

InDret

City of Cincinnati v. Beretta, U.S.A. Corp. et al.
*Análisis de los litigios contra los fabricantes de armas
de fuego en los Estados Unidos*

Mireia Artigot i Golobardes
J.S.D. Candidate '04
Cornell Law School

Working Paper n^o: 183
Barcelona, enero de 2004
www.indret.com

Índice

1. Introducción
2. Evolución de los litigios contra la industria armamentística
 - 2.1. Responsabilidad por producto
 - 2.2. Negligencia
 - 2.3. *Public Nuisance*
3. *Cincinnati v. Beretta U.S.A*
 - 3.1. Hechos
 - 3.2. Las teorías jurisprudenciales sobre el resarcimiento del daño: análisis teórico y resolución del caso, incluidos los votos particulares
 - a) Pretensión jurídica conforme al derecho de Ohio
 - b) La relación remota entre la conducta y el daño como obstáculo a las reclamaciones
 - c) La imposibilidad de recuperación de los costes de los servicios públicos por parte del Apelante
 - d) Argumentos constitucionales
 - e) Conclusión
 - 3.3. Votos particulares
 - a) Juez Moyer
 - b) Juez Cook
4. Crítica a las demandas por alteración del orden público contra los fabricantes de armas de fuego
 - 4.1. El debate entre la responsabilidad objetiva y negligencia
 - 4.2. ¿Se aplica correctamente la doctrina de la *public nuisance* en casos como éste?
 - 4.3. ¿En el caso que fuese aplicable, es la doctrina adecuada para casos como éste?
 - 4.4. ¿Es este simplemente un mecanismo para superar los escollos presentados por la estructura de la responsabilidad por producto y la responsabilidad por culpa?
5. Conclusión

1. Introducción

La sociedad norteamericana de los últimos treinta años se ha distinguido de otras sociedades occidentales principalmente en dos ámbitos¹: la violencia con armas de fuego² y la litigiosidad³. El Congreso de los Estados Unidos de América es uno de los pocos legisladores del mundo que ha autorizado la posesión de armas de fuego a sus ciudadanos. Por esta razón, las armas de fuego participan en el mercado de bienes norteamericano como cualquier otro producto.

Aunque la población adquiriera las armas para cazar o practicar determinados deportes, el miedo es el principal factor que determina su adquisición. Existe una conexión entre el mercado del crimen y la necesidad de autodefensa y de protección del hogar⁴ que la gente percibe. Sin embargo, es difícil determinar si la posesión de armas de fuego fomenta la violencia de la población y, como consecuencia de ello, hay un aumento del índice de criminalidad o, por el contrario, la violencia ciudadana y el alto índice de criminalidad es lo que genera la necesidad de que las personas posean armas de fuego. Independientemente de cual sea el caso, el índice de criminalidad⁵ en los Estados Unidos es significativamente alto y constituye una preocupación para los responsables de diseñar las políticas públicas.

Por otro lado, la sociedad norteamericana se caracteriza por tener un alto nivel de litigiosidad. La estructura del sistema jurídico americano con juicios con jurado, el uso de daños punitivos, el papel de los abogados en el *Common Law* y su sistema de remuneración mediante *cuota litis* son algunas de las razones que explican que el nivel de litigiosidad en los Estados Unidos sea más alto que, por ejemplo, en Europa.

En los últimos diez años, los ciudadanos han comenzado a interponer demandas contra los fabricantes y distribuidores vinculados a la industria armamentística. Estas demandas han sido generalmente desestimadas en favor de los demandados porque los tribunales han entendido que la pretensión jurídica basada tanto en teorías de responsabilidad por producto, como en doctrinas de negligente comercialización de productos o, finalmente, en *public nuisance* -alteración del orden público-, no tenían fundamento. Sin embargo, en octubre de 1998, este tipo de litigación experimentó un cambio importante cuando Nueva Orleans se convirtió en el primer municipio que presentó una demanda contra la industria de las armas de fuego⁶. Desde entonces,

¹ James Dao, *Under Legal Siege, Gun Maker Agrees to Accept Curbs*, N.Y. Times, March 18, 2000; Michael Janofsky, *Pressured by Suits, Gun Makers Turn to Political Effort*, N.Y. Times, Jan. 19 2000; Bill Miller, *District Suing the Gun Industry: damages sought for city's carnage*, Wash. Post, Jan 21, 2000, *Philadelphia Sues 14 Makers of Guns*, N.Y. Times, Apr. 12 2000 .

² Para información estadística, véase www.firearmslitigation.org, www.fbi.gov, <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/glance/tables/guncrimetab.htm>; <http://www.ojp.usdoj.gov/bjs/glance/guncrime.htm>

³ Para más información, véase <http://www.census.gov/prod/2002pubs/01statab/law.pdf>

⁴ David Kairys, *The Origin and Development of the Governmental Handgun Cases*, 32 *Conn. L. Rev.* 1163, 1168 (2000).

⁵ Véase el informe sobre delincuencia preparado por el F.B.I. en <http://www.fbi.gov/pressrel/pressrel03/12month2002.htm>

⁶ Véase *Morial v. Smith & Wesson Corp.*, No. 98-18578, 2000 WL 248364 (La. Civ. D. Ct. Feb. 28, 2000) (filed Oct. 30, 1998).

veintinueve ciudades han demandado a fabricantes, a distribuidores o a otros participantes de esta industria⁷.

Aunque el caso de Nueva Orleans fue finalmente desestimado⁸, Smith & Wesson se sintió tan amenazada por muchas de esas demandas que decidió transigir con quince de las ciudades americanas implicadas. Como parte de esta transacción, Smith & Wesson aceptó restricciones a la fabricación, venta y distribución anuales de armas de fuego. Sin embargo, este acuerdo fue ampliamente criticado por la industria en general y abrió una nueva vía para regular la industria de armas de fuego sin que existiera una iniciativa legislativa.

Este artículo analiza la litigación contra la industria de armas de fuego. El punto de partida de este trabajo es una de demandas en curso interpuesta por un municipio contra la industria armamentística en general: *City of Cincinnati v. Beretta, U.S.A. Corp.*⁹ En este caso, la ciudad de Cincinnati demandó a prácticamente todos los participantes en la industria de las armas de fuego –16 fabricantes de armas y 3 asociaciones comerciales. Recientemente, el Tribunal Supremo de Ohio resolvió que las pretensiones de la ciudad de Cincinnati conforme a las teorías de *public nuisance* o alteración del orden público, negligencia y responsabilidad por producto eran sostenibles. Al hacer esto, rechazó la opinión del juez del juzgado de instancia y la del Tribunal de Apelación, y reenvió el caso al juzgado para su ulterior revisión y nuevo fallo.

Tomando como punto de partida la decisión del más alto tribunal de Ohio, este trabajo estudia las doctrinas jurídicas en las cuales se basa la litigación contra la industria de las armas de fuego en los Estados Unidos, y plantea la pregunta de si este tipo de litigios son la ansiada solución al problema de la violencia en los Estados Unidos. Los municipios son los que en mayor medida soportan los costes de los daños causados por las armas de fuego. Sin embargo, la regulación para controlar las armas está sistemáticamente bloqueada en el Congreso. La probabilidad de que un estado promulgue una ley depende de diferentes variables políticas¹⁰, entre otras, el porcentaje de su población que es miembro de la Asociación Nacional del Rifle, el porcentaje de votos recibidos por el candidato presidencial republicano en el estado y los cambios en los índices de delitos violentos y contra la propiedad. Así las cosas, los municipios han intentado captar la atención del público sobre este problema mediante las mencionadas demandas.

A junio de 2003 ningún tribunal norteamericano ha fallado a favor de los demandantes en este tipo de acciones¹¹. A pesar de la resolución favorable del Tribunal Supremo de Ohio, la ciudad de

⁷ Véase Firearms Litigation Clearinghouse, Firearms Litigation: Current Cases, en <http://www.firearmslitigation.org>.

⁸ Véase *Morial v. Smith & Wesson Corp.*, 785 So.2d 1 (La. 2001) (desestimando el pleito conforme a la legislación del Estado de Louisiana aprobada después de la interposición del mismo).

⁹ Véase *City of Cincinnati v. Beretta U.S.A. Corp.*, 768 N.E.2d 1136 (Ohio 2002).

¹⁰ John R. Lott y William M. Landes, *Multiple victim public shootings, bombings, and right-to-carry concealed handgun laws: contrasting private and public law enforcement*, John M. Olin Law & Economics Working Paper no. 73, 19 (1999).

¹¹ Desde 1998, como mínimo 33 municipios, condados y estados han demandado a los fabricantes de armas, muchos basando sus reclamaciones en la doctrina de *public nuisance* o considerando que los fabricantes comercializaron su producto de forma irresponsable puesto que con mayor o menor facilidad las armas pudieron llegar a manos de delincuentes. Sin embargo, ninguna de estas demandas ha dado lugar a que un fabricante o un distribuidor satisfagan indemnización alguna.

Cincinnati en último término ha desistido del caso debido a los elevados costes de litigación¹². Sin embargo, la importancia y el especial significado de *Cincinnati v. Beretta*¹³ es que el Tribunal Supremo de Ohio ha sido el primer tribunal¹⁴ en considerar que la reclamación de la ciudad de Cincinnati establecía una pretensión jurídica bajo las diferentes teorías de derecho de daños alegadas por los demandantes en este caso. Con todo, no debe entenderse que al entrar en el fondo del caso el Tribunal Supremo de Ohio se pronunciaría en favor de los demandantes.

En este sentido, aunque la decisión del Tribunal Supremo de Ohio no indica aún un cambio en la jurisprudencia en relación con las demandas interpuestas por los municipios contra la industria de las armas de fuego, el hecho que el Tribunal entendiera que no podía desestimar la acción de los demandantes porque los argumentos presentados constituían una pretensión jurídica válida, es en sí muy relevante y merecedor de un análisis.

Tomando en consideración el reciente aumento de los litigios contra la industria de armas de fuego¹⁵ para combatir el crimen¹⁶, cabe preguntarse si ésta es la solución al problema de la violencia con armas en los Estados Unidos.

Este trabajo defiende que la litigación no debería ser el instrumento usado para solucionar el elevado índice de criminalidad relacionado con las armas de fuego en Estados Unidos. Esta opinión se basa en diferentes motivos: primero, la actual doctrina sobre responsabilidad por producto, negligencia y *public nuisance* no incluye este tipo de pretensiones. Segundo, ensanchar y extender estas categorías jurídicas no parece una buena idea porque puede conllevar un uso inapropiado y discrecional de los instrumentos legales existentes. Por último, los tribunales no deberían regular con sus decisiones las armas de fuego o cualquier otra industria. Si esta regulación se considera socialmente necesaria, deberían ser las cámaras legislativas las encargadas de la misma.

¹² Véase *Reforming the Gun Industry: City of Cincinnati v. Beretta U.S.A. Corp.* No. A9902369 (Court of Common Pleas, Hamilton County, Ohio), en

<http://www.gunlawsuits.org/docket/cities/cityview.asp?RecordNo=11>

¹³ *Id.*

¹⁴ Recientemente, precisamente cuando el Congreso de los Estados Unidos ha contemplado la posibilidad de ofrecer inmunidad legal a la industria de las armas de fuego en *Ileto v. Glock, Inc.* 2003 U.S. App. LEXIS 23659 (California 2003), la *U.S. Court of Appeals for the 9th Circuit* restituyó un pleito entablado por las familias de las víctimas de un tiroteo en 1999 en el Centro de la Comunidad Judía de Los Ángeles y resolvió que los fabricantes de armas pueden responder por dejar que las armas lleguen a manos de gente que no debería tenerlas. Los demandantes en el caso argumentaron que algunas sociedades fabricantes de armas produjeron, distribuyeron y vendieron más armas de fuego de las que podrían adquirir el conjunto de adquirentes legales promoviendo, conscientemente, la existencia de un mercado negro ilegal de armas de fuego. El magistrado Richard Paez, quien redactó la sentencia del tribunal, resolvió que:

"Because the plaintiffs have stated a cognizable claim under California tort law for negligence and public nuisance against the manufacturers and distributor of the guns used in the shootings, we reverse the district court's dismissal against the plaintiffs"

¹⁵ Véase *Developments in the Law - The paths of Civil Litigation II. The use of the Public Nuisance Tort Against the Handgun Industry*, 113 *Harv. L. Rev.* 1759, 1759 (2000).

¹⁶ Para más información sobre la litigación contra la industria de armas de fuego, véase <http://www.vpc.org/litigate.htm>

En resumen, este artículo enfatiza la necesidad de diferenciar entre la decisión de si es necesario regular ciertas industrias (como la de las armas de fuego) y la decisión de cómo debería establecerse esta regulación. El problema presentado por la litigación interpuesta por los municipios contra la industria de las armas de fuego es que confunde estas dos cuestiones. Estas demandas asumen implícitamente que, puesto que la industria de las armas de fuego debería regularse y debería soportar los costes de los daños causados por sus productos, tendría que existir un instrumento jurídico mediante el cual los tribunales pudieran lograr tal objetivo. Sin embargo, tal instrumento no existe en la regulación vigente y, por tanto, los demandantes han tenido que utilizar y extender las categorías jurídicas actuales que no eran las apropiadas para esta tarea. Los tribunales no son los que deberían crear discrecionalmente instituciones jurídicas nuevas, sino que estas deberían establecerse por el poder legislativo después de un debate público. Si no se sigue este proceso puede tanto distorsionarse la noción de separación de poderes como debilitarse los instrumentos legales existentes y la fuerza y legitimidad de las pretensiones.

