Anita. Implied Reverse Preemption. Brooklyn. Brooklyn Law Review. Volume N° 74. 2009.

Berry, Elsa. L'articulation de la responsabilité du fait des produits défectueux et des autres régimes de responsabilité. En: Travaux issus des séminaires "Droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile" organisés par le Groupe de Recherche Européen sur la responsabilité Civile et l'Assurance. La responsabilité du fait des produits defectueux. En: <http://grerca.univ-rennes1.fr/fr/Travaux>. Documento revisado el 10 de marzo de 2012

Birnbaum, Sheila L., Wrubel, Barbara. "State of The Art" and Strict Product Liability. Chicago. Tort & Insurance Law Journal. Volume N° 32. 1985-1986.

Borghetti, Jean-Sébastien. La responsabilité du fait des produits. Étude de droit comparé. Paris. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. (s/e). 2004.

Brüggemeier, Gert. Industrialisation, Risks and Strict Liability: The Diverse Paths of German and US Law. *Opinio Juris in Comparatione*. Volume N° 1. N° 1. Essay N° 2. 2014.

Bürge, Alfons. Savigny comparatiste: l'exemple de la responsabilité à raison du risque. *Annuaire de l'Institut Michel Villey*. Volume N° 1. Paris. Dalloz. 2009.

Byrne, Richard E. Strict Liability and the Scientifically Unknowable Risk. Milwaukee. *Marquette Law Review*. Volume N° 57. 1974.

Calabresi, Guido. Symposium: The Passage of Time: The Implications for Product Liability: Commentary. New York. *New York University Law Review*. Volume N° 58. 1983.

Calabresi, Guido. Product Liability: Curse or Bulwark of Free Enterprise. Cleveland. *Cleveland State Law Review*. Volume N° 27. 1979.

Calabresi, Guido; Hirschhoff, Jon T. Toward a Test for Strict Liability in Torts. New Haven. *The Yale Law Journal*. Volume N° 81. 1972

Capelotti, João Paulo. Risco criado ou risco proveito?- Análise perspectiva e prospectiva do Art. 927, parágrafo único, do Código Civil. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*. Sao Paulo. Volume N° 16. N° 24. 2012.

Castronovo, Carlo. *La Nuova Responsabilità Civile*. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore. Seconda Edizione. 1996.

Catalan, Marcos. Reflexiones sobre el desarrollo tecnológico y el deber de reparar los daños ignorados en la conducción del proceso productivo. En: *Estudios sobre la Responsabilidad Civil*. César E. Moreno More (Coord.).

Lima. Editora y Distribuidora Ediciones Legales E.I.R.L. Primera Edición. 2015.

Chabas, François. La Noción de Consumidor. Anuario Jurídico de la Rioja. La Rioja-España. Volumén. 4. 1998.

Chazal, Jean-Pascal. Vulnérabilité et Droit de la Consommation.

En: http://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/sites/sciencespo.fr/ecole-de-droit/files/chazal_vulnerabilite_droit_conso.pdf

Chunt, John H. The New Citadel: A Reasonable Designed Products Liability Restatement. Ithaca, New York. Cornell Law Review. Volume N° 79. 1994.

Clune, Margaret H. Stealth Tort Reform: How the Bush Administration's Aggressive Use of the Preemption Doctrine Hurts Consumers. En: www.progressivereform.org/article/preemption.pdf., visitado el 13 de diciembre de 2017, a las 16:39 horas.

Coderch, Pablo Salvador y Rubí Puig, Antoni. Riesgos de desarrollo y evaluación judicial del carácter científico de dictámenes judiciales. Barcelona. Indret. N° 1. 2008.

Coester-Waltjen, Dagmar. European and German Law on Products Liability Standard Form Contracts. En: http://space.snu.ac.kr/bitstream/10371/9027/1/law_v422_071.pdf. Documento revisado el 18 de mayo de 2011 a las 12:45 horas.

Comporti, Marco. Esposizione al pericolo e responsabilità civile. Napoli. Morano Editore. (s.e). 1965.

Comporti, Marco. La responsabilité civile en Italie. Revue Internationale de droit comparé. Volume N° 19. N° 4. Octobre-décembre. Paris. Société de législation comparée. 1967.

Conk, George W. Punctuated Equilibrium: Why § 402 A Flourished and the *Third Restatement* Languished. Austin. The Review of Litigation. Volume N° 26. N° 4. 2007.

