

APA: Pérez, A. (2020). Elementos del derecho de la responsabilidad civil en Estados Unidos de Norteamérica: propiedad, internet y privacidad. En O. Woolcot & D. F. Monje-Mayorca (Eds.). *Vicisitudes del derecho a la privacidad (privacy). Cuestiones sobre el tratamiento de datos personales y la responsabilidad civil* (pp. 161-202). Editorial Universidad Católica de Colombia. <https://doi.org/10.14718/9789585133273.2020.7>

Chicago: Pérez, Antonio "Elementos del derecho de la responsabilidad civil en Estados Unidos de Norteamérica: propiedad, internet y privacidad". En *Vicisitudes del derecho a la privacidad (privacy). Cuestiones sobre el tratamiento de datos personales y la responsabilidad civil* editado por Olenka Woolcott Oyague y Diego Fernando Monje Mayorca, 161-202. Bogotá: Editorial Universidad Católica de Colombia. doi: 10.14718/9789585133273.2020.7

## ELEMENTOS DEL DERECHO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA: PROPIEDAD, INTERNET Y PRIVACIDAD

Antonio Pérez\*

7

### Preliminares

Para un abogado formado en la tradición de derecho civil típica de los países que se inspiran legalmente en los Códigos francés y alemán del siglo XIX, en el Código del emperador Justiniano y, en última instancia, en *Lex Aquilia romano*,<sup>347</sup> el razonamiento del derecho consuetudinario debe lucir opaco e indeterminado. Parece carecer del rigor intelectual y la claridad requerida por la regularidad procesal. Ofende al derecho que todas las personas deben tener para saber y poder confiar en la ley, que es el principio básico de la justicia sustantiva en todos los sistemas legales. De hecho, un interrogador en la conferencia en la que se presentó una versión mucho más breve de este ensayo sugirió exactamente esta preocupación. Pero, como espero mostrar, la evolución de la ley de daños en los Estados Unidos, llamada ley de responsabilidad extracontractual en los sistemas

\* Profesor de Derecho, en The Columbus School of Law, de la Universidad Católica de América. El autor agradece a Christina Hip-Flores, estudiante de tercer año de Derecho de la misma facultad, por su asistencia en edición. A menos que se señale lo contrario, todas las traducciones de textos son propias del autor.

<sup>347</sup> Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Kenwyn: Juta, 1996), 10-25.

de derecho civil,<sup>348</sup> refleja tanto el rigor intelectual como la regularidad procesal y la justicia sustantiva. Se distingue del derecho civil solo en que el proceso y la fuente de la autoridad legal son diferentes, pero la convicción en la calidad y la eficacia de la ley de responsabilidad civil de los Estados Unidos proviene solo de una perspectiva histórica que revela la calidad dinámica del proceso de ley común y el contexto más amplio en el que se encuentra.

Este ensayo comienza en la Parte I con una discusión de las características del proceso de ley común en los Estados Unidos que permite a los tribunales estatales responder al cambio social, a la luz de los principios fundamentales de la regularidad procesal y la justicia sustantiva que animan el sistema legal de los Estados Unidos en su conjunto. El punto crítico aquí es que la diversidad y el dinamismo de la ley de responsabilidad civil de ese país reflejan el sistema constitucional federal general, que facilita la respuesta adaptativa a las circunstancias cambiantes. El derecho consuetudinario que surge de los tribunales estatales, en cierto sentido, emerge de un enfoque descentralizado, inductivo y experimental de la decisión autoritaria. El contenido de la ley de responsabilidad civil de los Estados Unidos no puede entenderse fuera de este contexto de toma de decisiones autorizada.

La Parte II de este ensayo examina el rango de puntos de vista dentro de la doctrina actual sobre los elementos clave de la ley de responsabilidad civil en diversos estados de los Estados Unidos. La idea de esta sección es que, dado que la ley de agravios refleja valores y perspectivas en competencia a la luz de la experiencia y los valores locales, la existencia de varios enfoques de derecho común para diferentes problemas de agravios es una característica esencial y valiosa del sistema federal de los Estados Unidos.

Para finalizar, la Parte III proporciona dos ejemplos actuales importantes de la evolución en curso de la ley de responsabilidad civil de los Estados Unidos:

<sup>348</sup> Olenka Woolcott, *La responsabilidad del productor: estudio comparativo del modelo estadounidense y el régimen de la comunidad europea* (Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003), 13.

Para el derecho romano, Zimmerman identifica una distinción cuádruple: contractual, cuasicontractual, delictual y cuasidelictual; los dos últimos son relevantes para este ensayo, ya que comprenden la responsabilidad basada en la culpa, también conocida como negligencia, y la responsabilidad sin culpa, también conocida como responsabilidad estricta. Zimmermann, *The Law*, 15-18.

Para los civiles modernos, la distinción entre los dos restantes se expresa a menudo como la diferencia entre responsabilidad subjetiva y objetiva.

uno muestra la capacidad del sistema para avanzar de manera incremental en el ámbito estatal y, el otro, demuestra la capacidad del proceso político nacional para proporcionar uniformidad nacional rápidamente, en respuesta a un veloz cambio tecnológico o cultural inesperado, en especial cuando están implicados los valores públicos, en lugar de las relaciones meramente privadas.

El primer estudio sobre cómo la ley de responsabilidad por productos evolucionó casi en exclusiva mediante desarrollos judiciales que mediaron perspectivas competitivas en derecho privado, en respuesta a cambios graduales en las circunstancias. El proceso de esa evolución por medio de la extensión y el estrechamiento de los precedentes ofrecen un ejemplo revelador de la naturaleza intrínsecamente dinámica del razonamiento de ley común, con una aplicación práctica de la doctrina del precedente.

Específicamente, la doctrina del precedente reconoce que no hay dos casos idénticos. Por lo tanto, la cuestión de si una decisión anterior realmente sirve como un precedente para los casos posteriores depende de las razones ofrecidas en ese caso anterior, su aplicabilidad a un nuevo conjunto de hechos y el grado de generalidad en el que se exponen los hechos de la decisión anterior —grados más altos de generalidad conducen a una interpretación amplia del precedente y, a la inversa, grados más bajos de generalidad limitan su aplicabilidad a casos con factiespecies muy parecidas—. De hecho, la fuerza de la razón o las razones de un precedente, en línea con la antigua máxima romana *cessante ratione legis, cessat lex ipsa* (donde la razón de una ley termina, la ley misma termina),<sup>349</sup> en la práctica, puede determinar el grado en que los jueces expanden o contraen un precedente según su grado de generalidad para describir los hechos de esa decisión previa en los casos, por lo que es aplicable o distinguible de los hechos del caso en cuestión.<sup>350</sup>

<sup>349</sup> Jonathan Law, “*Cessante ratione legis, cessat lex ipsa*” <http://www.oxfordreference.com/view/10.1093/oia/authority.20110803095559947> (acceso mayo 20, 2020).

<sup>350</sup> Una reseña moderna dirigida a estudiantes de derecho de primer año. Steven Burton, *An Introduction to Law and Legal Reasoning*, 3a ed. (Nueva York: Aspen Publishers, 2007), 11.

Desde el punto de vista de un profesor de derecho y uno de los principales expertos en reforma legal de su generación, Karl Llewellyn, *The Bramble Bush: On Our Study of the Law* (Nueva York: Oxford University Press, 2008).

Y de un magistrado juez responsable de gran parte de la evolución del derecho común en el primer tercio del siglo XX, finalmente designado para el Corte Suprema de los Estados Unidos, Benjamin Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (Yale: Yale University Press, 1921).

Como lo mostrará el estudio de caso, la evolución continua de la doctrina de la responsabilidad de los productos, por los métodos del derecho común, refleja el desarrollo gradual de los hechos subyacentes que afectan el bienestar de los consumidores y productores, la diversidad contextual de esos patrones de hechos y la fuerza relativa de las políticas y los principios implicados en esas circunstancias cambiantes y diversas.