2. Evolución de los litigios contra la industria armamentística

2.1. Responsabilidad por producto

Las primeras demandas contra los fabricantes de armas se basaron en la exigencia de responsabilidad del fabricante por producto defectuoso¹⁷. El régimen de responsabilidad por producto no impone responsabilidad a los productos meramente peligrosos, sino que sólo impone responsabilidad por los daños causados por aquellos productos que hayan sido previamente considerados defectuosos¹⁸. De este modo, las demandas interpuestas por víctimas - o por sus representantes legales - de armas de fuego no prosperaron excepto cuando se demostró que el arma era defectuosa¹⁹. Sin embargo, el mayor problema planteado por este tipo de demandas de responsabilidad civil basadas en la responsabilidad del fabricante por producto defectuoso es que las armas de fuego no son, *per se*, consideradas productos defectuosos. En consecuencia, este tipo de reclamaciones han sido generalmente desestimadas en favor de los fabricantes de armas.

El *Restatement (Third) of Torts: Products Liability*²⁰ distingue entre tres tipos diferentes de defectos: los defectos de fabricación²¹, los defectos de diseño²² y los defectos por instrucciones o

¹⁷ En varios estados existía un derecho jurisprudencial de responsabilidad por producto que después fue incorporado a una ley de responsabilidad por producto defectuoso. Un importante problema presentado por la coexistencia entre una ley de responsabilidad por producto y un derecho de producto de base jurisprudencial está en determinar si la ley desplaza la aplicación de los precedentes judiciales. No obstante, esta cuestión queda al margen del objeto de este trabajo.

¹⁸ Véase Gary T. Schwartz, *Tort issues in light of the Cigarette Litigation: Cigarette Litigation's Offspring: Assessing Tort Issues Related to Guns, Alcohol & Other Controversial Products in light of the Tobacco Wars*, 27 *Pepp. L.Rev.* 751, 752 (2000).

¹⁹ Véase David Kairys, *Legal Claims Of Cities Against The Manufacturers Of Handguns*, 71 *Temple L.Rev.* 1, 12 (1998).

²⁰ RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: PRODUCTS LIABILITY, (1998), en adelante RESTATEMENT (THIRD).

²¹ Véase RESTATEMENT (THIRD) § 2A.

"A product:

advertencias inadecuadas²³. Estas categorías de defectos se aplican incluso cuando el producto es claramente peligroso o potencialmente muy dañino, como lo son las armas de fuego. Algunos tribunales han aceptado el peligro inherente de un producto como base para considerarlo defectuoso pero la mayoría de tribunales que han abordado esta cuestión han rechazado este planteamiento y se han basado, en su lugar, en la existencia del defecto para condenar al demandado como responsable civil de los daños causados.

Cuando un producto defectuoso ha causado un daño a un usuario o a un consumidor, el *Restatement* impone responsabilidad a los fabricantes con el objetivo de que así internalicen el coste real del daño ocasionado por los productos defectuosos que ellos previamente han puesto en el mercado.

De acuerdo con el *Restatement*²⁴, un defecto de fabricación²⁵ es una desviación material del diseño deseado del producto. Los tribunales imponen responsabilidad a los fabricantes por los daños causados por tales productos defectuosos con independencia del nivel de precaución que hayan adoptado, de forma que se les aplica un régimen de responsabilidad sin culpa. Al hacer responder objetivamente a los fabricantes y, por tanto, obligándoles a internalizar los costes causados por sus productos defectuosos, el derecho de daños intenta crear un incentivo para que los fabricantes inviertan en seguridad.

El principal problema con la aplicación de esta teoría a las armas es que éstas no funcionan mal y que no son *per se* productos defectuosos²⁶. Las armas de fuego son productos que, cuando se usan adecuadamente, pueden herir o matar a una persona. Por eso, los Tribunales han entendido que no era posible considerar las armas de fuego como productos con defectos de fabricación porque éstas no eran, *per se*, productos defectuosamente fabricados.

Por lo que se refiere a los defectos de diseño, el *Restatement* entiende que un producto está defectuosamente diseñado cuando una específica unidad de un producto se ajusta al diseño pretendido pero éste por sí mismo hace que el producto no sea razonablemente seguro²⁷. Esta categoría de defecto conlleva una aplicación implícita del test del riesgo-utilidad que a su vez de basa en nociones de razonabilidad.

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

²² Véase *id.* § 2B.

"A product:

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

²³ Véase *id.* § 2C.

"A product:

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

²⁴ Véase *id.* §1, 6 (1998).

²⁵ Véase *id.* § 2 cmt. p.

²⁶ Véase *Milbrand v. Smith & Wesson Corp.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 19409, (W.D.N.Y. 1998).

²⁷ Véase RESTATEMENT (THIRD) § 2 cmt. d. (1998).

La consideración de un producto como defectuoso en diseño está condicionada a la prueba de la existencia de un diseño alternativo razonable²⁸ en el momento de la venta o distribución del producto. La idea que subyace al test del diseño alternativo razonable es que, si en el momento de la venta o distribución existe un diseño alternativo que ofrece un nivel más elevado de seguridad a un coste razonable, el daño causado por el producto era evitable. Como resultado, si el daño era evitable, el fabricante se considera negligente y, por tanto, responsable. En consecuencia, para concluir que un producto es defectuoso en diseño, el demandante deberá presentar un diseño alternativo²⁹ que reduce los riesgos previsibles de daño inherentes al producto y que pudiera haber sido producido a un coste razonable.

Algunos tribunales han aplicado el test análisis de riesgo-utilidad de forma estricta entendiendo que algunos productos son irrazonablemente peligrosos, de forma que imponen responsabilidad incluso en ausencia de un diseño alternativo razonable. Estos tribunales entienden que un producto es inherentemente peligroso si ninguna persona razonable y plenamente consciente de las características relevantes del producto lo hubiera escogido sabiendo que sus riesgos inherentes superaban a sus beneficios.

Sin embargo, en ausencia de un parámetro exógeno como la existencia de un diseño alternativo razonable, es muy difícil determinar que un producto es peligroso por sí mismo. Además, los productos no son defectuosos sólo por el hecho de ser peligrosos. Por ejemplo, es difícil determinar que los riesgos de las pistolas superan sus beneficios de proporcionar autoprotección, porque las armas pueden ser razonablemente peligrosas en su mercado de referencia (adultos) pero irrazonablemente peligrosas en otros segmentos de mercado como, por ejemplo, los niños. Así, aún siendo las armas indudablemente productos peligrosos, esto no significa que sean productos inherentemente peligrosos. La no existencia de un diseño alternativo razonable para las armas de fuego³⁰ ha motivado que los tribunales no hayan considerado las armas como un producto defectuosamente diseñado y, por lo tanto, no hayan hecho responder a los fabricantes de los daños causados por ellas³¹.

Finalmente, el *Restatement* considera que un producto es defectuoso cuando la ausencia de instrucciones o de advertencias lo convierten en irrazonablemente inseguro. Sin embargo, cuando los riesgos son claros y obvios, el vendedor del producto no está sujeto a responsabilidad por

²⁸ En lugar del test del diseño alternativo razonable, algunas jurisdicciones aplican el test de las expectativas del consumidor (ej. Oregon) o un test formado por dos partes (ej. California) según el cual los actores pueden escoger entre uno u otro test dependiendo de sus intereses.

²⁹ Aunque algunos tribunales aplican el test de las expectativas del consumidor para determinar si el diseño de un producto es defectuoso, el análisis de este estándar queda fuera del objeto de este trabajo. Véase *RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: PRODUCTS LIABILITY* § 2 cmt. g., 27.

³⁰ Para una opinión en sentido contrario, véase Rachana BHOWMIK, *Aiming For Accountability: How City Lawsuits Can Help Reform An Irresponsible Gun Industry*, 11 *J.L. & Pol'y* 67, 114 (2002) (considera que existen otros cambios en el diseño que, una vez realizados, evitarían usos no autorizados de armas, disminuirían el número de muertes y lesiones accidentales y minimizarían el tráfico ilegal de armas de fuego). Véase también Cynthia LEONARDATOS, Paul H. BLACKMAN & David B. KOPEL, *Smart Guns/ Foolish Legislators: Finding the Right Public Safety Laws, and Avoiding the Wrong Ones*, 34 *Conn. L. Rev.* 157 (2001) (analiza la efectividad de varios tipos de seguros en las pistolas y otros mecanismos de personalización).

³¹ Véase *Merrill v. Navegar, Inc.* 26 Cal. 4th 465 (Cal. 2001), *White v. Smith & Wesson*, 97 F. Supp. 2d 816 (N.D. Ohio 2000); *Carrel v. Allied Prods. Corp.*, 677 N.E.2d 795 (Ohio 1997).

defecto en las advertencias o en las instrucciones puesto que la víctima podía y debía haberse dado cuenta de los riesgos presentes en el producto³².

Los riesgos sociales creados por las armas de fuego son generalmente conocidos. Por lo tanto, no es posible fundamentar una demanda de responsabilidad civil por los daños causados por un arma de fuego en un defecto en las instrucciones o advertencias porque los riesgos presentes en este tipo de producto son evidentes y obvios para el público en general³³ y, especialmente, para el segmento de mercado al cual las armas están destinadas, es decir, los adultos. Por ello, la falta de instrucciones o advertencias no convierte a las armas en irrazonablemente inseguras y, de ese modo, en defectuosas³⁴.

A pesar de que el *Restatement*³⁵ exige que el producto sea defectuoso para poder sostener la reclamación de responsabilidad a los fabricantes por los daños causados a terceros por el producto defectuoso, han existido propuestas doctrinales a favor de cambiar el régimen de negligencia vigente por uno de responsabilidad objetiva en el cual la existencia y prueba del defecto no sea el parámetro decisivo de la responsabilidad.

Así, los Profesores Hay y Spier³⁶ consideran que en lugar de basarse en la existencia de un defecto en el producto causante del daño, el parámetro determinante para asignar responsabilidad debería ser la solvencia de los compradores y su distribución (homogénea o heterogénea).

Estos autores proponen que en el caso que los adquirentes de armas sean solventes y estén distribuidos homogéneamente, la regla deseable y socialmente óptima³⁷ es la responsabilidad única del consumidor por daños causados a terceros.

Según su modelo, la responsabilidad en primera instancia de los fabricantes es ineficiente cuando los consumidores tienen los recursos económicos suficientes y, por tanto, puedan ser considerados personalmente responsables por el daño causado a terceros³⁸. Tal sistema se articularía mediante un régimen de negligencia según el cual los consumidores internalizarían completamente el daño social causado por el uso de su producto y, de este modo, adoptarían las precauciones óptimas para reducir la probabilidad de accidentes, mientras que los fabricantes de armas serían responsables por el daño causado por el producto sólo en el caso de que éste fuera defectuoso.

³² Véase RESTATEMENT (THIRD) OF TORTS: PRODUCTS LIABILITY § 2 cmt. j., 31. Si el riesgo fuera obvio, la existencia de una advertencia podría incluso ser contraproducente ya que al poder ser ignorada por usuarios y consumidores haría disminuir la atención necesaria para advertir de riesgos no obvios y generalmente desconocidos.

³³ *White v. Smith & Wesson*, 97 F. Supp. 2d 816 (N.D. Ohio 2000).

³⁴ Véase KAIRYS, *supra* note 19 at 15; *Carrel v. Allied Prods. Corp.*, 677 N.E.2d 795, (Ohio 1997); *LaPuma v. Collinwood Concrete*, 661 N.E. 2d 714 (Ohio 1996); *Milbrand v. Smith Wesson Corp.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 19409 (W.D.N.Y. 1998).

³⁵ Véase RESTATEMENT (THIRD) §2.

³⁶ Bruce HAY y Kathryn E. SPIER, *Manufacturer Liability fo Harms Caused by Consumers to Others*, (en prensa, 2003).

³⁷ *Id.* en 1.

³⁸ *Id.* en 3.

Sin embargo, en el caso que los consumidores fueran insolventes y distribuidos homogéneamente, el sistema legal más eficiente sería imponer responsabilidad única a los consumidores junto la responsabilidad subsidiaria de los fabricantes. Cuando los consumidores carecen de recursos económicos para compensar totalmente a las víctimas, optarán por productos inseguros y baratos y los usarán de forma peligrosa³⁹ dado que sabrán que no disponen de recursos para compensarles totalmente. En tal caso, los profesores Hay y Spier consideran que los fabricantes deberían ser los responsables residuales por los daños a terceros no pagados por el consumidor y causante del daño.

De este modo, si el mercado de armas de fuego estuviera compuesto por consumidores solventes y homogéneos, una regla que sólo hiciera responder al consumidor sería óptima y no sería necesario demostrar que el arma era defectuosa. En consecuencia, el régimen de responsabilidad se transformaría de un régimen de negligencia a un régimen de responsabilidad objetiva. Sin embargo, en el caso que los consumidores fueran heterogéneos -solventes e insolventes-, la responsabilidad residual de los fabricantes no sería deseable puesto que representaría un subsidio de los fabricantes de armas en favor de los consumidores y un ineficiente exceso de medidas de seguridad en el producto.