Connolly, Paul R. The Liability of a Manufacturer for Unknowable Hazards Inherent in his Product. Chicago. Insurance Counsel Journal. Volume N° 32. 1965.

Covitz, Morton R. Product Liability: The Rise and Fall of Privity. Boston. Boston College Law Review. Volume N° 3.

Cranor, Carl F. Legally Poisoned. How the Law Puts Us at Risk From Toxicants. Cambridge, Massachusetts. Harvard University Press. 2011.

Cupp, Richard L. Jr. Preemption's Rise (and Bit of a Fall) as Products Liability Reform. Brooklyn. Brooklyn Law Review. Volume N° 74. 2009.

Davis, Mary J. Design Defect Liability: In Search of a Standard of Responsibility. Detroit. The Wayne Law Review. Volume N° 39. 1993.

Davis, Mary J. On Restating Products Liability Preemption. Brooklyn. Brooklyn Law Review. Volume N° 74. 2009.

Diamond, John L. Eliminating the “Defect” in Design Strict Products Liability Theory. San Francisco. The Hasting Law Journal. Volume N° 34. 1983.

Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. Derecho de Daños. Madrid. Civitas. Primera edición. 1999.

Dreier, William A. Design Defect Under Proposed Section 2(b) of the Restatement (Third) of Torts: Products Liability – A Judge’s View. Ann Arbor. University of Michigan Journal of Law Reform. Volume N° 30. 1996-1997.

Dreier, William A. Consumer Expectations: A Defective Test for Design Defects. Lawrence. Kansas Journal of Law and Public Policy. Volume N° 10. 2000.

Dickerson, Reed. Products Liability: How Good Does a Product Have to Be?. Bloomington. Indiana Law Journal. Volume N° 42. 1967.

Espinoza Espinoza, Juan. Algunas consideraciones sobre la responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. En: http://www.dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art49.PDF, artículo revisado el 13 de marzo de 2013 a las 21:46 horas.

Espinoza Espinoza, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Lima. Octava Edición. Instituto Pacífico S.A.C. 2016.

Espinoza Espinoza, Juan. El caso *Taucamarca*: responsabilidad civil por productos defectuosos en la información. Actualidad Civil. N° 80. Instituto Pacífico. Febrero 2021. pp. 5-16

Etier, Guillaume. Du risque à la faute. Evolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit comun. Genève. Schulthess. 2006.

Fernández Cruz, Gastón; León Hilario, Leysser. La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva. Revista Derecho PUCP. Lima. N° 58. 2005.

Fairgrieve, Duncan. L’exception française? The French law of product liability. En: Product Liability in Comparative Perspective. New York. Cambridge University Press. 2005.

Franzini, Maurizio. Social costs, social rights and the limits of free market capitalism: a re-reading of Kapp. En: Social Costs and Public Action in

Modern Capitalism-Essays inspired by Karl William Kapp's theory of social costs. New York. Routledge. First Edition. 2006.

Frigato, Piero. Social costs and human health: Kapp's approach and its growing relevance today. En: Social Costs and Public Action in Modern Capitalism-Essays inspired by Karl William Kapp's theory of social costs. New York. Routledge. First Edition. 2006.

Gaidies, John B. Sales - Implied Warranty of Fitness – An Interpretation of U.C.C. 2-318. Miller v. Preitz, 422 Pa. 383 (1966). Williamsburg-Virginia. William & Mary Law. Volume N° 8. 1967

Gershonowitz, Aaron. The Strict Liability Duty to Warn. Lexington-Virginia. Washington and Lee Law Review. Volume N° 44. 1987.

Gomes Osorio, Luis; Murray, Douglas; Rosenthal, Erika. Corporate Impunity in Taucamarca: 19 Years on, still no justice. Business and Human Rights Journal. Cambridge University Press. N° 4 (2). 2019. pp. 329-336

Graham, Kyle. Strict Product Liability at 50: Four Histories. Milwaukee. Marquette Law Review. Volume N° 98. 2014.

Gray, Oscar S. Reflections on the Historical Context of Section § 402 A. Long Island. Touro Law Review. Volume N° 10. 1993.

Gray, Oscar S. The Draft ALI Products Liability Proposals: Progress Or Anachronism?. Knoxville. Tennessee Law Review. Volume N° 61.1994.

Green, Michael D. The Unappreciated Congruity of the Second an Third Restatements on Design Defect. Brooklyn. Brooklyn Law Review. Volume N° 74. 2009.