El segundo estudio, la ley de difamación aplicada a los proveedores de servicios de Internet, podría describirse, en términos generales, como una corrección legislativa explícita de las doctrinas creadas judicialmente que aplican las normas constitucionales como derecho público a un área de actividad social sin precedentes: la amenaza de la ley de la difamación se planteó ante el surgimiento de Internet como una autopista nacional para el comercio y la comunicación. En consecuencia, la capacidad de adjudicación del derecho consuetudinario de los estados de los Estados Unidos para perseguir la lógica interna del desarrollo doctrinal a la luz de los hechos que cambian gradualmente no parecía adecuada para la tarea de regular un cambio crítico y rápido en la economía y la cultura de la Nación. En este caso, el proceso político de los Estados Unidos pareció exigir una pronta intervención nacional por parte de la Corte Suprema o la legislatura nacional, aunque de una manera limitada, que dejaba espacio para medidas correctivas adicionales en tanto se dispusiera de nueva información. Al mismo tiempo, este estudio de caso revela la dificultad de ajustar la ley de estatutos a los cambios posteriores a medida que se desarrollan los intereses creados para mantener las soluciones estatutarias,<sup>351</sup> lo que sugiere una ventaja del derecho común sobre las rígidas soluciones estatutarias.

Este hallazgo aconseja precaución a la hora de responder con disposiciones legislativas o reglamentarias ante la amenaza emergente de Internet para la protección de la privacidad personal, ya que estas curas de la amenaza a la privacidad por parte de Internet también pueden resultar peores que la enfermedad y podrían

<sup>351</sup> Olson ofrece un texto fundamental para el estudio del "fracaso del mercado" político conocido como "teoría de la elección pública", la cual argumenta que los grupos de productores que involucran números relativamente bajos con preferencias intensas son más capaces y están más dispuestos a participar en el proceso político que un número relativamente grande de consumidores cuyas preferencias son más difusas, lo que les otorga mayores costos de transacción y menos interés en negociar en el proceso político; esto, a su vez, da como resultado una legislación que prefiere los intereses de los grupos de productores a los de los consumidores. Mancur Olson, *The Logic of Collective Action: Public Goods and the Theory of Groups* (Harvard, Harvard University Press, 1965), 132-167.

remediarse de manera más efectiva, sin consecuencias irremediables no intencionadas, con enfoques incrementales que son posibles gracias al derecho común.

En resumen, ambos caminos hacia la creación de leyes en los Estados Unidos evidencian una orientación pragmática, característica de la cultura nacional en la que la verdad es parcial, la teoría se valora solo como un medio para practicar y los hechos dominan el análisis legal.<sup>352</sup> La descripción de la Parte II prefigura los estudios de casos de la Parte III, ya que la Parte II destaca las formas en que las ramas del derecho de daños de los Estados Unidos han surgido tras un proceso en el que los fundamentos de las ciencias sociales y las humanidades influyen en la aplicación de lo que parecen ser normas legales, principios y políticas establecidos.

Mucho de este ensayo, me temo, para el estudiante y el practicante de la ley civil, parecerá la historia de la cocina de un anciano. El viejo sabe dónde se guarda todo para recuperar rápidamente todo lo que necesita para hacer una comida maravillosa. De hecho, el extraño puede incluso sentirse satisfecho con los resultados, al darse cuenta de que sabe muy bien a la comida que encuentra habitual en su propia cocina, pero el extraño que entra en la cocina está completamente perdido, incluso, desconcertado, por el aparente desorden y no puede imaginarse cocinando en esa cocina. Entonces, con esa advertencia, este ensayo comienza con una descripción preliminar, aunque incompleta, del sistema constitucional federal en el que coexisten el derecho común de los estados y la intervención federal.

### **El proceso del common law y la autoridad federal un contexto constitucional federal**

Uno no puede entender la ley de responsabilidad civil de los Estados Unidos sin comprender su contexto histórico en el sistema de ley común anglosajona. Como escribió el famoso juez de la Corte Suprema de Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes, “una página de la historia vale lo mismo que un volumen de

<sup>352</sup> Juez Oliver Wendell Holmes, disidente, “Las proposiciones generales no resuelven casos concretos”. Puede verse Edward White, *Justice Oliver Wendell Holmes: Law and the Inner Self* (Oxford: Oxford University Press, 1993), 364-369 (biografía principal de Holmes). Ver también Louis Menand, *The Metaphysical Club* (Washington: Farrar Straus & Giroux, 2001), el papel de Holmes en el surgimiento del pragmatismo estadounidense. Corte Suprema de Estados Unidos, *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

lógica”.<sup>353</sup> Por lo tanto, el origen del derecho consuetudinario como un sistema de pensamiento y práctica es fundamental para comprender el derecho de daños y perjuicios de los Estados Unidos. Esa historia involucró un proceso muy similar al sistema de formularios de la antigua República romana, en el cual el *praetor* elegido anualmente ejercería el poder legislativo mediante el edicto anual *praetoriano* para establecer los requisitos formales para que un juez otorgue un remedio a un litigante.<sup>354</sup> De manera similar, el sistema judicial basado en escrituras de ley común surgió como un medio por el cual la autoridad real delegó la autoridad de otorgamiento de remedio a los jueces de ley común de modo particular y limitado.<sup>355</sup> Estas fórmulas del sistema anglosajón, al menos las formas relevantes a la ley de agravios, fueron los autos de “trespass” y “trespass on the case”. El primero se refiere al cruce de un límite que protege a una persona o la propiedad de esa persona de la invasión física; el último alude a una indagación más particularizada sobre los elementos fácticos precisos que permitieron la atribución de responsabilidad a un actor por una lesión a la persona o propiedad de otro. Mientras que “trespass” involucró la causalidad directa del cruce de un límite a una persona o propiedad, la “trespass on the case” introdujo la causación indirecta. Si bien sigue siendo un tema de debate histórico, se piensa que mientras que el “trespass” dio lugar a los agravios intencionales, el traspaso al caso o “trespass on the case” dio lugar a negligencia o responsabilidad basada en fallas por actos u omisiones.<sup>356</sup> Por medio de un proceso de elaboración razonada muy similar a la casuística medieval, y en la famosa opinión del juez inglés Blackstone sobre la ley natural y la razón práctica,<sup>357</sup> los jueces ingleses extendieron estos

<sup>353</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, *New York Trust Co. v. Eisner*, 256 U.S. 345 (1921). Puede verse en Haig Bosmajian, “Is a Page of History is Worth a Volume of Logic?”, *Journal of Church and State* 38, núm. 2 (Spring 1996): 397.

<sup>354</sup> Nicholas Barry, *An Introduction to Roman Law* (Oxford: Oxford University Press, 1969), 3-14. Reproducido en John Henry Merryman, David Clark y John Haley, *The Civil Law Tradition: Europe, Latin America and East Asia* (Charlottesville: Nexis, 2000), 221-222.

<sup>355</sup> Para describir los escritos como delegación real a los jueces como administradores de justicia: J. Hamilton Baker, *An Introduction to English Legal History* (Oxford: Butterworths, 1979), 14-15 y 53-54.

<sup>356</sup> Donde se describe la evolución y los términos del debate histórico: Richard Epstein, *Cases Materials on Torts*, 9a ed. (Aspen: Aspen Publishers, 2008), 12-15.

<sup>357</sup> “Esta ley de la naturaleza, co-evaluada con la humanidad y dictada por Dios mismo, es por supuesto superior en obligación a cualquier otra. Es vinculante para todo el mundo, para todos los países y en todo momento: ninguna ley humana tiene validez si es contraria a esta y aquellas que son válidas derivan toda su fuerza

recursos a nuevas formas de acción, que se recibieron como parte del derecho común de los estados de Estados Unidos según determinaciones estatutarias o constitucionales de los estados individuales, a veces sujetos al requisito de un mayor control legislativo.<sup>358</sup> Sin embargo, incluso los estados que limitaron expresamente la delegación del derecho consuetudinario a sus tribunales entendieron la supervisión y el control continuos, por parte de la legislatura, de la adjudicación del derecho consuetudinario no para prohibir, sino más bien para autorizar la evolución continuada del derecho consuetudinario de los recursos en inglés en varias nuevas formas de acción para proteger una gama cada vez mayor de intereses en persona y propiedad.<sup>359</sup>

En esta etapa temprana en la historia de los Estados Unidos, los estados eran independientes entre sí.<sup>360</sup> Hasta bien entrado el siglo XX, la intervención del Legislativo federal en los asuntos estatales internos se limitaba a casos claros de obstrucción estatal del comercio interestatal y extranjero regulado por el Gobierno federal.<sup>361</sup> Sin embargo, la Corte Suprema —en casos en los que su jurisdicción se basó en la diversidad de la ciudadanía estatal de las partes en la disputa, establecida en virtud de la Constitución Federal para proporcionar un foro neutral para las controversias cuando un foro estatal pudiera estar sesgado a favor de sus

---

y toda su autoridad, mediata o inmediatamente, de esta original" (traducción propia). William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (Chicago: University of Chicago Press, 1979), 41.