En el contexto de las armas de fuego, los profesores Hay y Spier entienden que aplicar un régimen de responsabilidad objetiva sería indeseable ya que funcionaría como un impuesto para los causantes de un daño medio. Como consecuencia, el precio del mercado sería ineficientemente alto y la cantidad del mercado ineficientemente baja.

Sin embargo, no parece aconsejable que los fabricantes de armas de fuego sean responsables dependiendo de la solvencia de los consumidores en lugar de porque el producto es defectuoso. Una regulación diseñada bajo estos estándares crearía mucha incertidumbre en la industria pues la responsabilidad de los fabricantes de armas vendría determinada de forma indirecta.

A la hora de asignar responsabilidad, las reglas legales deberían regular conductas y enviar señales a los participantes de un determinado mercado para hacerles internalizar las consecuencias de sus decisiones. Por lo tanto, para considerar responsables a los fabricantes de armas, no debería abandonarse un criterio como el del defecto.

2.2. Negligencia

Como se ha explicado anteriormente, cuando se interpone una reclamación contra los fabricantes de armas bajo las teorías de responsabilidad por producto, el principal problema que se presenta es la necesidad de probar la existencia de un defecto en el producto. Las armas no son productos defectuosos, sólo peligrosos, y ello provoca que se desestimen las demandas de responsabilidad contra fabricantes de armas de fuego. Los demandantes han buscado teorías alternativas para

³⁹ *Id.* en 3.

hacer responder a los fabricantes, incluyendo la negligencia. Concretamente, los demandantes se han centrado en su conducta, a la que han calificado de comercialización negligente⁴⁰.

Para sostener una reclamación contra los fabricantes de armas con base en una regla de negligencia, el demandante debe probar los siguientes elementos⁴¹:

1. Establecer que el fabricante del arma tiene un deber legal de cuidado;
2. Probar que incumplió ese deber;
3. Probar que se causó un daño como consecuencia del incumplimiento; y,
4. Finalmente, probar que el incumplimiento del deber fue la causa adecuada del daño del demandante.

Generalmente, las demandas basadas en la negligencia en la comercialización contra los fabricantes de armas de fuego no han prosperado⁴². El principal problema para los demandantes ha sido establecer una relación causal debido a que, normalmente, es muy baja la probabilidad de que la comercialización negligente por un demandado sea la causa de los daños del demandante⁴³. Sin embargo, la dificultad más importante a la que se han enfrentado los demandantes cuando intentan establecer la negligencia de los fabricantes de armas ha sido el requisito del deber legal de cuidado⁴⁴.

Para probar la existencia de un deber legal de cuidado el demandante debe determinar que el fabricante de armas tiene un deber para con terceros – como la población de una concreta ciudad-. La determinación de la existencia de este deber es una de las cuestiones más problemáticas que presenta la negligencia en este contexto. Un parámetro importante para determinar si los demandados tienen un deber con los potenciales demandantes viene dado por la previsibilidad

⁴⁰ Véase Richard J. FIATO, *Note: Gun Manufacturers And Gun Violence: Should Gun Manufacturers Be Liable? In Some Cases Perhaps They Should Be Or On The Other Hand, Maybe Not*, 78 U. Det. Mercy L. Rev. 675, 678 (2001). Se ha propuesto que los fabricantes de armas puedan responder por negligencia porque comercializan sus productos de forma que es posible y previsible que alcancen un mercado ilegal como el de la delincuencia. Esta teoría hace responder a los fabricantes si las víctimas pueden demostrar que conocían o debían conocer que los suministradores a quienes les habían vendido las armas hubieran comerciado en el paso con compradores ilegales. No obstante, esta teoría no tuvo éxito ya que suele considerarse sólo aplicable al suministro de productos a niños.

⁴¹ *Id.* en 676.

⁴² Véase *City of Cincinnati v. Beretta U.S.A. Corp.*, 768 N.E.2d 1136 (Ohio 2002); *Philadelphia v. Beretta U.S.A. Corp.*, 277 F. 3d 415 (3d Cir. 2002); *Hamilton v. Beretta U.S.A. Corp.*, 264 F.3d 21 (2d Cir. 2001); *Carrel v. Allied Prods. Corp.*, 677 N.E.2d 795 (Ohio 1997).

⁴³ Para un análisis de los problemas de causalidad presentes en los casos de armas de fuego, véase Aaron TWERSKI, Anthony J. SEBOK, *Liability Without Cause? Further Ruminations On Cause-In-Fact As Applied To Handgun Liability*, 32 Conn. L. Rev. 1379, 1387 (2000). Véase también *Philadelphia v. Beretta U.S.A. Corp.*, 277 F. 3d 415 (3d Cir. 2002). El actor alegó que los métodos de distribución de armas utilizados por la industria armamentística eran negligentes y alteraban el orden público. El tribunal aceptó la solicitud de desestimación presentada por el demandado puesto que los actores no habían establecido el nexo causal necesario entre la conducta de los demandados y las lesiones alegadas y, por ello, no podían resarcirse con base en alguna de las teorías legales presentadas.

⁴⁴ Véase *Trujillo v. City of Albuquerque*, 603 P.2d 303 (Ct. App. N.M. 1979), *Boston v. Smith & Wesson*, 2000 Mass. Super. LEXIS 352 (Mass. 2000). En estos casos, la demanda por negligencia de los actores fue desestimada porque no probaba un deber del demandado.

del daño para el demandante, el nivel de certeza de que el demandante sufra el daño y la proximidad de la conexión entre la conducta del demandado y el daño padecido⁴⁵.

Sin embargo, uno de los mayores problemas que presentaría la introducción de un deber de este tipo es que, una vez establecido, es muy difícil limitar su alcance⁴⁶. De esta forma, generalmente se entiende que los fabricantes de armas de fuego no tienen el deber de asegurar a terceros por el potencial uso criminal de sus productos no defectuosos⁴⁷.

El caso más importante en que se ha apreciado este deber ha sido *Hamilton v. Accu-Tek*.⁴⁸ Sin embargo, en *Hamilton v. Beretta U.S.A. Corp.*,⁴⁹ el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito, aplicando derecho del estado de Nueva York, sostuvo que los fabricantes no tenían este deber y no se les podía considerar responsables por daños ocasionados por los actos de criminales. En este caso el tribunal consideró que el parámetro para determinar si un demandado tenía un deber para con el demandante era la existencia de una relación especial entre ellos⁵⁰. Sin este tipo de relación, no existía tal deber.

Sin embargo, con independencia de la existencia de una relación especial entre el demandante y el demandado, concluir que los fabricantes de armas tienen un deber para con terceros y, por lo tanto, hacerles responder bajo un régimen de negligencia implicaría la creación de un deber legal que extendería infinitamente su responsabilidad y sería injusto pues haría responder a los fabricantes por un hecho ajeno⁵¹. Además, los tribunales no pueden distinguir entre la distribución adecuada de un arma a un adquirente legal y la distribución inapropiada de un arma a un futuro criminal⁵².

No obstante, este tipo de demandas se basaba en la comercialización negligente realizada por los demandados al distribuir y vender las armas de fuego que ellos habían producido o vendido. La base de estas reclamaciones era que los fabricantes de armas habían sido negligentes porque comercializaron sus productos de una forma que hacía posible y probable que el producto llegase a un mercado ilegal de criminales. Por este motivo, los demandantes argumentaron que los fabricantes de armas tenían un deber con terceros de evitar que sus productos llegaran a este mercado criminal. *Merrill v. Navegar, Inc.*⁵³ Fue el primer caso en que un tribunal – en este caso, un tribunal de California – estimó una demanda contra un fabricante de armas en la que se

⁴⁵ Emily KROMKE, *California's legislative response to Merrill v. Navegar: An Analysis*, 24 Whittier L. Review 833, 842 (2003).

⁴⁶ Para una opinión contraria, véase Amy Edwards, *Mail-Order GunKits and Fingerprint-Resistant Pistols: Why Washington Courts Should Impose a Duty on Gun Manufacturers to Market Firearms Responsibility*, 75 Wash. L. Rev. 941 (2000) (argumentando que no hacer responder objetivamente a los fabricantes de armas por las lesiones causadas por usos criminales permite continuar comercializando productos utilizables con finalidades delictivas).

⁴⁷ Véase FIATO, *supra* nota 40 en p. 677.

⁴⁸ *Hamilton et al. v. Accu-Tek et al.*, 62 F. Supp. 2d 802 (E.D.N.Y. 1999).

⁴⁹ *Hamilton v. Beretta U.S.A. Corp.*, 264 F.3d 21 (2d Cir. 2001).

⁵⁰ Véase KROMKE, *supra* nota 45 en p. 833.

⁵¹ Véase *id.* en p. 843.

⁵² Véase *id.* en p. 849.

⁵³ *Marilyn Merrill v. Navegar, Inc.*, 28 P.3d 116 (Cal. 2001).

reclamaba por distribución negligente⁵⁴. Sin embargo, el Tribunal Supremo de California⁵⁵ anuló la sentencia al entender que la negligencia era inaplicable a la luz de la *Section 1714. 4(a)* del *California Civil Code*⁵⁶.

En resumen, las demandas basadas en la distribución negligente presentaban el problema estructural de probar la existencia de un deber legal de cuidado porque, en el caso que éste fuera introducido, su limitación sería muy difícil⁵⁷. Cuando no existe tal deber con terceros no puede infringirse y, por tanto, no puede haber negligencia por parte de los fabricantes de armas.

2.3. Public Nuisance

Las reclamaciones de los demandantes contra los fabricantes de armas basadas en teorías de responsabilidad por producto y de negligencia han sido por lo general desestimadas. A pesar de que las categorías de derecho de daños han sido ampliamente definidas por los tribunales norteamericanos y por diferentes autores, estas demandas no encajaban en las categorías tradicionales. Como consecuencia de ello, los abogados han buscado otras teorías que permitirían este tipo de reclamaciones.

Los abogados de los demandantes pensaron que el concepto de *nuisance* constituía una categoría de daño definida ampliamente y cuyo contenido era flexible y podría llegar a incluir la lucha contra el crimen y constituir una pretensión contra los fabricantes de armas⁵⁸. En el *Restatement (Second) of Torts*, *nuisance* se utilizaba para hacer referencia a un daño a un tercero o a una vulneración de un interés. Sin embargo, si conforme al derecho de daños la conducta⁵⁹ del demandado no permite hacerlo responsable, existiría una *nuisance* pero no habría responsabilidad. En otras palabras, tal como se utiliza en el *Restatement*, *nuisance* no define una clase particular de conducta por parte del demandado, sino que se refiere a dos tipos concretos de daños –la vulneración de dos tipos de intereses– mediante una conducta que sólo genera responsabilidad si se enmarca en las categorías usuales del derecho de daños⁶⁰.

⁵⁴ Véase *Fiato*, *supra* nota 40 en p. 687. Aunque el tribunal de apelación consideró que “Navegar had a legal duty not to manufacture, market and distribute in a manner that increases the risk of harm inherent in the presence of handguns in society” y que, por ello, debería responder por negligencia, resolvió que el fabricante tenía un deber de uso. Sin embargo, el Tribunal Supremo de California modificó el fallo a la luz de la *Section 1714.4(a)* del *California Civil Code*.

⁵⁵ Casos recientes: *Firearms litigation – Supreme court of California holds that state PL statute bars negligence action against firearms manufacturer. Merrill v. Navegar, Inc.* 28 P. 3d 116 (Cal 2001), 115 Harv. L. Rev. 717, 723 (2001). El Tribunal Supremo al interpretar la *section 1714.4’s* no consideró el estándar del riesgo-utilidad y creó una amplia inmunidad para los fabricantes de armas. Sin embargo, véase *KROMKE*, *supra* nota 45 en p. 833. California (2002) derogó la sección 1714.4 y modificó la 1714 para posibilitar que los fabricantes de armas de fuego y munición fueran demandados bajo numerosas pretensiones de negligencia o según el test de riesgo-utilidad.

⁵⁶ Véase *Recent Cases*, *supra* nota 55 en p. 718.

⁵⁷ Véase *Kromke*, *supra* nota 45 en p. 851.

⁵⁸ Véase *Developments in the Law – The Paths of Civil Litigation II: The use of the Public Nuisance Tort Against the Handgun Industry*, 113 Harv. L. Rev. 1759, 1760 (2000).

⁵⁹ Véase *RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 822* (1965).

⁶⁰ Véase *id.* § 824:

Type of Conduct Essential to Liability (1965):

The conduct necessary to make the actor liable for either a public or a private nuisance may consist of

Según el *Restatement*, *nuisance* enmarca dos conceptos jurídicos diferentes: inmisión (*private nuisance*) y alteración del orden público (*public nuisance*). Las inmisiones están descritas en la *Section 821 D* del *Restatement*⁶¹. Las reclamaciones por inmisiones se articulan mediante acciones interpuestas por individuos cuyos intereses privados en su propiedad están afectados por las mismas. En contraste, la alteración del orden público tiene su origen en las intromisiones criminales en el derecho de la Corona⁶² y están definidas en la *Section 821 B* del *Restatement* de una forma muy amplia⁶³. Por ejemplo, una alteración del orden público no debe suponer necesariamente intromisiones en los intereses sobre la propiedad inmobiliaria⁶⁴. El *tort* de la alteración del orden público se centra en los derechos de todos los ciudadanos más que en los derechos de las concretas personas dañadas⁶⁵. Ésta es la razón por la que las alteraciones de orden público se han solventado tradicionalmente mediante procesos legales interpuestos por el Ministerio Fiscal en nombre del Estado con la finalidad de proteger a la ciudadanía.