Hamilton, Walton H. The Ancient Maxim Caveat Emptor. New Haven. Yale Law Journal. 1931. Volume XL, N° 8.

Henderson, James A. Jr. Coping with the Time Dimension in Product Liability. Berkeley. California Law Review. Volume N° 69. 1981.

Henderson, James A., Twerski, Aaron D. Consumer Expectations' Last Hope: A Response to Professor Kysar. New York. Columbia Law Review. Volume N° 103. 2003.

Hodges, Christopher. Development Risks: Unanswered Questions. London. The Modern Law Review. Volume N° 61. 1998.

Hoening, Michael. Resolution of "Crashworthiness" Design Claims. Queens-New York. Saint John's Law Review. Volume N° 55. 1981.

Hoenig, Michael; Werber, Stephen J. Automobile "Crashworthiness": an Untenable Doctrine. Cleveland. Cleveland State Law Review. Volume N° 20. 1971.

Hubbard, F. Patrick. The Nature and Impact of the "Tort Reform" Movement. Hempstead-New York. Hofstra Law Review. Volume N° 35. 2006.

Jézéquel, Myriam. Historique de la loi sur la protection du consommateur. En: <http://www.barreau.qc.ca/pdf/journal/vol35/no21/historique.html>

Johnson, Anita. Products Liability "Reform": A Hazard to Consumers. Chapel Hill. North Carolina Law Review. Volume N° 56. 1978.

Jourdain, Patrice. Les principes de la responsabilité civile. Paris. Dalloz. s.e. 1992.

Kapp, Karl William. The Social Costs of Business Enterprise. Nottingham. Spokesman, Rusell Press Ltd. Segunda edición, revisada y extendida en 1978, reimpresa en 2000.

Karanikić, Marija. Development Risks. Belgrade. Annals of the Faculty of Law in Belgrade – International Edition. Volume N° 1. 2006.

Kessler, Friedrich. Products Liability. 1967. Faculty Scholarship Series. Paper 2640. p. 926. En: http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/2640

Kessler, Friedich. The Protection of the Consumer Under Modern Sales Law, Part I-, A Comparative Study. New Haven. The Yale Law Journal. 1964-1965. Volume N° 74.

Klee, Antonia Espíndola Longoni. Risco do desenvolvimento: estudo comparado entre o direito do consumidor brasileiro e o direito norteamericano. Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito. PPGDIR./UFRGS. Porto Alegre. Volume N° 2. Número N° 5. 2004.

Korzec, Rebecca. Dashing Consumer Hopes: Strict Products Liability and the Demise of the Consumer Expectations Test. Boston. Boston College International & Comparative Law Review. Volume N° XX. Number N° 2. 1997.

Kysar, Douglas A. The Expectations of Consumers. New York. Columbia Law Review. Volume N° 103. 2003.

Lander, Edgardo. La ciencia neoliberal. Caracas. Revista Venezolona de Economía y Ciencias Sociales. Volumen N° 11. Número N° 2. 2005.

Lavell, Patrick. Crashing Into Proof of a Reasonable Alternative Design: The Fallacy of the Restatement (Third) of Torts: Product Liability. Pittsburgh. Duquesne Law Review. Volume N° 38. 2000.

Le Tourneau, Phillippe. *La Responsabilidad Civil*. Colombia. Primera edición en español (traducción Javier Tamayo Jaramillo). Legis. 2004.

Le Viness, Charles T. *Caveat Emptor vs Caveat Venditor*. Baltimore. *Maryland Law Review*. 1943. Volume N° 7.

Liu, Josephine. *Two Roads Diverged in a Yellow Wood: The European Community Stays on the Path to Strict Liability*. New York. *Fordham International Law Journal*. Volume N° 27. N° 6. 2003.

Lyndon, Mary L. *Tort Law and Technology*. *Yale Journal of Regulation*. Volume N° 12. 1995.

Marighetto, Andrea. *La colpa e il rischio*. *Revista da Faculdade de Dereito da Universidade Federal do Rio Grandre do Sol*. Porto Alegre. Edição especial. 2007.

Mckenna & Co. *Unknown Risk and the Community Interest. The Development Risk Defence in the Product Liability Directive*. 1996. p.5. En: <http://legacy.library.ucsf.edu/tid/hlz23a99/pdf>, descargado el 19 de abril de 2016 a las 23:07 horas.