<sup>358</sup> La Constitución de Nueva York, de 1777, por ejemplo, establece que: "[...] las partes del derecho consuetudinario de Inglaterra, y de la ley de estatutos de Inglaterra y Gran Bretaña, y de los actos de la legislatura de la colonia de Nueva York, como juntos formaron la ley de dicha colonia el 19 de abril en el año de Nuestro Señor, mil setecientos setenta y cinco, será y continuará la ley de este estado, sujeto a las alteraciones y disposiciones que la legislatura de este Estado, de vez en cuando, haga sobre el mismo". Yale Law School, Lillian Goldman Law Library, The Avalon Project Documents in Law, History and Diplomacy, "The Constitution of New York: April 20, 1777", [http://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/ny01.asp](http://avalon.law.yale.edu/18th_century/ny01.asp) (acceso mayo 20, 2020).

<sup>359</sup> Epstein y Sharkey narran la aparición, en el siglo XIX, de los agravios tradicionales: agresión (battery), asalto, encarcelamiento falso, traspaso de tierras, traspaso de bienes muebles, y apropiación ilícita. El agravio de negligencia aparece a mediados del siglo XIX. Por último, aparecen varias formas específicas de responsabilidad estricta en el siglo XX, así como el agravio de la imposición intencional de angustia emocional. Epstein y Sharkey, *Cases and Materials on Torts*, 11a ed. (Nueva York: Wolters Kluwer, 2016), 6-13, 65-66, 137-139; Epstein, *Cases*, 4-100.

<sup>360</sup> Para describir los estados como partes independientes de una confederación: David Hendrickson, *Peace Pact: The Lost World of the American Founding* (Kansas: University Press of Kansas, 2003), 242-248.

<sup>361</sup> Para analizar las leyes federales, limitadas para regular el comercio, y las determinaciones de la Corte Suprema que invalidan la ley estatal como violaciones del llamado *ex proprio vigore* o efectos "latentes" de la autoridad federal para regular el comercio interestatal: Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and Policies*, 2a ed. (Nueva York: Aspen Law & Business, 2002), 242-243 y 406-409.

ciudadanos—<sup>362</sup> conformó un nuevo cuerpo de derecho común federal, primero en el caso de *Swift v. Tyson*, que inicialmente incluía solo una especie de derecho comercial interestatal derivado del derecho comercial internacional<sup>363</sup> y sentó las bases para una ley general federal común.

En algunos aspectos, la formulación inicial de la doctrina de *Swift v. Tyson* no fue un desarrollo sorprendente desde el punto de vista del derecho internacional privado, ya que el derecho mercantil británico había hecho un movimiento similar, basando en la *lex mercatoria* internacional, en el trabajo del juez Mansfield, como parte del proceso ordinario de búsqueda de leyes de la ley común inglesa.<sup>364</sup> En el contexto del sistema constitucional de los Estados Unidos, con el tiempo, la propuesta se hizo insostenible por dos razones centrales: primero, la concepción positivista y pragmática de la jurisprudencia del juez Holmes acerca de que toda ley, incluso aquella hecha por un juez, era hecha por el hombre que servía a políticas sociales particulares, obtuvo adeptos en la Corte Suprema,<sup>365</sup> en especial el juez Louis Brandeis, cuya experiencia formativa fue como asesor político del presidente Woodrow Wilson.<sup>366</sup> Segundo, al disentir de opiniones en casos no relacionados con la doctrina de *Swift v. Tyson*, Brandeis articuló una concepción del papel de los estados como los llamados “laboratorios de democracia”, en los cuales los estados serían libres de experimentar en la creación de las políticas sociales, de manera que la federación en su conjunto pudiera aprender de la experiencia práctica que sería el fruto de tal experimentación.<sup>367</sup>

<sup>362</sup> Estados Unidos de America, *Constitución Política* (Convención de Filadelfia, 21 de junio de 1788), art. III, párr. 2, cl. 1.

<sup>363</sup> Se decide que el titular de un instrumento negociable aceptado en Nueva York por un comprador de buena fe, sin aviso de defecto, tiene un buen título basado en principios generales del derecho mercantil, a pesar de cualquier ley estatal común en contra. Corte Suprema de Estados Unidos, *Swift v. Tyson*, 41 U.S. 16 Pet. 1 1 (1842).

<sup>364</sup> Para analizar el esfuerzo de Mansfield para recurrir a fuentes continentales para descubrir “principios generales conocidos por toda la humanidad”: John Hamilton Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4a ed. (Oxford: Oxford University Press, 2000), 350-352.

<sup>365</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, *Black & White Cab v. Black & Yellow Cab*, 276 U.S. 518 (1928).

<sup>366</sup> Respecto al papel de Brandeis como asesor de Wilson en la creación de la Comisión Federal de Comercio, , entre otras cosas: John Milton Cooper, *Woodrow Wilson: A Biography* (Nueva York: Vintage Books 2011), 232-235.

<sup>367</sup> El juez Brandeis escribió: “Un estado puede, si sus ciudadanos lo eligen, servir como un laboratorio; y tratar una novedad social y económica [...] debe haber poder en los Estados y en la nación para moldear, a través de la experimentación, nuestras prácticas económicas e instituciones para satisfacer las necesidades sociales y económicas cambiantes” (traducción propia). Corte Suprema de Estados Unidos, *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262 (1932).

En la decisión histórica de *Erie Railroad v. Tompkins*, la Corte Suprema determinó que la ley estatal de responsabilidad extracontractual proporcionaría la regla de decisión judicial, incluso en un caso federal basado en la jurisdicción de la diversidad, donde ningún estatuto federal ni una regla constitucional reemplazara la ley estatal.<sup>368</sup> Además, esta opinión concordaba con la asignación constitucional de autoridad de larga data entre los estados y la federación, en la cual todas las facultades no delegadas por el pueblo al Gobierno federal estaban reservadas a los estados.<sup>369</sup> Estas llamadas “potencias policiales” incluían la capacidad de regular las facultades básicas del derecho consuetudinario estatal para promulgar y desarrollar reglas que rigen la propiedad, el contrato y el agravio.<sup>370</sup> En otras palabras, los tribunales estatales estaban dotados, aun en los tribunales federales, para proporcionar reglas de decisión, incentivando así a los estados a continuar el proceso bajo su ley común de diseñar el derecho de daños y perjuicios para servir sus propios intereses y concepciones de la justicia. Esta restauración de la autoridad estatal, en el siglo posterior a la decisión de *Erie Railroad v. Tompkins*, ha dado lugar a una enorme diversidad en la ley de agravios del estado, como se intentará demostrar en la Parte II.

## El derecho de la responsabilidad civil de los Estados Unidos: sus fuentes, reglas, principios y políticas

A diferencia de una jurisdicción de derecho civil, donde la ley se encuentra en los códigos, la ley común se encuentra en la ley de decisión o en los precedentes de los tribunales del estado. Incluso los tribunales federales, cuando ejercen la

<sup>368</sup> El juez Brandeis citó la disidencia de Holmes en *Black & White Taxicab Co. v. Brown & Yellow Taxicab Co.*, 276 US 518, 532-36, 1928. Se basó en la opinión de Holmes acerca de que la doctrina de *Swift v. Tyson* se basa en la suposición de que existe un cuerpo de leyes trascendental, fuera de cualquier Estado particular, pero obligatorio dentro de él, a menos que se modifique por ley y acerca de que los tribunales federales tienen el poder de usar su juicio en cuanto a cuáles son las reglas de la ley común, y que, en los tribunales federales, las partes tienen derecho a un juicio independiente sobre asuntos de la ley general. Corte Suprema de Estados Unidos, *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

<sup>369</sup> Estados Unidos de América, *Constitución Política*, enmienda X.