Sin embargo, algunas veces un actor individual puede entablar una acción privada por daños basada en alteraciones del orden público⁶⁶. Para sostener una acción privada por alteración del orden público, el demandante individual debe sufrir un daño que sea diferente al padecido por la población en general⁶⁷. En el contexto de las armas de fuego, la población en general experimenta peligro, miedo, incomodidades e injerencias en el uso y disfrute de los lugares públicos, hechos que afectan a su calidad de vida diaria. Sin embargo, este daño no es diferente al que sufre la sociedad en su conjunto. El daño efectivo y diferente es el que sufren aquellos individuos que han sido asesinados o han sufrido lesiones físicas o emocionales causadas por disparos⁶⁸. Por lo tanto, las reclamaciones por alteración del orden público interpuestas por individuos contra

(a) an act; or

(b) a failure to act under circumstances in which the actor is under a duty to take positive action to prevent or abate the interference with the public interest or the invasion of the private interest.

⁶¹ *Id.* § 821 D Private Nuisance (1965); ("A private nuisance is a nontrespassory invasion of another's interest in the private use and enjoyment of land".)

⁶² Véase JAMES A. HENDERSON JR., RICHARD N. PEARSON & JOHN A. SILICIANO, *THE TORTS PROCESS* 444 (5th ed. 1999).

⁶³ RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS, § 821 B:

(1) A public nuisance is an unreasonable interference with a right common to the general public.

(2) Circumstances that may sustain a holding that an interference with a public right is unreasonable include the following:

(a) Whether the conduct involves a significant interference with the public health, the public safety, the public peace, the public comfort or the public convenience, or

(b) Whether the conduct is proscribed by a statute, ordinance or administrative regulation, or

(c) Whether the conduct is of a continuing nature or has produced a permanent or long-lasting effect, and, as the actor knows or has reason to know, has a significant effect upon the public right.

⁶⁴ Ello se contradice con la definición de inmisión o *private nuisance* incluida en el RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 821D (1965).

⁶⁵ Véase KAIRYS, *supra* nota 4 en p. 1173.

⁶⁶ Véase *Bubalo and Dofflyn v. Navegar*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 3598 (N.D. Ill. 1998), en la que un demandante privado demandó por alteración del orden público contra un fabricante de pistolas.

⁶⁷ Véase HENDERSON, *supra* nota 62, en 446. Véase también David KAIRYS, *Public Nuisance Claims of Victims of Handgun Violence*, 43 *Ariz. L. Rev.* 339, 341 (2001).

⁶⁸ Véase *Id.* en p. 343.

vendedores de armas de fuego no se han considerado como reclamaciones de daños, y se han remitido a otras categorías legales⁶⁹.

Al plantear una pretensión basada en *nuisance*, una diferencia⁷⁰ importante entre *public* y *private nuisance* es el papel de la negligencia. Dado que los municipios tienen el “deber” de evitar posibles situaciones de peligro a sus ciudadanos, no es necesario probar la negligencia porque el elemento del deber ya forma parte de la conducta exigida. Por el contrario, en el marco de las inmisiones es necesario probar la negligencia porque imponer responsabilidad por daño con independencia de la precaución adoptada equivaldría a aplicar una regla de responsabilidad objetiva por el daño causado.

La doctrina de la alteración del orden público ha sido utilizada en la litigación sobre medio ambiente, amianto y tabaco⁷¹, mas el objetivo de los nuevos litigios son los casos relacionados con armas de fuego. Sentencias judiciales recientes han rechazado *nuisance* como fundamento de la responsabilidad en estos casos, puesto que los tribunales han entendido que si los productos defectuosos no pueden calificarse jurídicamente como *nuisance*, menos sentido tendría calificar un producto lícito y no defectuoso como *nuisance*⁷².

En los pocos casos basados en la alteración del orden público y planteados por personas individuales⁷³, las peticiones de los demandados para desestimar las demandas fueron aceptadas. Por el contrario, una demanda por alteración del orden público presentada por un estado en virtud de su capacidad de gobierno no se ha considerado una demanda de daños, sino que se ha entendido como un ejercicio legítimo del poder de policía del estado para proteger la salud y seguridad de su población⁷⁴. El poder para aplacar la alteración del orden público puede describirse como una manifestación del poder coercitivo del estado⁷⁵. Por lo tanto, para ejercer su poder de gobierno los municipios han alegado que el daño causado por las armas de fuego a los ciudadanos que vivían en el municipio constituía una alteración del orden público.

Los municipios sostenían que los fabricantes de armas facilitaban, mantenían e incluso, en algunas ocasiones, alentaban la demanda de sus productos para ser usados en actos criminales. Al hacer esto los municipios creían que los fabricantes de armas promovían las armas entre el resto de la gente como necesarias para protegerse contra el uso de armas por parte de los criminales⁷⁶. Los municipios consideraban que esta conducta constituía una alteración del orden

⁶⁹ Véase John G. CULHANE, Jean MACCHIAROLI EGGEN, *Defining A Proper Role For Public Nuisance Law In Municipal Suits Against Gun Sellers: Beyond Rethoric And Expedience*, 52 S. C. L. Review 287, 290 (2001).

⁷⁰ Véase *Id.* en p. 314.

⁷¹ Véase Lauren E. HANDLER & Charles E. ERWAY, *Tort of Public Nuisance in Public Entity Litigation: Return to the Jungle?*, 69 Def. Couns. J. 484, 487 (2002).

⁷² Véase *Camden County Bd. of Chosen Freeholders v. Beretta*, U.S.A. Corp., 273 F.3d 536 (3d Cir. 2001).

⁷³ Véase *NAACP v. A.A.Arms, Inc.*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 8238 (E.D.N.Y. 2003), *Hamilton v. Accu-Tek*, 62 F. Supp. 2d 802 (E.D.N.Y. 1999); *Bubalo and Dofflyn v. Navegar*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 3598 (N.D. Ill. 1998).

⁷⁴ Véase CULHANE & EGGEN, *supra* nota 69 en p. 290.

⁷⁵ Véase *Id.* en 298.

⁷⁶ Véase KAIRYS, *supra* nota 19 en p. 12.

público⁷⁷. Sin embargo, el principal objetivo de estas reclamaciones no era el daño moral o el lucro cesante de las víctimas de armas, sino el daño directo, previsible y conocido causado a las ciudades con su comercialización y su distribución y con las políticas y prácticas de promoción por parte de los fabricantes de armas⁷⁸. Así, los municipios entendían que los fabricantes crearon y contribuyeron a la alteración del orden público a sabiendas de que las armas estarían fácilmente al alcance de criminales⁷⁹.

Existe una importante diferencia entre una demanda interpuesta por un municipio contra los vendedores de armas de fuego, en la cual la ciudad actúa como un demandante privado en una acción de daños para obtener una indemnización⁸⁰, y una demanda planteada por un municipio contra vendedores de armas por motivos de alteración del orden público, en la que la ciudad estaría defendiendo a su población. En este último caso, la acción de la municipalidad estaría dirigida a eliminar el riesgo en su origen. Sin embargo, en cualquiera de los casos, ya sea defendiendo a la población contra los riesgos generados por las armas de fuego o como demandante directo que sufre pérdidas, es necesario determinar si los actos de la industria armamentística constituyen una alteración del orden público. Si prospera, este novedoso uso de la alteración del orden público ampliaría los instrumentos de que disponen los gobiernos para controlar la delincuencia.

Las armas de fuego son un problema en Estados Unidos, ya que existe un alto índice de criminalidad que debería preocupar a los poderes públicos. Sin embargo, es importante determinar si las reclamaciones por alteración del orden público son una vía para solucionar el problema de las armas de fuego en Estados Unidos y, en el caso que lo fueran, si ésta es la mejor vía para solventarlo.

3. *Cincinnati v. Beretta U.S.A*

A principios de los 90, el índice de crímenes violentos *per capita* en la ciudad de Cincinnati era el doble que el de los Estados Unidos⁸¹. En el año 1998, el índice de crímenes violentos en Estados Unidos era de 566,4 (por cada 100.000 habitantes) mientras que en la ciudad de Cincinnati era mucho más elevado: 873,8. Los delitos con armas de fuego (que incluyen cualquier delito o crimen en el que estaban implicadas armas de fuego) constituían el 64,09% del total de los

⁷⁷ *Camden County Bd. of Chosen Freeholders v. Beretta, U.S.A. Corp.*, 273 F.3d 536 (3d Cir. 2001). El actor en el caso, el Condado de Camden, consideró que la comercialización y distribución de armas por sus fabricantes creó y contribuyó a aumentar el uso delictivo de las mismas en el condado, lo que constituía una alteración del orden público ya que con tal conducta se ponía en peligro la seguridad, la salud y la paz públicas y se sobrecargaba financieramente al condado. Sin embargo, la *Court of Appeals* confirmó la sentencia de la *District Court* desestimatoria de la demanda. Véase también *Philadelphia v. Beretta U.S.A. Corp.*, 126 F. Supp. 2d 882 (Dis. Ct. E.D. Pa. 2000).

⁷⁸ KAIRYS, *supra* nota 19 en p. 13.

⁷⁹ KAIRYS, *supra* nota 4 en p. 1173.

⁸⁰ CULHANE & EGGEN, *supra* nota 69 en p. 328.

⁸¹ *Crime in the America's Top-Rated Cities, A Statistical Profile 1979-1998*, Grey House Publishing, 3rd Ed. 2000.

crímenes en la ciudad de Cincinnati⁸² y más del 89% de las armas de fuego confiscadas en Cincinnati habían cambiado de manos al menos una vez antes de llegar a la persona que la usó en un crimen.

Las autoridades municipales de Cincinnati estaban preocupadas por el nivel de violencia de la ciudad y para solucionarlo desarrollaron lo que fue llamado *Community Problem Oriented Policing*⁸³ (C.P.O.P.) e interpusieron una demanda contra Beretta U.S.A. Corp.⁸⁴, contra otros quince fabricantes de armas de fuego y contra tres asociaciones de comercio de armas con el objetivo de recuperar los perjuicios causados por las armas de fuego fabricadas, vendidas o distribuidas por los demandados en Cincinnati.

La cuestión más remarcable en el caso de *Cincinnati v. Beretta U.S.A. Corp.*⁸⁵ es que el Tribunal Supremo de Ohio permitió que una demanda interpuesta por un municipio, la ciudad de Cincinnati, pasara la fase de alegaciones sobre reclamaciones contra los fabricantes de armas de fuego, asociaciones de comerciantes y distribuidores de armas para posteriormente proceder a resolver la demanda basada en *nuisance*, negligencia y responsabilidad por producto.

Sin embargo, el Tribunal Supremo de Ohio, pese a no estimar la petición del demandado de desestimar la reclamación del demandante y reenviar el caso al tribunal de instancia para su revisión, reconoció que su decisión en el caso no comportaba que prosperara la reclamación subyacente de responsabilidad contra la industria armamentística.

3.1. Hechos

El 28 de abril, la ciudad de Cincinnati (demandante y apelante) presentó una reclamación contra quince fabricantes de armas, tres asociaciones de comerciantes y una distribuidora para probar su participación y, por tanto, su responsabilidad por los daños causados por armas de fuego con base en teorías de *nuisance*, negligencia y responsabilidad por producto.

La ciudad alegó que, como consecuencia de la conducta de los demandados en la fabricación, venta y distribución de armas, había sufrido problemas tales como los costes de hacer frente a los tiroteos, la disminución del valor de la propiedad y de los ingresos por impuestos, el miedo de los ciudadanos de Cincinnati provocado por la actividad criminal y los daños directos causados

⁸² The Youth Crime Interdiction Initiative, Crime Gun Trace Analysis Report: The Illegal Youth Firearms Market in Cincinnati, February 1999, Department of the Treasury, Bureau of Alcohol, Firearms and Tobacco (A.T.F.). A.T.F. Crime gun trace analysis report. El informe contiene y resume la información de la A.T.F. sobre los adquirentes sucesivos de armas con las que se ha delinquido entre 1.8.1997 y 31.6.1998. La información había sido obtenida con ayuda de los departamentos de policía en 32 ciudades con población de 250.000 habitantes o más.

⁸³ La C.P.O.P. perseguía establecer un gobierno responsable y atento a las necesidades de la comunidad, especialmente sobre las principales "circunstancias problemáticas" de la ciudad y para afrontar los problemas de la comunidad mediante un pacto entre residentes y trabajadores de la ciudad de Cincinnati. Para más información sobre C.P.O.P., véase <http://www.rcc.org/cnas/cpop.htm>.

⁸⁴ <http://www.berettausa.com/>

⁸⁵ *City of Cincinnati v. Beretta U.S.A. Corp.*, 768 N.E.2d 1136 (Ohio 2002).

por las armas de fuego. La ciudad interpuso una acción de cesación y reclamó daños compensatorios y punitivos y restitución y expropiación de los beneficios.

El elemento esencial de la reclamación era que los fabricantes de armas de fuego habían fabricado, comercializado y distribuido sus productos de forma que éstos eran accesibles para usuarios no autorizados a usarlos, tales como niños y criminales.