Meade, Andrew. *A Reasonable Alternative to the Reasonable Alternative Design Requirement in Products Liability Law: A Look at Pennsylvania*. San Francisco. *Hastings Law Journal*. Volume N° 62. 2010.

Merino Acuña, Roger. *Los fines de la responsabilidad civil y la retórica del desarrollo de la industria*. *Revista Jurídica del Perú*, Tomo 107, Enero. 2010.

Mildred, Mark and Howells, Geraint. *Comment on 'Development Risks: Unanswered Questions'*. London. *The Modern Law Review*. Volume N° 61. 1998.

Moran Schwartz, Teresa. *Prescription Products and the Proposed Restatement (Third)*. Knoxville. *Tennessee Law Review*. Volume N° 64. 1994.

Moylan, Christina M. *In Pursuit of the Appropriate Standard of Liability for Defective Products Designs*. Orono. *Maine Law Review*. Volume N° 42. 1990.

Murphy Jr., Cornelius F. *Medieval Theory and Products Liability*. Boston. *Boston College Law Review*. Volume N° 3. 1961.

Murray, Daniel E. *Implied Warranty Against Latent Defects: A Historical Comparative Law Study*. Baton Rouge. *Loussiana Law Review*, Volume N° 21, Number 3, 1961.

Murray, James T. Jr. *The State of the Art Defense in Strict Product Liability*. Milwaukee. *Marquette Law Review*. Volume N° 57. 1974.

O'Donnell, Edward T. Design Litigation and the State of the Art: Terminology, Practice and Reform. Akron. Akron Law Review. Volume N° 11. 1978.

Oliphant, Ken. Tort Law, Risk, and Technological Innovation in England. Montreal. McGill Law Journal. Volume N° 59. Number 4. 2014.

Oudot, Pascal. Le risque de développement. Contribution au maintien du droit à réparation. Dijon. Éditions Universitaires de Dijon. s/e. 2005. 358 pp.

Owen, David G. The Evolution of Product Liability Law. The Review of Litigation. Austin, University of Texas, School of Law Publications, Inc. United States of America. Volume N° 26. Number N° 4. 2007.

Owen, David. Product Liability Law Restated. Columbia-South Carolina. South Carolina Law Review. Volume N° 49. 1998.

Owen, David. Design Defect Ghosts. Brooklyn. Brooklyn Law Review. Volume N° 74. 2009.

Owen, David. Risk-Utility Balancing in Design Defect Cases. Ann Arbor. University of Michigan Journal of Law Reform. Volume N° 30. 1997.

Owen, David. Toward a Proper Test for Design Defectiveness: "Micro-balancing" Costs and Benefits. Austin. Texas Law Review. Volume N° 75. 1997.

Paiano, Diniz Biltis y Filgueiras Gaudencio, Aldo Cesar. Avanços tecnológicos e o estado da arte como fatores de riscos aos consumidores: uma análise comparada dos Direitos Português e Brasileiro sobre a (in)admissão do risco do desenvolvimento. Lisboa. Revista Jurídica Luso-Brasileira. Ano N° 2. Número N° 4. 2016.

Page, Joseph A. Liability for Unreasonably and Unavoidably Unsafe Products: Does Negligence doctrine Have a Role to Play. Chicago. Chicago-Kent Law Review. Volume N° 72. 1996.

Parchomovsky, Gideon y Stein, Alex. Torts and Innovation. Ann Arbor. Michigan Law Review. Volume N° 107. 2008.

Perkins, Cami. The Increasing Acceptance of the Restatement (Third) Risk Utility Analysis in Design Defect Claims. Las Vegas. Nevada Law Journal. Volume N° 4. 2004.

Phillips, Jerry J. Achille's Heel. Knoxville. Tennessee Law Review. Volume N° 61. 1994.

Phillips, Jerry J. The Unreasonably Unsafe Product and Strict Liability. Chicago. Chicago-Kent Law Review. Volume N° 72. 1996.

Priest, George L. *Strict Product Liability: The Original Intent*. New York. *Cardozo Law Review*. Volume N° 10. 1989.

Prosser, William L. *The Implied Warranty of Merchantable Quality*. Minneapolis. *Minnesota Law Review*. Volume N° 27. Number N° 2. 1943.

Prosser, William L. *Handbook of the Law of Torts*. Saint Paul –Minnesota. West Publishing Co. Fourth Edition. 1971.