<sup>370</sup> Se distingue entre lo que era “verdaderamente local” y, por lo tanto, requería un tratamiento diverso, como un requisito de la ley estatal para el uso de locales (pilotos de barcos entrenados en aguas estatales) de lo que era “verdaderamente nacional”. Corte Suprema de Estados Unidos, *Cooley v. Board of Wardens*, 53 U.S. 12 How. 299 299 (1851).

También se prohíbe que la federación cree una demanda federal por agravio por una agresión con motivos de género, como la violación. Corte Suprema de Estados Unidos, *United States v. Morrison*, 529 U.S. 598 (2000).

jurisdicción de diversidad, deben seguir los principios de elección de ley del estado particular en el que se encuentran, que a su vez seleccionará y aplicará la ley estatal que rige un caso de ley común.<sup>371</sup> No obstante, también toman prestado de la ley de otro estado cuando surge la llamada “autoridad persuasiva” especialmente bien razonada en otros estados. Entonces, ciertos precedentes (decisiones históricas de los tribunales estatales) forman las enseñanzas centrales de la ley de daños y perjuicios de los Estados Unidos, cuando se sigue el razonamiento de esos casos para alcanzar resultados en casos similares o relacionados. El estudio de estos puntos de referencia y los hábitos de razonamiento legal que se aplican para decidir casos o para articular nuevos puntos de referencia es la metodología de los estudiantes de Derecho estadounidenses. No es de sorprender, entonces, que sea también la metodología utilizada por los jueces en el sistema de derecho común para llegar a sus decisiones.

Los “casebooks”, que los profesores de Derecho de los Estados Unidos emplean para enseñar a sus estudiantes el razonamiento legal, se componen principalmente de eso: los casos. La crítica de los casos y la aplicación de su razonamiento a eventos superficialmente conflictivos y los sucesos hipotéticos planteados por los profesores, forman el método tradicional llamado “socrático” de la instrucción en la escuela de leyes.<sup>372</sup> En este modo de instrucción, las conclusiones son tentativas, la verdad es parcial y reina la duda, hasta que los hechos del siguiente caso ponen a prueba la aplicabilidad del razonamiento de un precedente.<sup>373</sup> Sin embargo, los libros de casos ahora incluyen cada vez más material sobre perspectivas científicas y filosóficas sociales que facilitan el examen de las decisiones mediante el prisma de las técnicas analíticas extraídas de la ley.

<sup>371</sup> Una corte federal con jurisdicción de diversidad debe elegir toda la ley del estado en el que se encuentra, incluso los principios de derecho privado internacional. Este es solo uno entre muchos ejemplos de la relevancia de las analogías del derecho internacional privado para el funcionamiento del sistema federal de Estados Unidos, dada la soberanía parcial de los estados en áreas de Gobierno fuera del poder federal. Corte Suprema de Estados Unidos, *Klaxon Co. v. Stentor Elec. Mfg. Co., Inc.*, 313 U.S. 487 (1941).

<sup>372</sup> Explicación del practicante de la escuela de derecho acerca del “método socrático” y cómo debe llevarse a cabo. Phillip Areeda, “The Socratic Method (SM) (Lecture at Puget Sound, 1/31/90)”, *Harvard Law Review* 109, núm. 5 (marzo 1996): 911, <https://www.jstor.org/stable/1342257>

<sup>373</sup> Un manual ejemplar para los estudiantes que ingresan en las escuelas de derecho de los Estados Unidos que, en efecto, sirve como una cartilla para la adjudicación del derecho común, sus premisas y métodos: Richard Michael Fischl y Jeremy Paul, *Getting to Maybe: How to Excel on Law School Exams* (Durham: Carolina Academic Press, 1999), xv.

El derecho de responsabilidad civil en la última generación es uno de los campos de la ley de los Estados Unidos que se ha visto más afectado por el giro a las ciencias sociales, en especial la economía y las humanidades.<sup>374</sup> Los casebooks modernos ahora incorporan dichos materiales, en particular el razonamiento económico para el derecho de daños, así como los materiales históricos y contextuales descritos en la Parte I de este ensayo, para resumir y criticar decisiones de gran importancia histórica.<sup>375</sup> La influencia de las ciencias sociales y las humanidades en la enseñanza de leyes en los Estados Unidos ha sido, por lo tanto, mayor en el área de la ley de agravios, lo que se suma a la diversidad y al carácter dinámico de ese cuerpo de leyes. Como dijo una vez el famoso economista británico lord Keynes: “Cuando cambian los hechos, cambio de opinión: ¿qué hace usted, señor?”.<sup>376</sup> En este contexto, no solo cambian los hechos, sino también la comprensión de los hechos, a la luz de las nuevas técnicas analíticas. Por eso, la comprensión de un estudiante de Derecho de los Estados Unidos de la ley de responsabilidad extracontractual suele estar ahora determinada por su encuentro con tales casebooks.

También se les pide a los estudiantes que consideren —en ocasiones, incluso que dominen— el producto del trabajo del American Law Institute (ALI),<sup>377</sup> que ha hecho un esfuerzo de un siglo de duración para “codificar” o “reformular” las áreas de la legislación de Estados Unidos y la ley común de daños y contratos, con el fin de facilitar su mejoramiento, armonización y desarrollo.<sup>378</sup>

<sup>374</sup> Puede verse la colección de artículos que evalúa casos históricos y principios de agravios fundamentales desde la perspectiva de las ciencias sociales y humanidades. Saul Levmore y Catherine Sharkey, *Foundations of Tort Law*, 2a ed. (Nueva Jersey: Lexis Nexis, 2009).

<sup>375</sup> Puede verse un libro de casos que incluye una extensa colección de materiales extraídos de la ley. Dennis Michael Millie Scott, *Casebook on torts*, 9a ed. (Aspen: Aspen Publishers, 2008).

<sup>376</sup> Goodreads, “John Maynard Keynes: Quotes”, <https://www.goodreads.com/quotes/353440-when-the-facts-change-i-changemy-mind---what> (acceso mayo 20, 2020).

<sup>377</sup> “El American Law Institute se fundó en 1923 a raíz de un estudio realizado por un grupo de destacados jueces estadounidenses, abogados y maestros conocidos como ‘El Comité para el Establecimiento de una Organización Permanente para la Mejora de la Ley’”. The American Law Institute, “About ALI”, <https://www.ali.org/about-ali/> (acceso mayo 20, 2020).

<sup>378</sup> “Las reformulaciones de la ley no deberían ser solo para ayudar a asegurar que sea incierto y para simplificar complejidades innecesarias, sino también para promover aquellos cambios que tenderán a adaptar mejor las leyes a las necesidades de la vida. Una reexpresión debe ser crítica y constructiva y, aunque se basa en gran medida en estatutos y decisiones, no debe limitarse a examinar y establecer la ley aplicable a aquellas situaciones que han sido objeto de una acción judicial o legal, también debe tener en cuenta las situaciones que aún no han sido discutidas por los tribunales o tratadas por las legislaturas” (traducción propia). The American Law Institute, “About ALI”.

Estos Restatements no son códigos verdaderos, ya que no tienen fuerza de ley, pero sí tienen autoridad persuasiva y los tribunales a veces pretenden adoptar sus principios. Sin embargo, debido a la primacía del precedente como fuente de la ley, junto con una devoción cada vez más limitada a los precedentes bajo el lente del análisis de las ciencias sociales, los esfuerzos para reafirmar la Ley de Torts han sido de utilidad delimitada.