La demanda⁸⁶ presentada por la ciudad de Cincinnati afirmaba que la conducta intencional y negligente de los demandados fomentaba el uso criminal de las armas, ayudaba a mantener el mercado de armas de fuego ilegales en Cincinnati y alteraba el orden público. En esta demanda, la ciudad de Cincinnati buscaba tanto una acción de cesación como compensación económica para el reembolso de gastos tales como el incremento de los costes de policía, de emergencias, de sanidad y de prisiones.

Quince de los demandados solicitaron desestimar la demanda por falta de fundamento en la reclamación de reparación. El tribunal de primera instancia aceptó las peticiones de desestimación, decisión que fue confirmada por el tribunal de apelación. Sin embargo, el Tribunal Supremo de Ohio revocó la sentencia del tribunal de apelación y reenvió el caso al tribunal de primera instancia.

3.2. Las teorías jurisprudenciales sobre el resarcimiento del daño: análisis y resolución del caso, incluidos los votos particulares

Siguiendo las diferentes reclamaciones de los apelantes, la decisión del Tribunal Supremo se estructuró en tres partes esenciales: el Tribunal analizó conforme al derecho de Ohio las alegaciones de alteración del orden público. En segundo lugar, examinó la relación de causalidad entre la conducta de los apelados y los daños causados y, finalmente, analizó la reclamación de la ciudad de Cincinnati para recuperar el coste de los servicios públicos. En la cuarta parte de la sentencia, el Tribunal examinó brevemente los argumentos constitucionales alegados por los apelados en relación con las consecuencias constitucionales – según la *Commerce Clause* y la *Due Process Clause* de los Estados Unidos- de esta decisión judicial. Pese a no ser el tema principal de este trabajo, se realizará una breve descripción del análisis constitucional llevado a cabo por el Tribunal.

El razonamiento jurídico del Tribunal Supremo de Ohio en la resolución del caso fue el siguiente:

a) Pretensión jurídica conforme al derecho de Ohio.

⁸⁶ La demanda en un principio alegó otras teorías de responsabilidad como el fraude, representación negligente, publicidad desleal y engañosa y enriquecimiento injusto. Sin embargo, estas cuestiones no fueron incluidas por el recurrente y, por lo tanto, no fueron analizadas por el Tribunal Supremo de Ohio, ni tampoco van a ser analizadas ahora.

Tanto el tribunal de primera instancia como el tribunal de apelación entendieron que según el derecho de Ohio la reclamación del demandante no constituía una pretensión jurídica. En cambio, el Tribunal Supremo de Ohio sostuvo que existían argumentos para examinar la posible pretensión de los apelantes.

En su decisión, el Tribunal Supremo de Ohio siguió lo dispuesto en el caso *O'Brien v. Univ. Community Tenants Union, Inc.* (1975), 327 N.E.2d 753. En este caso el tribunal concluyó que para desestimar una demanda por falta de pretensión jurídica, era necesario que se concluyera sin ningún tipo de dudas que el demandante no podía probar hechos en favor de su pretensión. Adicionalmente, al analizar una petición de desestimación de la demanda por falta de pretensión jurídica, era necesario presumir que todas las alegaciones de hecho de la demanda eran verdaderas a la vez que se realizaran todas las inferencias razonables en favor de la parte que no había promovido la acción de desestimación de la demanda⁸⁷. El tribunal posteriormente afirmó que los hechos alegados eran coherentes con la reclamación del demandante y que, por lo tanto, le era posible obtener una indemnización. De esta forma, la petición del demandado de desestimación de la demanda fue rechazada⁸⁸. Así, según el Tribunal Supremo de Ohio la pretensión jurídica estaba interpuesta de forma adecuada.

Desde el punto de vista procedimental, el Tribunal Supremo de Ohio analizó de forma separada las diferentes argumentaciones –alteración del orden público, negligencia y responsabilidad por producto– incluidas en la demanda:

a) *Public nuisance*

El apelante—la ciudad de Cincinnati—alegó que los apelados causaron y mantuvieron una alteración del orden público a través de la fabricación, comercialización, distribución y venta de armas de fuego de un modo que afectaba de forma irrazonable a la salud pública, el bienestar y la seguridad en la ciudad de Cincinnati. Al mismo tiempo, el apelante consideró que los apelados conocían o era razonable que hubieran conocido que su conducta podía provocar que las armas fueran usadas y poseídas de forma ilegal y que tal conducta produciría una posible *nuisance* que tendría un efecto perjudicial en la salud pública, seguridad y bienestar de los residentes de Cincinnati, quienes ostentaban un derecho a no verse afectados por tal conducta.

Los apelados –los demandados en el caso– respondieron a la reclamación de los apelantes presentando varios argumentos de por qué dicha reclamación no constituía una pretensión jurídica de alteración del orden público. Sin embargo, el Tribunal Supremo no estuvo de acuerdo con ellos.

1. Los demandados argumentaron que ellos no podían ser considerados responsables por el presunto daño porque en el momento de la lesión no controlaban el instrumento que potencialmente alteraba el orden público.

⁸⁷ *Mitchell v. Lawshon Milk Co.*, 532 N.E. 2d 753 (Ohio 1988).

⁸⁸ *York v. Ohio State Hwy. Partol*, 573 N.E.2d 1063 (Ohio 1991).

Sin embargo, en su contestación, el apelante diferenció entre el uso del producto que causó la alteración del orden público y la creación de un contexto proclive a una alteración del orden público. En otras palabras, la ciudad de Cincinnati alegó que la reclamación por alteración del orden público era la correcta porque los apelados controlaban la creación y la oferta de armas de fuego en el mercado secundario ilegal, que causaba la alteración del orden público, a pesar de que ellos no tuvieran el control del uso concreto de las armas de fuego causantes de lesiones.

El tribunal estimó los argumentos de la ciudad de Cincinnati y consideró que no era esencial para la reclamación por alteración del orden público que los fabricantes de armas no controlaran las armas de fuego en el momento de la causación del daño.

2. Los apelados también sostuvieron que la reclamación por orden público de los apelantes no podía prosperar porque la distribución de las armas de fuego estaba altamente regulada y constituía una "conducta autorizada legalmente". Los apelados buscaban implícitamente que el cumplimiento de la regulación de las armas de fuego fuera un eximente de responsabilidad. Sin embargo, el tribunal consideró que a pesar de que existía una regulación completa en materia de fabricación, venta y distribución de armas de fuego, el derecho no regulaba las prácticas de distribución descritas en la demanda.
3. Finalmente, los apelados argumentaron que la reclamación por alteración del orden público debía fracasar porque la ciudad de Cincinnati no había alegado *tort* alguno para fundamentar o bien una reclamación por alteración absoluta del orden público basada en una actividad intencional o muy arriesgada, o bien una reclamación basada en negligencia por una actividad calificada como alteración del orden público. Sin embargo, el tribunal entendió que este argumento no era suficientemente convincente debido a que la demanda incluía una conducta intencional y negligente por parte de los apelados.

Por lo tanto, el tribunal entendió que conforme al derecho de Ohio la reclamación por alteración de orden público estaba bien formulada y que no debía desestimarse si los hechos demostraran que el diseño, fabricación, comercialización o venta del producto interfirieron irrazonablemente con los derechos del público en general.

b) Negligencia

Los apelantes fundamentaron su reclamación por negligencia en la falta de diligencia razonable en el diseño, fabricación, comercialización, promoción, distribución, suministro y venta de armas de fuego por parte de los apelados, dado que éstos no maximizaron la seguridad de las armas de fuego en su uso ordinario y previsible por parte de los consumidores. Adicionalmente, la demanda incluía negligencia de los apelados en las advertencias dado que no proporcionaron a los usuarios advertencias completas de los riesgos asociados a las armas de fuego.

Tal y como se ha expuesto anteriormente, para sostener una acción judicial por negligencia el demandante debe demostrar:

1. La existencia del deber de cuidado.
2. El incumplimiento de este deber de cuidado
3. Que el incumplimiento del deber fue la causa del daño.

Como en el caso de la responsabilidad por producto, el principal problema de la reclamación por negligencia es la determinación de la existencia de un deber de los fabricantes de control para con el público en general. Para establecer la existencia de un deber de cuidado de los fabricantes, el tribunal de apelación consideró que la naturaleza de la demanda por negligencia se basaba en una “relación especial” existente entre apelante y apelado⁸⁹. No obstante, el Tribunal Supremo de Ohio consideró que la existencia de una “relación especial” no debía ser el parámetro decisivo para concluir que existe un deber de cuidado. El Tribunal rechazó los argumentos de los demandados relativos a que el daño había sido muy atenuado y que ellos no tenían un deber de controlar a terceras personas y explicó que el problema de la negligencia no era si los apelados tenían para con los apelantes un deber de controlar la conducta de terceros, sino que la cuestión en este caso era si los apelados eran por sí mismos negligentes en la fabricación, comercialización y distribución de armas de fuego ya que crearon un mercado de armas ilegales que previsiblemente podía ocasionar un daño. De esta forma, la regla de una “relación especial” no era determinante y, por lo tanto, las alegaciones de la demanda no deberían recurrir a esta regla.

El Tribunal Supremo de Ohio aplicó principios generales básicos de negligencia⁹⁰ y concluyó que los fabricantes debían haber previsto el perjuicio de los demandantes como posible resultado de la fabricación, comercialización y distribución de un producto con un diseño presuntamente negligente. Por esa razón, se mantuvo la acción de negligencia.

c) Responsabilidad por producto

La ciudad de Cincinnati alegó:

1. Defecto de diseño: los apelantes argumentaron que las armas fabricadas o suministradas por los apelados eran defectuosas debido a que no se habían incorporado dispositivos de seguridad viables que hubieran prevenido un uso no autorizado y previsibles lesiones.
2. Defecto en las advertencias y en las instrucciones: los apelantes alegaron que los apelados fabricaron o suministraron armas sin adecuadas advertencias sobre su peligrosidad o sin instrucciones sobre su uso.

⁸⁹ La distinción entre deber y “relación especial” resuelta por el Tribunal Supremo de Ohio fue establecida en *Boston v. Smith & Wesson*, 2000 Mass. Super. LEXIS 352 (Mass. 2000):

“given that the Plaintiffs were foreseeable plaintiffs from Defendants’ perspective, the court need not to decide whether Defendants owed a duty greater than the basic duty”.

⁹⁰ *White v. Smith & Wesson*, 97 F. Supp. 2d 816 (N.D. Ohio 2000).

Tal y como hizo el tribunal de primera instancia, el tribunal de apelación desestimó ambas reclamaciones. Con relación a los **defecto de diseño**, el tribunal de apelación consideró en primer lugar que la demanda era insuficiente porque no afirmaba de forma específica “una condición defectuosa concreta de cierto modelo de arma en el momento que un determinado fabricante la puso en el mercado”. En segundo lugar, la ciudad no podía interponer reclamaciones conforme a la Ley de Responsabilidad por Producto, R. C. 2307.71 et seq., porque no pudo probar un daño a sí misma y bajo la R. C. 2307.71 (B) y (G), 2307.79 de la Ley⁹¹no era posible obtener compensación por daño puramente económico. Por este motivo el apelante no podía interponer una reclamación por producto defectuoso conforme a la Ley de Responsabilidad por Producto, ya que el solicitante no puede reclamar únicamente daños puramente económicos⁹².

No obstante, el Tribunal Supremo de Ohio no rechazó la reclamación con base en dos motivos. En primer lugar, el Tribunal recurrió a las reglas de procedimiento civil de Ohio, Civ. R. 8(A)(1), conforme a las cuales “mientras haya un conjunto de hechos compatibles con la reclamación del demandante que le permitirían obtener una indemnización, el tribunal no puede aceptar la petición de desestimación de la demanda interpuesta por los demandados”. En segundo lugar, el Tribunal Supremo entendió que estos hechos permitían al demandante obtener una indemnización por responsabilidad por producto defectuoso según el *Common Law*⁹³, de modo que la existencia únicamente de daños económicos no representaba un problema para la acción. Adicionalmente, el Tribunal Supremo de Ohio entendió que en el *Common Law* un producto podía ser considerado defectuoso tanto aplicando el test de las expectativas del consumidor como el test del riesgo-utilidad. De este modo, un producto se califica como defectuoso tanto si éste fuera más peligroso que la expectativa de un consumidor razonable como si los riesgos del producto superasen sus beneficios.

En relación al **defecto en las advertencias e instrucciones**, el tribunal de apelación consideró que la reclamación por defecto en las advertencias e instrucciones no podía prosperar porque los demandados no tenían un deber de advertir los riesgos de las armas de fuego al ser éstos claros y obvios. Sin embargo, como el Juez Painter estableció en su voto particular favorable, algunas de las imputaciones implicaban riesgos que no eran claros y obvios⁹⁴. Como en la reclamación por defecto de diseño, el Tribunal Supremo de Ohio consideró que el recurrente podía interponer una reclamación basada en el *Common Law* por defecto en las advertencias. No obstante, al solicitarla, el actor debería probar que el fabricante conocía o debería haber conocido, si hubiera actuado con la precaución debida, el riesgo sobre el cual no advirtió suficientemente, y que el fabricante no adoptó las precauciones que una persona razonable adoptaría al ofrecer el producto al público⁹⁵.

⁹¹ *LaPuma v. Collinwood Concrete*, 661 N.E. 2d 714 (Ohio 1996). El juez Painter dijo que las reclamaciones no podían desestimarse con base en la *remoteness* y que las reclamaciones de responsabilidad por producto podían tener lugar con base en el *Common Law*.