Prosser, William L. *The Assault upon the Citadel (Strict Liability to the Consumer)*. New Haven. *The Yale Law Journal*. Volume N° 69. Number N° 7. 1960.

Prosser, William L. *Product Liability in Perspective*. Cincinnati. *Gonzaga Law Review*. Volume N° 5. Number N° 2. 1970.

Querci, Agnese. *La responsabilità da farmaci nell'ordinamento statunitense: cronaca di una realtà che cambia*. Milano. *Danno e responsabilità*. Volume N° 3. 2009.

Rajneri, Eleonora. *The Ambiguous Concept of Product Defectiveness and the Business Risk: Different Approaches of European and U.S. Courts Comparing the Producer's and User's Behaviour*. *Global Jurist*. Volume N° 11. 2011. Article N° 2.

Reichert, Robert C. *Limitations on Manufacturer Liability in Second Collisions Actions*. Montana. *Montana Law Review*. Volume N° 43. 1982.

Retamozo Escobar, Jaliya. *El caso Taucamarca: un análisis a partir de los elementos de la responsabilidad civil*. *Actualidad Civil*. N° 80. Instituto Pacifico. Febrero 2021. pp.91-101.

Robb, Gary C. *A Practical Approach to Use of State of The Art Evidence in Strict Products Liability Cases*. Chicago. *Northwestern University Law Review*. Volume N° 77. Number N° 1. 1983.

Rodríguez, Cristina. *The FDA Preamble: A Backdoor to Federalization of Prescription Warning Labels?*. Chicago. *The John Marshall Law Review*. Volume N° 41. 2007.

Schwartz, Victor E. *The Restatement (Third) of Torts: Products Liability –The American Law Institute's Process of Democracy and Deliberation*. Hempstead-New York. *Hofstra Law Review*. Volume N° 26. 1998.

Sedgwick, Wallace; Conley, Scott; Sleight, Roger. *Products Liability: Implied Warranties*. Milwaukee. *Marquette Law Review*. Volume 48. N° 2. 1964.

Shapo, Marshall S. *In Search of the Law of Products Liability: The ALI Restatement Project*. Nashville. *Vanderbilt Law Review*. Volume N° 48. 1995.

Sharkey, Catherine M. Products Liability Preemption: An Institutional Approach. Washington. The Georgetown Law Review. Volume N° 76. 2008.

Sharkey, Catherine M. Preemption by Preamble: Federal Agencies and the Federalization of Tort Law. Chicago. DePaul Law Review. Volume N° 56. 2007.

Somma, Alessandro. Le tecniche di imputazione del danno extracontrattuale tra código civile e legislazione speciale: l'esercizio di attività pericolose nel diritto tedesco. Rivista di diritto commerciale e del diritto delle obbligazioni. Anno XCIII.1995.parte I. Milan. pp. 277-297

Sotomarino Cáceres, Roxana. Responsabilidad civil por productos. A propósito de la intoxicación de escolares en la comunidad campesina de Taucamarca distrito de Cay Cay, provincia de Paucartambo, Cusco. Actualidad Civil. N° 80. Instituto Pacífico. Febrero 2021. p. 67-90.

Sprabley, Garey B. Defense Use of State of the Art Evidence in Strict Product Liability. Minneapolis. Minnesota Law Review. Volume N° 67. 1982-1983.

Stapleton, Jane. Restatement (Third) of Torts: Products Liability, an Anglo-Austrian Perspective. Topeka. Washburn Law Journal. Volume N° 39. 2000.

Stapleton, Jane. Products Liability Reform – Real or Illusory?. Oxford. Oxford Journal of Legal Studies. Volume N° 6. 1986.

Stapleton, Jane. Bug in Anglo-American Products Liability. En: Product Liability in Comparative Perspective. New York. Cambridge University Press. 2005.

Stevens, Roberts S. The Restatement (Third) of Products Liability: Is it a Reasonable Alternative Design to Tennessee's Products Liability Statute?. Memphis. The University of Memphis Law Review. Volume N° 39. 2009.

Steward, Larry S. Strict Liability for Defective Product Design. The Quest for a Well-Ordered Regime. Brooklyn. Brooklyn Law Review. Volume N° 74. 2009.

Stolker, Carel Jan Josef Marie. Objections to the Development Risk Defense. Medicine and Law. Volume N° 9. 1990.

Tartanson, Florence. Les risques de développement dans la responsabilité des fabricantes. Etude comparative. Institut de Droit Comparé. Université McGill. Montreal. 1990.