Como lo mostrarán algunas de las discusiones sobre las doctrinas de responsabilidad extracontractual, la Ley de Contratos refleja más estabilidad y convergencia. Los estudiantes de Derecho luchan con las formulaciones variadas e inestables de la doctrina del agravio mucho más que con el conjunto de reglas más maduro y estable, que se encuentra en la ley de obligaciones contractuales. De hecho, el curso por excelencia para aprender los giros y las vueltas en la aplicación de la ley a los hechos, tal como se revela en la expresión de la cultura popular, ha sido la ley contractual.<sup>379</sup> Por lo tanto, la ley de responsabilidad extracontractual se carga o libera, según el punto de vista de uno, con mayor falta de confiabilidad y mayor adaptabilidad que muchos otros cuerpos de la ley de Estados Unidos.

Aun así, ciertas reglas y principios sustantivos pueden ser identificados. Al igual que la Galia de César, la ley fundamental de responsabilidad civil de Estados Unidos se divide ahora en tres clases:<sup>380</sup> la primera es un conjunto de agravios intencionales; la segunda es un concepto general y algo amorfo de negligencia o responsabilidad basada en fallas, y la tercera es una serie de categorías regidas por responsabilidad estricta u objetiva.

Con especial atención a los casos históricos examinados por los estudiantes de Derecho de los Estados Unidos, según lo informado por los conocimientos de las ciencias sociales y las humanidades, permítanme analizar cada uno de ellos. Pero primero, para prefigurar la Parte III de este ensayo, uno debería reconocer una serie de advertencias con respecto a cualquier intento de generalizar. La ley

<sup>379</sup> *The Paper Chase* es una película estadounidense que presenta los problemas de un estudiante de primer año de la Escuela de Derecho de Harvard y su tortuosa "relación" con su profesor de derecho contractual. 1973. "The Paper Chase", tráiler de película, 3:09, publicado por "IMDb", 16 de octubre de 1973, <https://www.imdb.com/title/tt0070509/>

<sup>380</sup> Julius Caesar, *Caesar's Commentaries on the War in Gaul*, Libro I (El Paso: Norte Press, 2005), 1. Julius Caesar, *Caesar's Commentaries on the War in Gaul*, Libro I, ed. James Ford, trad. W. A. MacDevitt (El Paso: Norte Press, 2005), 1.

federal interviene en diversas ocasiones, la más importante de las cuales es la protección constitucional de las limitaciones a la libertad de expresión y de prensa; impone las reclamaciones por lesiones que se derivan de la comunicación, como la difamación, algunas formas de infligir angustia emocional y ciertos modos de invasión de la privacidad. Además, muchas maneras de compensación basadas en agravios por lesiones han sido reemplazadas por sistemas administrativos, tanto bajo la ley estatal como federal. En la ley estatal, un buen ejemplo es la creación de alivio administrativo por lesiones a empleados; tales sistemas brindan menos compensación que lo que podría proporcionarse en virtud de la ley de daños y perjuicios de los Estados Unidos que, en cambio, no solo proporciona daños compensatorios, sino también punitivos, con una mayor certeza de la compensación y en menos tiempo que los caprichos del sistema de jurados de los Estados Unidos.<sup>381</sup> En el ámbito federal, ciertos regímenes estatutarios, como la Ley de competencia y prácticas comerciales desleales o las violaciones de la Ley de valores corporativos, proporcionan remedios muy parecidos a los delitos comunes que protegen a los consumidores, competidores o inversores de conductas dañinas o fraudulentas.<sup>382</sup>

### *Agravios intencionales*

Permítanme regresar ahora a los agravios intencionales, que se consideran las características más básicas del sistema y las primeras que los estudiantes descubren en la escuela de Derecho.<sup>383</sup> Incluso aquí se pronuncia la mutabilidad de los Restatements; para el primer Restatement del ALI, se definió la intención requerida para “battery” (agresión) como la intención de causar un contacto, mientras que el segundo Restatement sugirió que la intención debería incluir la intención de causar daño o, al menos, la certeza sustancial de daño; el tercer Restatement, más reciente, parece haberse retirado a la posición recomendada

<sup>381</sup> Por ejemplo, Kenneth Abraham, *The Forms and Functions of Tort Law*, 3a ed. (Nueva York: Foundation Press, 2007), 251-254.

<sup>382</sup> Por ejemplo, The Federal Trade Commission Act, 38 Stat. 7177, codificado como enmendado 15 USC Secciones 41-48. En este contexto, “codificado” no tiene nada que ver con un código de ley civil; más bien, denota la ubicación del estatuto y todas sus enmiendas en un volumen particular que contiene leyes en un tema general, sin pretensión de que su ubicación u organización en el libro de estatutos revele algo sobre su significado, 1914.

<sup>383</sup> Epstein, *Cases*, 3.

por el primer Restatement, ya que los tribunales ignoraron las advertencias del segundo Restatement.<sup>384</sup>

Aun así, un concepto clave de estabilización de la restricción permite la clasificación de los daños intencionales según la confiabilidad del interés subyacente que protege cada agravio. Por ejemplo, el agravio de la agresión (battery), que consiste en un contacto no permitido, protege el interés personal en la inviolabilidad física.<sup>385</sup> El “assault” (asalto), que consiste en la creación de una aprehensión de una agresión inminente, protege la tranquilidad de la amenaza de “battery”.<sup>386</sup> El “false imprisonment” (falso encarcelamiento) protege el interés de la libertad en cuanto a la libertad de movimiento.<sup>387</sup> No existe un concepto general de libertad protegida; más bien, hay intereses particulares en la libertad que están protegidos de la invasión privada. En otras palabras, la concepción del derecho consuetudinario de la libertad es una libertad “negativa”, en lugar de una concepción positiva.<sup>388</sup> Los delitos de intrusión contra bienes muebles e inmuebles protegen el interés de la propiedad en posesión exclusiva: una vez más, una concepción de la propiedad que se centra en la protección contra la invasión física.<sup>389</sup>

En el siglo pasado, en muchos estados la jurisprudencia del derecho consuetudinario ha extendido el concepto de “paz mental” protegida mediante el agravio de asalto a un agravio más generalizado de “infligir intencionalmente angustia emocional”. Uno de los elementos de este agravio es que la conducta involucrada debe ser depravada, o sea, que la única palabra adecuada para describirla sea “indignante”.

<sup>384</sup> Epstein, *Cases*, 4-12.

<sup>385</sup> Abraham, *The Forms*, 21-25; Epstein, *Cases*, 3-10.

<sup>386</sup> Abraham, *The Forms*, 28-29; Millie Scott, *Casebook*, 26-27.

<sup>387</sup> Abraham, *The Forms*, 28-29; Epstein, *Cases*, 85-93.

<sup>388</sup> Two Concepts of Liberty, ensayo seminal que describe dos concepciones de la libertad: una concepción “positiva”, con derechos a la asistencia estatal afirmativa, y otra concepción negativa que implica la libertad de la intervención estatal en la vida privada; Isaiah Berlin, “Two Concepts of Liberty” en *Four Essays On Liberty* (Oxford: Oxford University Press, 1969), 118-172; *The Proper Study of Mankind: An Anthology of Essays* (Nueva York: Farrar, Straus and Giroux, 1998), 194 y ss.

Basado en la concepción “negativa” de la libertad de agravio y sus implicaciones para la estructura de la libertad constitucional de Estados Unidos, explica por qué el derecho constitucional establece el derecho de resistir la medicación forzosa para continuar la vida. Epstein, *Cases*, 41.

<sup>389</sup> Abraham, *The Forms*, 36-37.

Para ser honesto, esto es lo máximo que se puede decir acerca de este agravio con algún grado de precisión, ya que requiere que el grupo de jurados, en última instancia, ejerza su discreción para informar al proceso legal, con el juicio de la comunidad local relevante, lo que constituye una conducta suficientemente “indignante” para garantizar la imposición de responsabilidad por el daño emocional sufrido por la víctima.<sup>390</sup> Este agravio revela algo más sobre el proceso de ley común. Surgió a medida que los desarrollos de la comprensión de la mente humana revelaron que las lesiones físicas o casi físicas, mediante “battery” y “assault,” podrían dar lugar a un daño emocional que, a su vez, podría manifestarse en consecuencias físicas. A medida que aumentó el conocimiento médico en el último siglo, esta comprensión más sofisticada de la causalidad en la relación entre la mente y el cuerpo finalmente se cristalizó en el reconocimiento de que algunos tipos de comportamiento podrían ser previsibles y estar directamente vinculados a efectos emocionales genuinos y perjudiciales.<sup>391</sup> El problema solamente tenía que ser entendido como uno de prueba y juicio comunitario sobre el tipo de comportamiento que se consideraría intolerable en una sociedad civilizada.