⁹² *Id.*

⁹³ *Carrel v. Allied Prods. Corp.*, 677 N.E.2d 795 (Ohio 1997).

⁹⁴ Para determinar si las armas presentan o no “riesgos claros y obvios”, véase *White v. Smith & Wesson*, 97 F. Supp. 2d. (N.D. Ohio 2000).

⁹⁵ *Crislio v. T.C.H. Liquidating Co.*, 556 N.E.2d 1177 (Ohio 1990).

La máxima autoridad judicial de Ohio consideró que el apelante planteó correctamente la demanda por defecto en las advertencias y, de ese modo, denegó la petición de desestimación.

b) La relación remota entre la conducta y el daño como obstáculo a las reclamaciones

La *Remoteness*⁹⁶ o relación remota entre la conducta y el daño no se considera habitualmente como una doctrina legal independiente. Por lo general, ésta se relaciona con la causalidad o se considera derivativa del daño sufrido por un tercero.

Los tribunales han adoptado diferentes posiciones ante el problema de la relación remota entre la conducta y el daño: algunos han declarado que si existe una relación remota no puede haber compensación y otros han entendido lo contrario. Sin embargo, para determinar si la demanda de los apelantes estaba remotamente causada por la conducta de los apelados el Tribunal Supremo de Ohio analizó los factores establecidos en *Holmes v. Securities Investor Protection Corp.*⁹⁷.

En el caso *Holmes*, el tribunal ofreció tres argumentos en favor de considerar que la relación directa entre conducta y daño era necesaria para establecer causalidad:

1. Una relación causal indirecta dificulta la determinación de los daños atribuibles a la conducta incorrecta del demandado.
2. Admitir las reclamaciones de una víctima indirecta complicaría la distribución de los daños entre diferentes actores dificultando así el evitar múltiples y dobles compensaciones.
3. Estas complicaciones son innecesarias debido a la existencia de otras partes que sufren un perjuicio directo y que pueden reparar el daño sin los mencionados problemas.

Los apelados mantenían que, incluso en el caso que el apelante pudiera probar algún elemento de los daños alegados, los daños para la ciudad de Cincinnati aún eran demasiado remotos para dar lugar a responsabilidad por parte de los fabricantes de armas y de las asociaciones comerciales. Los apelados argumentaron que no debería haber compensación porque la conexión causal entre la acción y los daños alegados era demasiado remota y porque las reclamaciones eran indirectas y conectadas a las reclamaciones de terceros.

El tribunal de apelación siguió los argumentos de los apelados en lo referente a la relación remota y llegó a la conclusión de que ésta impedía las reclamaciones de los recurrentes para obtener una compensación. Sin embargo, el Tribunal Supremo de Ohio aplicó el test *Holmes* y entendió que podía prosperar la reclamación del apelante puesto que, aunque el recurrente estaba intentando proteger indirectamente a sus ciudadanos de una conducta inapropiada por parte de los vendedores de armas y de las asociaciones comerciales, también perseguía obtener una indemnización por un daño propio.

⁹⁶ Para un análisis del concepto de *remoteness*, véase *Holmes v. Securities Investor Protection Corp.*, 117 L. Ed. 2d 532 (U.S. 1992).

⁹⁷ *Id.*

c) La imposibilidad de recuperación de los costes de los servicios públicos por parte del Apelante

La ciudad de Cincinnati –el apelante en el caso– argumentó que la conducta inapropiada de los apelados le causó daños por los que tuvo que incurrir en gastos que podrían haber tenido otros usos en beneficio de los ciudadanos de Cincinnati. Por su parte, los apelados sostuvieron que los costes de los gastos públicos en policía, emergencias, sanidad, prisiones, procedimientos penales y otros servicios no eran compensables, porque la ciudad tenía un deber de proveer esos servicios⁹⁸.

Generalmente, un municipio no puede esperar obtener una compensación por los costes de los servicios públicos siempre que alguien cause daños a los ciudadanos. Sin embargo, el Tribunal Supremo de Ohio consideró que, en un caso como éste, la compensación debía ser aceptada porque el carácter continuado de la conducta inapropiada justificaba la recuperación de tales costes gubernamentales. Consiguientemente, en caso que el apelante pudiera probar todos los presupuestos para la compensación de los daños alegados ésta debería darse.

d) Argumentos constitucionales

Los apelados argumentaron, además, que las reclamaciones de la ciudad de Cincinnati tenían consecuencias constitucionales porque consideraban que, con ellas, la ciudad de Cincinnati regulaba la industria nacional de armas de fuego y, de ese modo, de acuerdo con la Cláusula de Comercio y la Cláusula del Proceso Debido de la Constitución de los Estados Unidos, las reclamaciones no debían prosperar. A pesar de que el caso no se refería a ninguna de estas disposiciones, los apelados entendían que el pleito violaba la Cláusula de Comercio porque la ciudad de Cincinnati⁹⁹ buscaba jurisdicción extraterritorial en relación con una conducta que tuvo lugar fuera de los límites de la ciudad de Cincinnati. Con todo, el Tribunal Supremo de Ohio consideró que la compensación pretendida por los apelantes, aunque también afectaba a conductas que tuvieron lugar fuera del estado de Ohio, no violaba la Cláusula de Comercio y de ahí que no fuera posible exigir la desestimación de la demanda por este motivo.

e) Conclusión

El Tribunal Supremo de Ohio revocó la sentencia del tribunal de apelación y reenvió el caso al juzgado para su posterior revisión. El Tribunal Supremo de Ohio consideró que el apelante había probado los hechos necesarios para evitar una petición de desestimación conforme a la Civ. R. 12 (B)(6) y, por tanto, podía proseguir sus reclamaciones en el proceso posterior.

Mas la revocación de la sentencia del tribunal de apelación no significa que el apelante prevalezca en el proceso posterior. El Tribunal Supremo en ningún caso pronosticó el resultado del pleito y sólo reconoció la importancia de admitir este tipo de litigación para pasar la fase de alegaciones.

⁹⁸ *Flagstaff v. Atchison, Topeka & Santa Fe Ry. Co.*, 719 F.2d 322 (9th Cir. 1983).

⁹⁹ *B.M.W. of N. Am. Inc. v. Gore*, 116 S. Ct. 1589 (U.S. 1996).

3.3. Votos particulares

Como era previsible, en este controvertido caso, tres jueces concurren con el fallo y tres disintieron de la sentencia y redactaron dos votos particulares desfavorables. El primero fue escrito por el Juez Moyer mientras que el Juez Cook escribió el segundo. El Juez Lundberg Stratton, a su vez, concurrió con los dos votos particulares.

a) Juez Moyer

Según el Juez Moyer, la cuestión no era si el tribunal entendía como el apelante que en Cincinnati existía violencia debido a las armas obtenidas ilegalmente. La cuestión principal era determinar si la ciudad estaba legitimada para reclamar compensación. El Juez Moyer consideró que, como problema jurídico, los daños alegados por la ciudad tenían relación remota con la conducta de los apelados y dependían de los daños sufridos por las víctimas de la violencia con armas de fuego. Este voto desfavorable se basaba principalmente en tres argumentos: la relación de causalidad, las complicadas reglas de distribución de daños que requeriría el reconocimiento de la reclamación de la ciudad y la innecesaria inclusión de demandantes indirectos en este tipo de demandas.

- a) En relación con la relación de causalidad, la limitación de ésta se fundaba en la naturaleza y el grado de conexión entre los actos del demandado y los hechos sobre los cuales el actor reclamaba compensación. El voto particular consideró que generalmente la aplicación del test de *Holmes* para determinar si la reclamación del demandante era demasiado remota o lejana era correcto, aunque concluyó que el uso del test en este caso era inadecuado.

El voto particular diferenciaba entre factores cuantitativos y cualitativos. Por lo que se refiere a los parámetros cuantitativos, era demasiado complicado para la ciudad de Cincinnati probar qué gastos eran consecuencia de la conducta de los fabricantes y qué gastos no derivaban de la misma.

Desde una perspectiva cualitativa, la cuestión no era si la ciudad podía probar los daños sino si la ciudad podía probar que esos daños eran atribuibles al comportamiento de los fabricantes de armas y no a otros factores independientes¹⁰⁰.

De este modo, el voto particular no estaba de acuerdo con la mayoría según la cual era fácil determinar los gastos soportados por la ciudad y afirmó que era demasiado difícil determinar la cantidad de daños sufridos por la ciudad atribuible a la conducta de los fabricantes de armas.

- b) El reconocimiento de la reclamación de la ciudad exigiría que el tribunal adoptara complicadas reglas de distribución de daños.

¹⁰⁰ *Holmes*, *supra* nota 96.

El voto particular desfavorable entendía que la demanda era una acción derivativa, porque los daños de la ciudad estaban relacionados con la muerte y con las lesiones de algunos de sus ciudadanos presuntamente causadas por armas ilegales o por el uso de armas legales por parte de personas no autorizadas. Por lo tanto, para casi todos los daños padecidos por la ciudad existía al menos una víctima situada entre la ciudad y los fabricantes de armas de fuego. Así, las víctimas también tenían una acción contra los fabricantes de armas de fuego. Bajo estas circunstancias, el hecho de que la ciudad solicitara una indemnización que sólo en parte eran daños propios no cumplía el test de *Holmes* e incluso si hubiera cumplido el test los tribunales estarían forzados a adoptar reglas demasiado complicadas de distribución de daños¹⁰¹.

- c) Las víctimas directas pueden resarcirse del daño alegado por la ciudad.

Debido a que existen numerosos lesionados de forma directa por la violencia con armas en Cincinnati, lo que *Holmes* exigía a los tribunales no era analizar si estos daños directos se podían probar sino considerar si estaban justificadas las dificultades inherentes a la aplicación de complejas reglas para distribuir los daños entre los diferentes demandantes. La difícil aplicación del test de *Holmes* exigía confirmar la sentencia del tribunal de apelación en este caso.

- b) Juez Cook.

El argumento central del voto particular desfavorable del Juez Cook es que las pretensiones de Cincinnati basadas en negligencia debían ser rechazadas en virtud de una relación remota entre la conducta y el daño. El Juez Cook estructuró su decisión en tres partes diferentes: la cuestión de la relación causal, la falta de pretensión jurídica según la Ley de Responsabilidad por Producto de Ohio y, finalmente, el análisis de la alteración del orden público.

- a) El Juez Cook consideró que era necesario distinguir entre analizar la relación causal en el contexto del análisis convencional de la legitimación y la exigencia de prueba de causalidad como un elemento sustantivo de análisis. Dado que la causalidad era un elemento fundamental que necesitaba ser probado, éste no debía estar incluido en el análisis de la legitimación. Por lo tanto, el hecho de que el daño fuera remoto impedía a la ciudad de Cincinnati establecer la relación de causalidad¹⁰².
- b) Dado que la acción de Cincinnati era una acción por daño puramente económico, la reclamación de la ciudad no demostró ni que los daños fueran compensables ni su validez conforme a la Ley de Responsabilidad por Producto de Ohio.

¹⁰¹ Razonamiento del *Second Circuit en Laborers Local 17 Health & Benefit Fund v. Philip Morris, Inc.*, 191 F.3d 229 (2d. Cir. 1999).

¹⁰² *Philadelphia v. Beretta U.S.A. Corp.*, 277 F.3d 415 (3d Cir. 2002).

El Juez Cook no compartió la opinión de la mayoría según la cual la ciudad podía mantener una reclamación de responsabilidad por producto según el *Common Law* alegando un defecto de diseño y un defecto en las advertencias porque, incluso asumiendo que la Ley fuera de aplicación preferente en estas reclamaciones, la ciudad no alegó pretensiones jurídicas válidas según el *Common Law* y la mayoría no citó ni un precedente en el cual se hubiera permitido una reclamación de responsabilidad por producto que hiciera viable la teoría de la compensación del demandante en una situación similar a la de la ciudad de Cincinnati. Permitir una reclamación como ésta podría implicar, sin razonamiento alguno, una extensión del derecho de responsabilidad por producto a nuevas categorías de demandantes potenciales.

- c) En relación con la reclamación fundada en la alteración del orden público, el voto particular desfavorable concurrió con la mayoría en aceptar que la prohibición de regreso no impedía a la ciudad de Cincinnati, interponer una reclamación válida, pero consideró que esta pretensión jurídica no debía prosperar puesto que el concepto de alteración del orden público no podía ampliarse tanto como la ciudad pretendía.

A pesar del amplio contenido del concepto de alteración del orden público, el voto particular desfavorable presentó una serie de límites conceptuales que impedían a la ciudad de Cincinnati interponer una válida reclamación por alteración del orden público:

- a) En primer lugar, las prácticas de comercialización y de distribución de los demandados causan daños sólo si intervienen acciones de personas que están fuera del control de los demandados.
- b) En segundo lugar, permitir la reclamación de la ciudad haría posible considerar cualquier actividad concreta como una alteración del orden público y, dado que las actividades de los demandados están sujetos a una intensa regulación federal, la decisión de la mayoría de permitir una reclamación por alteración del orden público contribuirían a una decisión legislativa por parte del tribunal.