En:

digitool.library.mcgill.ca/webclient/StreamGate?folder_id=O&dus=1509564006015~607, descargado el 19 de abril de 2016 a las 23:05 horas.

Terry, Nicolas P. State of the Art Evidence: From Logical Construct to Judicial Retrenchment. Chichester-England. Anglo-American Law Review. Volume N° 20. 1991.

Texeira Milani, Juliane y Zenedin Glitz, Frederico Eduardo. Anotações sobre o risco de desenvolvimento: Análise do caso da Talidomida. Curitiba. Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo. Volume N° V. Número N° 17. 2015.

Traynor, Roger J. Greenman v. Yuba Power Products, Inc. 2d Supreme Court of California Cases. Volume N° 59 Cal.2d 57 (1963).
En: http://repository.uchastings.edu/traynor_opinions/438 (visitado el 6 de septiembre de 2017, 22:16 horas)

Trimarchi, Pietro. Rischio e responsabilità oggettiva. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore. s.e. 1961.

Tsui, Mabel. The State of the Art Defence: Defining the Australian Experience in the Context of Pharmaceuticals. Brisbane. Qut Law Review. Volume N° 13, Number N° 1, 2013.

Twersky, Aaron D.; Henderson, James A. Jr. Will a New Restatement Help Settle Troubled Waters: Reflections. Washington, DC. The American University Law Review. Volume N° 42. 1993.

Twersky, Aaron D.; Henderson, James A. Manufacturers' Liability for Defective Product Designs: The Triumph of Risk-Utility. Brooklyn. Brooklyn Law Review. Volume N° 74. 2009.

U.S. Department of Commerce, Interagency Task Force on Products Liability: Product Liability, Final Report of the Legal Study. National Technical Information Service. Springfield, Virginia. Volume N° 4. 1977.

Vandall, Frank J. A History of Civil Litigation-Political and Economics Perspectives. New York. Oxford University Press, Inc. 2011.

Vandall, Frank J.; Vandall, Joshua F. A Call for an Accurate Restatement (Third) of Torts: Design Defect. Memphis. University of Memphis Law Review. Volume N° 33. 2003.

Vandall, Frank J. The Restatement (Third) of Torts: Products Liability Section 2(b): The Reasonable Alternative Design Requirement. Knoxville. Tennessee Law Review. Volume N° 61. 1994.

Vandall, Frank J. Constricting Products Liability: Reforms in Theory and Procedure. Emory University School of Law. Public Law & Legal Theory Research Paper Series. Research Paper N° 03-10. 2003.

Vargo, John. Strict Liability for Products: An Achievable Goal. Indianapolis. Indiana Law Review. Volume N° 24. 1991.

Vignon-Barrault, Aline. Le défaut (Rapport français). En: Travaux issus des séminaires "Droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile" organisés par le Groupe de Recherche Européen sur la responsabilité Civile et l'Assurance. La responsabilité du fait des produits defectueux.

En: <http://grerca.univ-rennes1.fr/fr/Travaux>. Documento revisado el 10 de marzo de 2012.

Viney, Geneviève; Jourdain, Patrice. Les conditions de la responsabilité. Paris. LGDJ Lextenso editions. 4^e edition. 2013.

Viscusi, V. Kip. Wading Through the Muddle of Risk-Utility Analysis. Washington, DC. The American University Law Review. Volume N° 39. 1990.

Vladeck, David C. The Emerging Threat of Regulatory Preemption. En: <https://www.acslaw.org/files/Vladeck%20Issue%20Brief.pdf>., visitado el 27 de noviembre de 2017, a las 09:13 horas.

Vladeck, David C. Preemption and Regulatory Failure. California. Pepperdine Law Review. Volume N° 33. 2005.

Von Gierke, Otto. La Función Social del Derecho Privado. Sociedad Editorial Española. Madrid. N° 18. 1904. p. 47 (traducción de José María Navarro de Palencia).

Von Gierke, Otto. The Social Role of Private Law (traducción de McGaughey, Ewan). En: <https://ssrn.com/abstract=2861875>

Von Hulsén, Hans-Vigo. Design Liability and the State of the Art: The United States and Europe at a Crossroads. Queens-New York. Saint John's Law Review. Volume N° 55. N° 3. 1981.

Wagner, Wendy. When All Else Fails: Regulating Risky Products Through Tort Litigation. Washington. The Georgetown Law Journal. Volume N° 95. 2007.