Del mismo modo, la protección de los derechos de propiedad está en el proceso de evolucionar para abarcar nuevas formas de propiedad. La conversión o el robo de bienes muebles tangibles consistía en el ejercicio del derecho de enajenar o vender bienes que no eran propios. Por razones históricas peculiares, se entendió que no se requería una demostración de intención de conversión, sino solo una intención de vender una propiedad que no es propia, incluso si uno estaba razonablemente equivocado sobre la verdadera propiedad del bien, lo que establece una forma de responsabilidad sin culpa.<sup>392</sup> Por lo tanto, fue una causa de acción de ley común de enorme importancia en la protección de los derechos de propiedad de bienes muebles.

Algunas decisiones recientes han discutido la posible extensión de este concepto a los derechos de propiedad intangibles y, en una aplicación novedosa,

<sup>390</sup> Proporciona un conjunto ilustrativo de ejemplos de determinaciones de jurado, como esfuerzos excesivos en la recaudación de facturas, mala conducta profesional y maltrato de cadáveres. Sin embargo, muchos de ellos implican responsabilidad contractual, cuasicontractual o precontractual, por medio de la expansión de las mismas formas de responsabilidad. Ver Epstein, *Cases*, 96-99.

<sup>391</sup> Extracto y discusión del principal caso inglés *Dulieu v. White & Sons* [1901], 2 KB 669 [1901], que lleva a resultados similares en los estados de los Estados Unidos. Epstein, *Cases*, 51-52.

<sup>392</sup> Epstein, *Cases*, 22-26.

incluso a los derechos de propiedad de los genes que, en casos que involucran investigación médica y experimentación, han demostrado ser de gran utilidad, con valor comercial enorme.<sup>393</sup>

De manera similar, la causa de acción de la “entrada ilegal a bienes inmuebles” podría extenderse al dominio no físico de Internet, donde los sitios específicos pueden tener tanto valor comercial hoy como la tierra en la Europa feudal en los días seminales de la formación del common law en Inglaterra.<sup>394</sup>

En resumen, el carácter dinámico y evolutivo del derecho consuetudinario en los estados de Estados Unidos no ha disminuido, ya que ahora se ha convertido en un concepto aplicable a contextos que requieren un conocimiento técnico experto en informática e infraestructura de Internet. Cuando la siguiente generación asuma posiciones de liderazgo en los tribunales y las legislaturas, lo que ahora parece una analogía tensa podrá percibirse como sentido común.

Esta característica dinámica de la incorporación del derecho consuetudinario de Estados Unidos a la ciencia social, en particular a la economía, se ha revelado incluso en la aplicación de las causas tradicionales de acción. Un ejemplo relevante es la ley de la “nuisance” (perjuicio), que consiste en una interferencia sustancial e ilícita en el uso y disfrute por parte de otra persona de sus bienes inmuebles. Esta causa de acción normalmente produce la emisión de una orden judicial que ordena la cesación de la interferencia.<sup>395</sup> La intención de este agravio de protección de la propiedad dependía del grado de la interferencia: las de bajo grado requerían malicia; las de medio, se basaban en la negligencia; las de alto formaban parte de la responsabilidad objetiva y, por lo tanto, regularmente permitían la imposición de medidas cautelares.<sup>396</sup>

La consideración dominante en la adjudicación de tales casos en la última generación parece haber cambiado. Cuando ocurría un conflicto de usos, el criterio dominante tradicional era que el titular debería estar protegido contra un nuevo participante.

<sup>393</sup> Corte Suprema de California, *John Moore, Plaintiff and Appellant, v. The Regents of The University of California et al., Defendants and Repondents, S006987* (1990).

Puede verse también Epstein, *Cases*, 26-29.

<sup>394</sup> Corte Suprema de California, *Intel Corp. v. Hamidi-30 Cal. 4th 1342, 1 Cal. Rptr. 3d 32, 71 P.3d 296* (2003). Puede verse también Epstein, *Cases*, 14-22.

<sup>395</sup> Abraham, *The Forms*, 81-90.

<sup>396</sup> Epstein, *Cases*, 675-710.

Esa norma tradicional se basaba en el supuesto de que los nuevos participantes asumían el riesgo. Más recientemente, para determinar el remedio apropiado, es más común hacer un cálculo económico acerca de qué uso de la propiedad hace una mayor contribución al bien común, entendida en gran parte como la medida de bienestar económico producida por los usos conflictivos de la propiedad. Gran parte de la discusión se ha centrado en los costos del error legal en la asignación de lo que es un derecho de propiedad, ya sea para imponer o no un uso de la propiedad, como en un caso famoso en el que las emisiones irreductibles de una fábrica reducirían el uso y el disfrute de las casas vecinas, pero al mismo tiempo reducían el empleo de los trabajadores que vivían en esas casas.<sup>397</sup>

Después del trabajo pionero del profesor, ahora juez, Guido Calabresi,<sup>398</sup> los académicos que se especializan en el análisis económico han persuadido cada vez más a muchos tribunales de explorar las consecuencias económicas de la atribución de responsabilidad y el remedio apropiado ante este agravio, en términos de maximizar el bienestar social y minimizar los costos de transacción, en lugar de resaltar la intención ilícita o la prioridad temporal.<sup>399</sup>

Otros ejemplos del análisis económico, así como el análisis filosófico de los principales casos de daños intencionales, proporcionan un vehículo de transición a la segunda categoría de responsabilidad extracontractual según el derecho común de responsabilidad civil en la mayoría de los estados: la ley de negligencia. El papel de la economía en el surgimiento de la ley de negligencia de Estados Unidos puede encontrarse en el uso condicionalmente privilegiado de la propiedad de otra persona, a pesar de la prohibición general de invadir la propiedad. En gran parte debido a que el recurso de una orden judicial protege el derecho de los propietarios a la posesión exclusiva de bienes inmuebles, los elementos *prima facie del agravio de la transgresión a la tierra no exigen un daño, a diferencia de la mayoría de los demás*.<sup>400</sup> Por lo tanto, es un derecho generalmente absoluto

<sup>397</sup> Corte de Apelaciones de Nueva York, *Boomer v. Atlantic Cement Co.*, 26 N.Y.2d 219, 309 N.Y.S.2d 312, 257 N.E.2d 870 (1970).

<sup>398</sup> Al comentar sobre *Boomer* y reorganizar el campo en términos de economía de costos de transacción. Consulte Guido Calabresi y Douglas Melamed, "Reglas de propiedad, reglas de responsabilidad e inalienabilidad: una vista de la catedral", *Harvard Law Review* 85, núm 6 (abril 1972): 1089.

<sup>399</sup> Epstein, *Cases*, 704-710.

<sup>400</sup> Puede verse Corte Suprema de California, *Dougherty v. Stepp-18 N.C.* 371 (1835); Epstein, *Cases*, 10-13.

ejecutable mediante una orden judicial. Sin embargo, como se determinó en el muy discutido caso de *Ploof v. Putman*, un intruso puede invadir ilegalmente los bienes inmuebles de otro cuando se le exija hacerlo en condiciones de abrumadora necesidad, como un “acto de Dios” o por “fuerza mayor”,<sup>401</sup> siempre que, según lo establecido en el caso igualmente discutido de *Vincent v. Lake Erie Transportation Co.*, el intruso pague la indemnización por los daños causados.<sup>402</sup> La idea central de la teoría económica es que, en general, el propietario del barco está en mejor posición que el propietario del muelle para medir los valores relativos del barco y del muelle, pues el propietario del barco tiene el muelle visible, mientras que el propietario del muelle desconoce el cargo del barco. Por lo tanto, el propietario del barco es quien mejor puede determinar si se minimiza el costo general al dañar el barco o el muelle. La noción de que un único propietario elegiría dañar la propiedad menos valiosa constituye la base de un experimento mental como sustituto de una transacción de mercado eficiente, cuando esas transacciones no son factibles debido a restricciones impuestas por condiciones de emergencia o defectos de mercado, como el monopolio bilateral, o cuando ni el propietario del muelle ni el propietario del barco pueden negociar libremente.<sup>403</sup>

En resumen, la ley de responsabilidad civil se convierte, en tales casos, en un vehículo para la minimización del costo social y, por lo tanto, para la eficiencia económica, cuando los mercados no pueden operar debido a los costos de transacción excesivos.<sup>404</sup>

<sup>401</sup> El propietario del barco tiene el privilegio de usar el muelle sin consentimiento durante la tormenta. Corte Suprema de Vermont, *Ploof v. Putnam*-81 *Vt.* 471, 71 *A.* 188 (1908).