4. Crítica a las demandas por alteración del orden público contra los fabricantes de armas de fuego

4.1. El debate entre la responsabilidad objetiva y negligencia

La decisión subyacente a la doctrina legal que debería aplicarse a los fabricantes de armas de fuego para determinar su responsabilidad por los daños a terceros provocados por las armas que han fabricado es la de hacerles responder con base en un régimen de negligencia o de responsabilidad objetiva.

El *Restatement (Third) §1* establece que los fabricantes de productos responden objetivamente por los daños que hayan causado a personas o propiedades sus productos defectuosos.

“Liability of Commercial Seller or Distributor for Harm Caused by Defective Products:

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

Por lo tanto, para poder hacer responder a alguno de los miembros de una cadena de distribución es necesario primero calificar el producto como defectuoso. Así, el análisis se divide en dos partes: un primer paso basado en la negligencia, en el cual se considera si un producto es defectuoso o no; y una segunda fase, en la que a los fabricantes se les hace responder por los daños causados por los productos, siempre y cuando previamente el producto haya sido considerado defectuoso.

De este modo, si el producto es defectuoso, todos los miembros de la cadena comercial son objetivamente responsables por los daños causados por el defecto, siendo totalmente irrelevante si el defecto era apreciable o no por el vendedor¹⁰³. No obstante, para evitar ser responsable, la única defensa que tiene cada miembro de la cadena de distribución es argumentar que el defecto apareció con posterioridad y que cuando estaba bajo su control tal defecto no existía.

A la inversa, en el supuesto que el producto no fuera defectuoso, el demandante-víctima debería probar que el comprador del producto fue negligente al utilizar el producto y que su negligencia fue la causante del daño. Por lo tanto, bajo estas circunstancias, el demandante-víctima no tendría una acción de responsabilidad objetiva contra los miembros de la cadena de distribución, sino que tendría una acción de negligencia contra el comprador del producto.

Tal y como se ha explicado anteriormente, el problema principal que se presenta en las demandas en la responsabilidad por producto en casos de armas de fuego es la inexistencia de defecto. Por este motivo, si el adquirente del arma no es negligente, conforme al régimen general previsto en el *Restatement* el tercero perjudicado no obtendrá compensación.

En contraste, si se considera que la responsabilidad objetiva es el régimen de responsabilidad aplicable a los fabricantes de armas de fuego, éstos adoptarán la precaución apropiada e incorporarán unos dispositivos de seguridad en las armas de fuego potencialmente adecuados a la vez que venderán el producto a un precio que refleje tanto el coste del mismo como el de la responsabilidad esperada¹⁰⁴. Sin embargo, si se hubiera impuesto un régimen de responsabilidad objetiva a los fabricantes de armas de fuego, éstos habrían incrementado el precio para internalizar la potencial responsabilidad; y este “impuesto” provocaría que el precio de mercado fuera ineficientemente alto y que la cantidad de mercado fuera ineficientemente baja, de forma que un equilibrio eficiente sería inalcanzable.

¹⁰³ James A. HENDERSON JR., Aaron D. TWERSKI, *PRODUCTS LIABILITY: PROBLEMS AND PROCESS*, (4th ed. 2000).

¹⁰⁴ Steve SHAVELL, *Strict Liability versus Negligence*, 1 *Journal of Legal Studies*, (1980).

Por otro lado, hacer responder objetivamente a los fabricantes de armas ante la víctima del daño por las cantidades que los consumidores insolventes no pudieron afrontar no sería un buen criterio normativo y provocaría una indeseable incertidumbre en el mercado.

En conclusión, el régimen de responsabilidad objetiva para los fabricantes de armas no generaría un equilibrio eficiente, ya que sólo los consumidores de alto riesgo (por ejemplo, criminales potenciales), estarían dispuestos a pagar un precio elevado por el producto. Quienes siguen actuando de acuerdo con el derecho (*law abiders*), en cambio, no querrían por lo general pagar un precio que reflejara la responsabilidad esperada por parte de los fabricantes de armas y, por lo tanto, no comprarían el producto. Como resultado se obtendría un efecto de selección adversa, según el cual los compradores *law abiders* no comprarían el producto debido a su elevado precio mientras que los consumidores de alto riesgo como los criminales seguirían estando interesados en comprarlo.

Así, el sistema de negligencia según el cual el fabricante es responsable de los daños causados por su producto cuando éste es defectuoso es un buen sistema ya que incentiva ambas partes a actuar con precaución y a comportarse eficientemente.

4.2. ¿Se aplica correctamente la doctrina de la *public nuisance* en casos como éste?

La doctrina de la alteración del orden público constituye un *tort* unitario que se centra en los derechos del público en general en lugar de en los de una persona particular perjudicada¹⁰⁵. Sin embargo, se trata de un *tort* definido de forma amplia y con unos límites más flexibles que otras categorías de daños tradicionales. Por ello, la determinación de si el comportamiento del demandado alteró o contribuyó a alterar el orden público es muy casuística, pues ni existe un tipo de conducta requerida, ni ningún límite a un uso instrumental particular o una intromisión en los derechos del público en general. Esta flexibilidad ha posibilitado este tipo de reclamaciones contra la industria de las armas de fuego, pero también que algunos comentaristas hayan entendido incorrectamente este *tort*, calificándolo de abierto o sin límites¹⁰⁶.

Con todo, mediante estas demandas contra la industria de las armas de fuego los tribunales han definido los límites¹⁰⁷ de este *tort* y han determinado sus elementos para examinar si en un contexto concreto procede una indemnización. A la hora de definir qué se entiende por alteración del orden público se han considerado dos elementos básicos:

1. La conducta del demandado originó o contribuyó a originar una intromisión sustancial e irrazonable en los derechos del público en general, y
2. El demandado no adoptó las medidas razonables que hubieran eliminado o disminuido el daño.

¹⁰⁵ David KAIRYS, *The Governmental Handgun Cases and the Elements and Underlying Policies of Public Nuisance Law*, 32 *Conn. L. Rev.* 1175, 1175 (2000).

¹⁰⁶ *Id.* en p. 1176.

¹⁰⁷ *Id.* en p. 1177.

Aunque los elementos que describen la alteración del orden público son todavía amplios, el principal problema que se presenta en los casos de armas de fuego es la prueba del primero de ellos. No es obvio que la conducta de diferentes participantes en la industria de las armas de fuego constituya una intromisión irrazonable en derechos de la ciudadanía, dado que la fabricación y distribución de armas constituyen actividades lícitas “intensamente reguladas” por las autoridades federales, estatales y locales¹⁰⁸. Éste es el principal argumento utilizado por el tribunal en *City of Cincinnati v. Beretta, U.S.A. Corp.*, al no extender a los casos de fabricantes de armas la doctrina del *Common Law* de la alteración del orden público.

Por otra parte, para que una demanda de alteración del orden público prosperara, el Tribunal Supremo de Ohio considera que el demandante debería haber probado una conducta negligente del demandado estableciendo como cuestión jurídica la existencia de un deber de cuidado de los fabricantes de armas de fuego. Sin embargo, concluir que la conducta de los fabricantes de armas alteró el orden público implica diferentes cuestiones.

En primer lugar, resulta muy difícil e indeseable concluir que los fabricantes de armas de fuego tengan un deber para con terceros. Si existiera tal deber, resultaría difícil limitar su extensión en relación con terceros en cualquier otro contexto. Además, es necesario determinar los deberes antes de que tenga lugar el daño y no crear deberes *ex post*, cuando a un sector de la sociedad no le gustan las consecuencias de una determinada situación. Sin embargo, es posible argumentar que los fabricantes de armas de fuego deberían tener un deber para con terceros. Sería incluso deseable que la industria de las armas de fuego pagara el coste del daño causado por la utilización delictiva de sus productos. La alteración del orden público, sin embargo, no es el instrumento para crear tal deber ya que las armas de fuego son productos lícitos en los Estados Unidos; lo necesario e importante es regular este deber y otras cargas de la industria de las armas de fuego para enviar una señal clara sobre la responsabilidad civil potenciales a la que podrían verse expuestos.

En segundo lugar, las demandas por alteración del orden público interpuestas contra fabricantes de armas presentan un problema de causalidad¹⁰⁹ dado que la fabricación de las armas de fuego no está directamente relacionada con el daño que sufren las víctimas, sino que este daño está generalmente causado por un uso no autorizado de un producto final no defectuoso. Los actores generalmente alegan que debería existir responsabilidad por los daños causados por armas adquiridas de forma fraudulenta (*straw purchases*)¹¹⁰. En las adquisiciones fraudulentas un comprador no cualificado (C₂) utiliza uno cualificado (C₁) para que adquiera el arma del fabricante o vendedor y después se la entregue al primero. Sin embargo, el vínculo causal entre la conducta del fabricante de armas y el daño causado por su producto no es directo, ya que

¹⁰⁸ Joseph W. CLEARY, *Municipalities Versus Gun Manufacturers: Why Public Nuisance Claims Just Do Not Work*, 31 U. Balt. L. Rev. 273, 285 (2002).

¹⁰⁹ *Id.* en p. 300.

¹¹⁰ KAIRYS, *supra* nota 105 en p. 1184; véase también

<http://www.bradycampaign.com/press/release.asp?Record=487>

siempre existiría un intermediario no controlable –un comprador cualificado o no– entre el producto y la víctima final.

Relacionado con la causalidad existe también el problema de la relación remota entre conducta y daño apuntado anteriormente. Aunque algunos autores¹¹¹ consideran que la doctrina de la alteración del orden público debería ser una excepción a la regla de la relación remota, la jurisprudencia ha rechazado esta idea. Así, la aplicación de la doctrina de la alteración del orden público vulneraría la regla de responsabilidad por producto contraria al resarcimiento de los “daños remotos”¹¹².

En el caso no deseable que los tribunales entendieran que la doctrina de la alteración del orden público es aplicable a los casos de armas de fuego, surgiría un problema adicional: la determinación de un remedio adecuado. En el contexto de la alteración del orden público, los remedios¹¹³ se dirigen por lo general a aplacar la alteración, por lo que incluyen una acción de cesación y de indemnización. Sin embargo, estos remedios tradicionales no pueden implementarse en el contexto de las armas. Un tribunal no puede dictar una acción de cesación contra un demandado basándose en los daños causados por armas de fuego, ya que se trata de un producto no defectuoso y comercializado legalmente.

Por ello, en el caso de *Cincinnati*¹¹⁴ el Tribunal Supremo de Ohio amplió demasiado la doctrina de la alteración del orden público¹¹⁵ al no desestimar la demanda, puesto que el contenido esencial de los elementos del *tort* no se hallan en los casos de armas.

4.3. ¿En el caso que fuese aplicable, es la doctrina adecuada para casos como éste?

Aunque la doctrina de la alteración del orden público fuera válida en los litigios contra la industria armamentística, ésta no sería la teoría legal adecuada incluso sabiendo que en términos económicos las ciudades subsidian a la industria de las armas de fuego al absorber una porción relevante de los daños causados por sus productos. El uso de la doctrina de la *public nuisance* en el contexto de las armas de fuego presenta diversos problemas tanto desde un punto de vista conceptual como práctico.¹¹⁶

Conceptualmente, los gastos en los que incurren los municipios como consecuencia del daño provocado por las armas de fuego no parecen encajar en la categoría o concepto de alteración del orden público. Es cierto que si no hubiera existido un daño provocado por las armas de fuego, los municipios hubieran podido utilizar el dinero en policía, sanidad, bomberos o en proporcionar otros servicios públicos a los ciudadanos. Sin embargo, estos gastos públicos no derivan de una alteración del orden público y, por ello, no deberían ser resarcibles, sino que son consecuencia del

¹¹¹ HANDLER & ERWAY, *supra* nota 71 en p. 491.

¹¹² *Id.* en p. 490.

¹¹³ KAIRYS, *supra* nota 105 en p. 1177.

¹¹⁴ *City of Cincinnati v. Beretta U.S.A. Corp.*, 768 N.E.2d 1136 (Ohio 2002).

¹¹⁵ Y todas las teorías de daños incluidas en la demanda.

¹¹⁶ KAIRYS, *supra* nota 19 en p. 5.

uso —a veces ilegal— de un producto no defectuoso comercializado lícitamente. En efecto, los costes derivados de los usos que los ciudadanos hacen de ciertos productos lícitos y no defectuosos como son los automóviles, el tabaco, los cuchillos y las armas de fuego deben considerarse una carga de los municipios y no unos costes derivados de la alteración del orden público.

Así, en el caso de que el conjunto de la sociedad concluyera que tales costes no deberían ser asumidos por el presupuesto municipal, el legislador —y no los tribunales— deberían decidir si tales productos son contrarios al orden público.

Por otra parte, la reclamación subyacente a la demanda presentada ante el tribunal es por producto defectuoso: los actores solicitan indemnización por los daños causados por un producto comercializado lícitamente. Además, cuando se alega la alteración del orden público en lugar de una acción de responsabilidad por producto —las reclamaciones sobre responsabilidad por producto no pasan la fase de alegaciones—, los actores solicitan implícitamente al tribunal que ignore las reglas de responsabilidad por productos defectuosos¹¹⁷. Ésta es la doctrina que debería aplicarse a casos en los que los actores pretenden resarcirse por los daños causados por un producto. En efecto, aunque una interpretación amplia de la doctrina de la alteración del orden público permitiera su extensión a este tipo de casos, el régimen de responsabilidad por productos defectuosos debería aplicarse en cualquier caso. La doctrina de la alteración del orden público se alega, por ello, no por ser la aplicable en estos casos, sino porque las categorías tradicionales de la responsabilidad por producto no se ajustan ni permiten la litigación en los casos de armas de fuego.