Wagner, Gerhard. Strict Liability in European Private Law. En <http://ssrn.com/abstract=1766112>.

Wandt, Manfred. German Approaches to Products Liability. Austin. Texas International Law Journal. Volume N° 34. N° 1. 1999.

Wertheimer, Ellen. The Biter Bit: Unknowable Dangers, The Third Restatement, and the Reinstatement of Liability Without Fault.

En: <https://ssrn.com/abstract=652043> (visitado el 6 de septiembre de 2017, 22:05 horas)

Wertheimer, Ellen. Unknowable Dangers and the Death of Strict Product Liability: The Empire Strikes Back. Cincinnati. University of Cincinnati Law Review. Volume N° 60. 1992.

Wesendonck, Tula. A responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento: evolução histórica e disciplina no Direito Comparado. Porto Alegre. Direito & Justiça. Volume N° 38. Número N° 2. 2012.

Wester-Ouisse, Véronique. La causalite et le risque de développement (Rapport français). En: Travaux issus des séminaires "Droits nationaux et projets européens en matière de responsabilité civile" organisés par le Groupe de Recherche Européen sur la responsabilité Civile et l'Assurance. La responsabilité du fait des produits defectueux.

En: <http://grerca.univ-rennes1.fr/fr/Travaux>. Documento revisado el 10 de marzo de 2012

Winiger, Bénédicte. Strict Liability: What about Fault?. Viena/New York. Tort and Insurance Law Yearbook. 2001.

Woolcott Oyague, Olenka. La responsabilidad del productor. Estudio comparativo del modelo norteamericano y el régimen de la Comunidad Europea. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Primera Edición. 2003.

Woolcott Oyague, Olenka. Riesgo de desarrollo y responsabilidad del productor. Lima. Primera edición. Fondo Editorial Universidad de Lima. 2010.

Wright, Richard W. The Principles of Product Liability. Austin. The Review of Litigation. Volume N° 26. Number N° 4. 2007.

Zweigert, Konrad; Kötz, Hein. Introducción al derecho comparado. Volume II: Istituti. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore S.p.A. (Edizione italiana a cura di Adolfo di Majo e Antonio Gambaro, traduzione di Estella Cigna). 1995.

Páginas web visitadas:

Sobre el Código de Consumo:

El congresista Jorge del Castillo dijo que en la elaboración del proyecto de Código del Consumidor sí se tomó en cuenta la posición de los empresarios (<http://www.aspec.org.pe/content/view/935/9/>, consultado: 04/11/2010, 17:17 pm).

La Cámara de Comercio de Lima (CCL), uno de los gremios del sector privado que participó en la elaboración del anteproyecto del Código de Consumo, criticó al Parlamento por haber "distorsionado y desbaratado" dicho documento durante su discusión en la Comisión Permanente, en la que fue aprobado en primera votación. (<http://peru21.pe/noticia/610653/ccl-codigo-consumo-fue-distorsionado>, consultado: 04/11/2010, 17:17 pm)

Sobre la responsabilidad de las empresas:

<http://farmacovigilancia.tv/blog/glaxosmithkline-sancionada-en-argentina-por-probar-medicamentos-con-ninos/> (información publicada el 04 de enero de 2012; página web visitada el 13 de mayo de 2013, 20:45 horas).

http://elpais.com/diario/2010/07/14/sociedad/1279058405_850215.html
(página web visitada el 13 de mayo de 2013, 20:50 horas).

Consulta de Expedientes Judiciales

Resolución N° 119 de fecha 25 de noviembre de 2020, emitida por el Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. pp 13 -14.

En <https://cej.pj.gob.pe/cej/forms/detalleform.html> 07/04/2021. Documento revisado el 07 de abril de 2021, a las 21:05 horas.

Sobre estado del arte:

En: <https://www.courtlistener.com/opinion/2186436/day-v-barber-colman-co/>

(Página visitada el 12 de noviembre de 2017, a las 13:07 horas)

Sobre el discovery:

https://w3.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2014-03/articulos_prueba-judicial-y-practica.pdf. p.15. Visitado el 20 de diciembre de 2017, a las 08:37 horas.

Sobre la captura del regulador:

Sentencia para Recordar, por Ricardo Uceda, el Informante.

Tomado de: <http://larepublica.pe/politica/873048-sentencia-para-recordar>

Visitado el 07 de enero de 2018, a las 22:58 horas.