<sup>402</sup> El armador debe pagar por los daños causados al muelle. Corte Suprema de Minnesota, *Vincent v. Lake Erie Transp. Co.*, 109 *Minn.* 456, 124 *N.W.* 221 (1910).

El juez disidente argumentó que fundamentar la decisión en la responsabilidad extracontractual era innecesario, ya que el propietario del barco y el propietario del muelle tenían un contrato previo que bien podría haber asignado los riesgos a una imprevista tormenta. Puede verse también Vincent Minn, “*Vincent v. Lake Erie Transportation Co.: Liability for Harm Caused by Necessity*” en *Torts Stories*, eds. Robert Rabin y Stephen Sugarman (Nueva York: Foundation Press, 2003), 259.

<sup>403</sup> Ensayo ganador del premio Nobel, que analiza las implicaciones de la eficiencia de asignación del experimento mental de cero costos de transacción y origina una literatura que evalúa las soluciones de responsabilidad extracontractual como sustitutos de las transacciones de mercado cuando los costos de transacción altos excluyen las soluciones de mercado para los problemas de uso de la competencia, como entre el muelle y el barco en condiciones de emergencia. Robert Coase, “The Problem of Social Cost”, *The Journal of Law Economics* 3, núm. 1 (octubre 1960), 1.

<sup>404</sup> El propietario del barco y el propietario del muelle enfrentan un monopolio bilateral y un tiempo limitado; ambas condiciones impiden la negociación en circunstancias en las cuales se puede ejercer el privilegio. Epstein, *Cases*, 74-75.

El análisis filosófico también ha servido para aclarar las condiciones en las que se puede hacer el análisis económico de la manera más apropiada. Por ejemplo, cuando hay vidas en competencia, la doctrina de la necesidad privada como una defensa afirmativa para traspasar se fusiona con la excusa afirmativa de la autodefensa o la defensa de otros, en la que se presentan opciones potencialmente inconmensurables entre salvar o arriesgar una serie de vidas, al precio de destruir o arriesgar otro conjunto de vidas.<sup>405</sup> Estas doctrinas, junto con el privilegio de la defensa de la propiedad y el problema de la necesidad privada, forman la base de la ley de agravio de los Estados Unidos para un análisis alternativo del “problema del tranvía” creado por la filósofa jurídica Judith Jarvis Thompson. En esta hipótesis, un conductor de tren debe decidir si activar o no un interruptor que desviaría un tren en ruta a matar a cinco personas hacia otra en la que mataría solo a una. El problema del tranvía, además de fomentar el debate sobre cuestiones morales y éticas implícitas en muchos contextos de agravio, facilita el reconocimiento de las defensas del traspaso privilegiado a la tierra como un subconjunto de defensa de sí mismo y de otros, a través del prisma del límite entre agravio y contrato. Por ejemplo, cambiar el punto de decisión a un momento anterior, como cuando se construyó la red ferroviaria o no se crearon mecanismos de alerta temprana, propicia una discusión que identifica las decisiones contractuales anteriores y otras opciones de las partes, que buscan privilegios o defensas como un asunto de la doctrina del agravio.<sup>406</sup> Este enfoque de eruditos legales y jueces en la identificación de elecciones sociales anteriores evita los intentos de resolver el problema del tranvía. Facilita la revisión de casos que pueden compararse con las características del “problema del tranvía”, por ejemplo, aquellos de contrariedad por responsabilidad estricta que, a menudo, involucran derechos igualmente válidos que parecen entrar en conflicto y la ley de responsabilidad civil debe elegir el derecho que es más digno de hacer cumplir y los medios que se usarán para ello.<sup>407</sup> Mediante la claridad filosófica, se crea un espacio para cambiar el

<sup>405</sup> En cuanto a la posición estándar de Estados Unidos respecto a que los privilegios de la autodefensa y la defensa de otros permiten el uso razonable, pero erróneo, de la fuerza que causa daño a terceros inocentes: Epstein, *Cases*, 54-59.

<sup>406</sup> Puede verse Epstein, *Cases*, 78-79.

<sup>407</sup> La teoría basada en la existencia de comunidades de “riesgo recíproco” explica cuándo las partes deben aceptar pérdidas y desviaciones de dicho riesgo para exponer, entre otras cosas, las áreas de la ley de agravios que requieren responsabilidad estricta. George Fletcher, “Fairness and Utility in Tort Theory”, *Harvard Law Review* 85, núm. 3 (enero 1972): 537.

enfoque del análisis de agravios del derecho consuetudinario hacia un punto de decisión en el que el razonamiento económico puede proporcionar respuestas que tal vez reflejen el consenso de la comunidad.

En resumen, la elección dada al propietario del barco debe ser “razonable”. Debido a la condición de pago por daños, el propietario del barco es incentivado a minimizar los costos conjuntos para el barco y el muelle; en otras palabras, se trata de la doctrina de la necesidad privada. Por lo tanto, un traspaso condicionalmente privilegiado debe considerarse junto con la interpretación de minimización de costos de la ley de negligencia. Alternativamente, vista desde la perspectiva de la defensa propia o la defensa de los demás, la elección debe reflejar los valores de la comunidad, así como un fundamento filosófico implícito. Los estudiantes del problema del tranvía podrían constatar que, en un momento anterior, se podría tomar una decisión para minimizar riesgos, mientras que, en un momento posterior, valores inconmensurables ya no serían reconciliables.

Como se describe a continuación, estos lentes de análisis adicionales también son elementos centrales en los desarrollos de la ley de negligencia en Estados Unidos en el último medio siglo. La discusión razonada de casos anteriores, basada en las ciencias sociales y las humanidades, tanto en el desarrollo orgánico del derecho común como en la instrucción de los estudiantes, formó la base del moderno derecho común de negligencia.

### *Negligencia*

La segunda división de la ley de responsabilidad civil de Estados Unidos es la responsabilidad por negligencia. La economía, basada en el estudio de los daños intencionales, ha desempeñado un papel cada vez más importante en la evolución de la ley de los Estados Unidos que en el área de los daños intencionales. Mas esa observación requiere, primero, una introducción general al sistema de negligencia en los estados de ese país.

En esencia, la reclamación de negligencia requiere una prueba de daño real y próximo (o legal) causado por un acto o una omisión en el cumplimiento de un deber, por lo general, no actuar como una persona razonable actuaría.<sup>408</sup> Si bien no existe el deber general de rescatar a otra persona en peligro según la ley común,<sup>409</sup>

<sup>408</sup> El estándar de la persona razonable. Abraham, *The Forms*, 53-56.

<sup>409</sup> Epstein, *Cases*, 565-579.

el deber surge cuando hay una relación previa o un acto o compromiso previo que sugiere la suposición de ese deber, de manera que crea confianza.<sup>410</sup>

Según el derecho común, como en la mayoría de los sistemas, la responsabilidad basada en la culpa es el concepto crítico de organización, pero ¿cuál es la culpa? En los estados de los Estados Unidos, así como en la mayoría de los sistemas del mundo, el concepto de persona razonable no se define por lo que realmente hace la persona promedio. Más bien, es el estándar de lo que una persona razonable esperaría de sí misma y de los demás. Es una norma objetivamente acordada.<sup>411</sup> Esto significa un juicio de las expectativas de la comunidad por parte de los jurados que siguen las instrucciones de un juez. Las instrucciones están cada vez más informadas por una guía particularizada sobre qué factores debe o puede tener en cuenta un jurado y rara vez esos factores son tan claros que un juez dispone que no hay nada para que decida un jurado, ya que un juez razonable podría llegar a una sola conclusión en ese caso en particular.<sup>412</sup>

¿Cuáles son esos factores? Se basan en tres fuentes principales de legitimidad: la supremacía legislativa, las costumbres de la comunidad, y el análisis costo-beneficio explícitamente racional.