Por último, históricamente la alteración del orden público surge para proteger y restringir la usurpación de la propiedad de la corona o de los caminos públicos, considerada como violación de los derechos de la monarquía o del público en general. Cuando el término evolucionó incluyó cualquier acto no permitido por el derecho o una omisión en el cumplimiento de un deber legal que interfiriera en el ejercicio de los derechos del público en general. No fue hasta el siglo XVI cuando el ilícito de alteración del orden público se transformó por primera vez en un *tort*.

Tal y como se ha explicado anteriormente, la alteración del orden público puede dar lugar a una demanda interpuesta por una víctima —no ente público— si ésta puede probar que, como consecuencia de la alteración del orden público sufrió un daño diferente al soportado por el público en general. Esta es una de las principales características de la *public nuisance* de forma que un demandante no puede demandar por la violación de un derecho general a no ser que el daño que haya sufrido pueda distinguirse de alguna forma del sufrido por el público en general. Así, no basta con que sufra la misma inconveniencia o quede expuesto a la misma amenaza de daños que el resto de la gente¹¹⁸. No obstante, actualmente la alteración del orden público puede consistir en la contaminación atmosférica, de aguas, ruidos o la generación de un peligro¹¹⁹.

¹¹⁷ HANDLER & ERWAY, *supra* nota 71 en p. 491.

¹¹⁸ L. Mark WALKER y Dale E. COTTINGHAM, *An Abridged Primer On The Law Of Public Nuisance*, 30 *Tulsa L.J.* 355, 356 (1994).

¹¹⁹ CLEARY, *supra* nota 1098 en p. 302.

Sin embargo aunque el contenido del concepto de alteración de orden público se ha ampliado, lo que realmente debería decidir la sociedad —y no los tribunales— es qué actividades se considerarán legal y socialmente necesarias y, por lo tanto, qué costes va a soportar el conjunto de la sociedad y cuáles se considerarán alteraciones del orden público y serán internalizadas por los diferentes agentes participantes en el sector, en lugar de hacer responder a los participantes de un sector lícito e intensamente regulado por los costes derivados de la comercialización de sus productos.

4.4. ¿Es éste simplemente un mecanismo para superar los escollos presentados por la estructura de la responsabilidad por producto y la responsabilidad por culpa?

Los casos de armas de fuego como el analizado en este artículo no constituyen alteraciones del orden público¹²⁰ puesto que no presentan los elementos de este *tort*. La alteración del orden público no se fundamenta en la culpa o en la responsabilidad objetiva ya que no importa que la conducta del causante sea ilícita o dañina, basta con que infrinja un derecho público¹²¹. Sin embargo, el problema es determinar qué derechos públicos pueden infringirse por las armas de fuego en una sociedad en la que las armas son lícitas.

Entender que los costes derivados de un sector que participa en el mercado lícitamente constituyen alteraciones del orden público, no sería apropiado ya que estas demandas regularían y alterarían de forma implícita el comportamiento de algunas industrias¹²², a la vez que los tribunales no son la instancia adecuada para adoptar tales decisiones.

La mayoría de demandantes en la litigación por armas buscan condenar a los fabricantes, distribuidores y vendedores de armas a satisfacer una indemnización por los daños causados por sus productos. No obstante, estas demandas deberían articularse según el derecho de responsabilidad por producto. Es importante señalar que cuando se empezó a ultimar la doctrina de la alteración del orden público, los actores que habían interpuesto demandas fundada en la culpa o en la responsabilidad por producto añadieron nuevos fundamentos jurídicos a sus reclamaciones basados en la alteración del orden público, no porque fuera la base jurídica adecuada de su reclamación sino porque era una alternativa por si se desestimaban las pretensiones basadas en la negligencia o en el régimen de productos defectuosos.

Dado el débil marco legal¹²³ en el que se fundamenta la litigación por daños causados por armas de fuego, es importante que los tribunales consideren que la doctrina de la alteración del orden público no se ajusta a estos casos. No entenderlo así crearía incertidumbre social y económica en la industria de las armas de fuego y en otras —automovilística, *fast-food*, etc.— que se sentirían amenazadas por la responsabilidad potencial a la que podrían estar sujetas conforme a la

¹²⁰ HANDLER & ERWAY, *supra* nota 71 en p. 491.

¹²¹ KAIRYS, *supra* nota 105 en p. 1178.

¹²² HANDLER & ERWAY, *supra* nota 71 en p. 490.

¹²³ Las teorías de responsabilidad por producto y negligencia no cubren los supuestos de utilización de armas y la doctrina de la alteración del orden público no debería poder utilizarse.

doctrina de la alteración del orden público. Estas industrias comercializan legalmente sus productos. No obstante, los automóviles o la comida rápida son productos que también pueden causar daños a los individuos como accidentes de tráfico, lesiones personales, muertes, contaminación, etc. o problemas sanitarios como colesterol o alta presión sanguínea, etc. Si las armas de fuego se consideraran productos que alteran el orden público, la industria de las armas de fuego debería internalizar estos costes y repercutirlos en el precio de sus productos. Sin embargo, sería muy difícil –sino imposible– aplicar esta doctrina solamente al sector de las armas de fuego excluyendo otras industrias cuyos productos también pueden causar daños a los consumidores y provocan también que los municipios incurrieran en mayores costes. Por ello, no es deseable para la economía ni para la sociedad en su conjunto la incertidumbre generada por la responsabilidad potencial derivada de la *public nuisance* a las industrias cuyos productos legalmente comercializados causan daños a individuos y provocan gastos para los municipios.

Con todo, ello no significa que la industria de las armas no deba estar sujeta a responsabilidad – como ha estado hasta ahora. El uso de armas de fuego es un problema público en Estados Unidos que debería preocupar no sólo por los costes económicos que implica para la sociedad sino también por el conjunto de lesiones y muertes de los individuos.

El debate social en los EE.UU. sobre los índices de delincuencia debería separar dos temas diferentes: primero, la decisión sobre hacer responder a los fabricantes de armas cuando sus productos se comercializan en un mercado ilegal como es el de potenciales criminales; y, segundo, la determinación del marco legal conforme al cual hacer responder a la industria de las armas¹²⁴. A fecha de hoy, en el contexto de la litigación por armas ambas cuestiones parecen mezclarse; una cosa es considerar que la industria de las armas deba responder y otra es determinar bajo que base jurídica deba hacerlo. Desde una perspectiva jurídica, no es sensato utilizar o ampliar categorías de daños existentes para hacer responder a los fabricantes de armas cuando su comportamiento no encaja en ninguna conducta causante de daños prevista y sujeta a

¹²⁴ El análisis sobre el tipo de regulación que debería adoptarse para disminuir los índices de criminalidad en Estados Unidos queda fuera del ámbito de este trabajo. No obstante, resulta interesante examinar qué efecto tiene sobre la criminalidad una mayor o menor regulación de las armas. Por lo general, se considera que una regulación mayor de las armas reduciría los índices de delincuencia ya que las personas tendrían más dificultades para adquirir una pistola. Sin embargo, algunos autores han sugerido lo contrario. Por ejemplo, los profesores Lott y Landes (véase John R. LOTT y William M. LANDES, *Multiple victim public shootings, bombings, and right-to-carry concealed handgun laws: contrasting private and public law enforcement*, John M. Olin Law & Economics Working Paper no. 73, 1999) sugirieron que permitir una reducción de las leyes sobre registro de armas de fuego podía reducir, por ejemplo, la incidencia de tiroteos en lugares públicos. La idea que subyace a la propuesta es que cuando un delincuente piensa en disparar en un espacio público puede ser disuadido si conoce la posibilidad de encontrarse con una víctima potencial que esté armada. Esta conclusión deriva del modelo económico de delito que predice que en el caso de que se permitieran armas de fuego no registradas, aumentaría el coste potencial para el autor del delito y disminuiría el valor esperado de su conducta. Aunque no todos los delincuentes potenciales alterarían su comportamiento, se disuadiría a algunos individuos de realizar un tiroteo ya que los cambios en los costes y beneficios resultantes de su acción serían suficientemente grandes para hacer que el resultado neto de actuar fuera negativo. La magnitud de este efecto disuasorio dependerá de cuantos individuos estén en el margen de forma que permitir pistolas sin registrar modifique el beneficio neto de sus acciones de positivo a negativo. Así, de acuerdo con este modelo económico, el uso de armas sin registrar reduciría el número de tiroteos en masa y el grado de daños por tiroteo.

responsabilidad¹²⁵, puesto que con ello se aplican inadecuada y discrecionalmente los instrumentos jurídicos existentes.

5. Conclusión

La alteración del orden público es la vía proporcionada por el derecho civil a las autoridades del poder ejecutivo para obtener el cese inmediato y la reparación de las consecuencias de un comportamiento peligroso para la ciudadanía¹²⁶. Sin embargo, los municipios intentan conseguir resultados tanto a nivel regulatorio como tributario mediante la litigación en lugar de usar las vías legislativas¹²⁷.

La Constitución de los EE.UU. establece un principio de separación de poderes encarnado por el poder legislativo, encargado de decidir si determinadas actividades crean demasiado peligro para los ciudadanos, el poder ejecutivo, que debe decidir si la conducta de alguien en su jurisdicción altera o contribuye a alterar el orden público y, finalmente, el judicial. Aunque algunas víctimas pretendan obligar a la industria de las armas de fuego a modificar su comportamiento mediante estas demandas¹²⁸, no es la función de los tribunales, sino la del legislador, determinar qué tipo de productos deben comercializarse, qué clase de conductas son negligentes o contrarias al orden público, controlar el presupuesto público¹²⁹ y decidir en qué gastar el dinero recaudado mediante los impuestos.

Jueces y tribunales no están indicados ni cualificados para llevar a cabo este tipo de análisis e, incluso en el caso que lo estuvieran, su función no es determinar si un producto es inherentemente peligroso y, por lo tanto, no debe de ser comercializado; o si, a pesar de tratarse de un producto peligroso, debe comercializarse pero solamente por agentes que internalizan los costes de los daños causados por éste. Es responsabilidad del legislador determinar la regulación del comercio y, por tanto, elaborar normas sobre armas de fuego¹³⁰. Por su lado, los tribunales deben interpretar esta regulación y asegurar el respeto del orden constitucional¹³¹.

¹²⁵ Para una opinión contraria y una defensa de la utilización de la responsabilidad objetiva de los fabricantes de armas, véase Paul R. BONNEY, *Strict Liability for Handgun Manufacturers*, 1985, en *ECONOMIC ANALYSIS OF TORT AND PRODUCTS LIABILITY LAW*, 221-247 (Jenny B. Wahl ed. Garland Publishing, Inc., 1998).

¹²⁶ KAIRYS, *supra* nota 105 en p. 1176.

¹²⁷ HANDLER & ERWAY, *supra* nota 71 en p. 490.

¹²⁸ *Developments in the Law - The Paths of Civil Litigation II. The Use of the Public Nuisance Tort Against the Handgun Industry*, 113 *Harv. L. Rev.* 1759, 1769 (2000).

¹²⁹ *Id.* en p. 490.

¹³⁰ KROMKE, *supra* nota 45 en p. 853.

¹³¹ *Id.* en 851. Aunque esta idea escapa al objeto de este trabajo, cabe mencionar que además del problema de la distribución horizontal de competencias entre los poderes judicial, legislativo y ejecutivo, existe otra tensión relativa a la distribución vertical de poderes entre autoridades municipales, estatales y federales. La distribución de los costes sociales provocados por la industria de las armas de fuego es asimétrica puesto que las áreas rurales están menos afectadas por la delincuencia que las áreas urbanas. Las ciudades soportan desproporcionadamente los costes de la utilización ilegal de armas y los senadores de estados rurales bloquean de ordinario la legislación sobre control de armas ya que no deben afrontar el horror de las autoridades de estados urbanos. Esta podría ser la razón por la que los alcaldes de ciudades en las que la delincuencia con armas de fuego representa un problema acuden a los tribunales como válvula de seguridad democrática.

Ello no significa que un ente público no pueda hacer uso del *tort* de la alteración del orden público¹³². La industria de las armas de fuego provoca unos gastos de recursos públicos que podrían destinarse a servicios socialmente necesarios como la sanidad o la educación. Sin embargo, desde el punto de vista jurídico, no es correcto utilizar instrumentos jurídicos en contextos en los que éstos no son aplicables. El hecho de que el comportamiento de la industria de las armas en Estados Unidos no constituya una alteración del orden público y que, en efecto, los municipios no puedan resarcirse de los costes provocados por el uso delictivo de armas de fuego no significa que los índices de delincuencia, el uso de armas de fuego por niños y la posibilidad de mejorar la seguridad de las armas y del mercado no deban ser una preocupación pública. Lo que es importante es abrir un debate público sobre estos temas y establecer las bases jurídicas conforme a las cuales articular las reclamaciones.

En suma, estos nuevos procedimientos jurídicos solamente desplazan al derecho privado hacia el derecho público, despreocupándose por las cuestiones jurídicas y centrándose en el drama social¹³³.

¹³² HANDLER & ERWAY, *supra* nota 71 en p. 491.

¹³³ Schwartz, *supra* nota 18 en p. 756.