En el primer caso, se advierte al jurado que la conducta involucrada violó un estatuto o reglamento que, en parte, depende del propósito del estatuto, pero no necesariamente permite que el jurado concluya que se incumplió un deber. Esta es la llamada, pero engañosa, instrucción de negligencia *per se*, porque a un jurado no se le indica que presuma de manera concluyente que se ha incumplido un deber simplemente porque la conducta del acusado violó el estatuto o las regulaciones.<sup>413</sup> En el segundo caso, la violación de la costumbre podría proporcionarle a un demandante una base para alegar que la conducta del demandado no fue razonable, pero en la mayoría de casos el cumplimiento de las normas consuetudinarias otorgaba al demandado una defensa casi absoluta, llamada “prueba inflexible”.<sup>414</sup>

<sup>410</sup> Discusión de diversos casos de las llamadas “relaciones especiales”, como compromisos gratuitos y obligaciones de transportistas comunes, entre otros: Epstein, *Cases*, 579-644.

<sup>411</sup> Abraham, *The Forms*, 55-57.

<sup>412</sup> Abraham, *The Forms*, 85-89.

<sup>413</sup> Abraham, *The Forms*, 80-85.

<sup>414</sup> De lo contrario, todas las prácticas de la industria serían cuestionadas por una determinación del jurado que invalida esas prácticas en un caso particular. Puede verse Corte Suprema de Vermont, *Titus v. Bradford, B. & K. R. Co.*-136 Pa. 618, 20 A. 517 (1890).

La protección prevista por la llamada “prueba inflexible” fue atacada desde una lógica formulada por uno de los juristas más influyentes del siglo XX: Learned Hand. En un caso famoso, *The Tj Hooper*, el juez Hand concluyó que, a fines de la década de 1920, el propietario de un remolcador podía considerarse negligente por no proporcionar radios a su capitán de barco cuando esos aparatos hubieran informado al capitán de las inclemencias del tiempo y, por lo tanto, la necesidad de encontrar un puerto seguro. Hand explicó: “Una [industria] completa puede haberse retrasado indebidamente en la adopción de dispositivos nuevos y disponibles”.<sup>415</sup> Esta información identificó un caso de “market failure” (falla del mercado), en el que los estándares industriales a veces se desarrollan de manera que no tienen en cuenta los efectos externos o frente a terceros de esas normas. En resumen, en el lenguaje del razonamiento económico, pueden externalizar el costo social.<sup>416</sup>

Esta información sirvió de base para la comprensión posterior de Hand en otro caso famoso, *United States v. Carroll Towing Co.*, en el que desarrolló un análisis explícito de costo-beneficio para determinar si la conducta debía considerarse negligente o no. Este caso de almirantazgo, derivado de la ley marítima federal, involucró la supuesta negligencia contributiva del demandante, cuya barcaza, *The Anna C.*, se perdió, en parte, porque no tenía un vigía que pudiera haber alertado al demandante sobre la colisión causante del daño que hundió el barco. Al articular una prueba algebraica, Hand anunció que la carga (B) de tener vigía, al menos durante las horas de trabajo diurnas, era mucho menor que el valor de la pérdida de la nave (L) multiplicada por la probabilidad de la pérdida (P), así:  $B < PL$ , por lo que el demandante fue claramente negligente.<sup>417</sup> Esta forma inicial de análisis de costo-beneficio generó una nueva escuela de pensamiento.<sup>418</sup>

<sup>415</sup> “Revocando la decisión del tribunal de primera instancia en sentido contrario, que se había basado en un hallazgo factual de que la práctica de la mayoría de los capitanes de barcos es proporcionar sus propios radios en su propio costo evidencia una costumbre que requiere el uso de radios en todos los casos”. Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito, *The Tj Hooper*, 60 F.2d 737 (2d Cir. 1932).

<sup>416</sup> Richard Epstein, “The Path to The T. J. Hooper: The Theory and History of Custom in the Law of Tort”, *The Journal of Legal Studies* 21, núm. 1 (enero 1992): 21; Epstein, *Cases*, 228-229.

<sup>417</sup> Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Segundo Circuito, *United States v. Carroll Towing Co.*, 159 F.2d 169 (1947).

<sup>418</sup> Aunque Hand, en última instancia, le quitó importancia a su propia fórmula. Stephen Gilles, “United States v. Carroll Towing Co: Home Port de The Hand Formula” en *Torts Stories*, eds. Robert Rabin y Stephen Sugarman

De hecho, la definición actual de negligencia del American Law Institute establece que, para determinar si una persona ha ejercido “un cuidado razonable en todas las circunstancias”, se debe instruir a un jurado de la siguiente manera:

Factores principales a considerar para determinar si la conducta de una persona no es razonable son: la probabilidad previsible de que la conducta de la persona resulte en un daño, la severidad previsible de cualquier daño que pueda asegurar, y la carga de la precaución para eliminar o reducir el riesgo de daño.<sup>419</sup>

En resumen, el razonamiento económico en la determinación de negligencia ha tenido una fuerza cada vez más significativa donde los costos y beneficios de la actividad a gran escala son medibles y tienen consecuencias sociales relevantes. Dicho esto, como el análisis económico en sí mismo podría predecir, donde los costos administrativos de hacer cálculos económicos son altos y los beneficios sociales de hacerlos son relativamente bajos, el análisis económico ha tenido menos influencia en la evolución de la ley de responsabilidad civil de los Estados Unidos.<sup>420</sup>

La influencia del análisis de costo-beneficio económico ha sido tan grande en la Ley de agravios que incluso el llamado “requisito de causación inmediata” (o legal) está bajo su influjo por medio de la rúbrica de “previsibilidad”. Como muchos comentaristas se han dado cuenta, no es suficiente decir que un riesgo es previsible como la base de la responsabilidad, porque, con suficiente reflexión, cualquier riesgo resulta previsible, incluso si es mínimo: una inundación que ocurre cada mil años sigue siendo “previsible”, aunque no durante la vida útil de una persona que tome una decisión basada en el riesgo de una inundación. Más bien, son los grados relativos de probabilidad y daño los que determinan si “una persona razonable” tomaría o no un riesgo en cuenta en cualquier decisión que se vería afectada por un evento previsible.<sup>421</sup> Entendido de esta manera, el requisito

---

(Nueva York: Foundation Press, 2003), 11; Corte Suprema de Vermont, *Plouf v. Putnam-81 Vt. 471, 71 A. 188* (1908). Pueden verse también Epstein, *Cases*, 208-214.

<sup>419</sup> The American Law Institute, *Restatement of The Law Third: Liability for Physical and Emotional Harm*, Volumen I (Filadelfia: Autor, 2009), § 3.

<sup>420</sup> Se analizan los casos frecuentes de accidentes automovilísticos de bajo costo, en los cuales las reglas de la carretera, que funcionan como instrumentos contundentes con bajos costos administrativos, determinan la responsabilidad, generalmente según lo determinado por los ajustadores de lo seguros que resuelven reclamos fuera de la corte. Epstein, *Cases*, 214-217.

<sup>421</sup> Abraham, *The Forms*, 60-61.

de causa próxima o legal, que ha desconcertado tanto a los estudiantes de la Ley de agravios de los Estados Unidos (y sin duda aún más a sus observadores de la ley civil),<sup>422</sup> se reduce a la cuestión subyacente de la negligencia en sí.<sup>423</sup>

La economía y sus primas cercanas —probabilidad y estadística— también han desempeñado un papel central en el desarrollo en curso de la teoría de la causalidad objetiva.<sup>424</sup> Algunos tribunales han acogido los reclamos de pacientes con más de un cincuenta por ciento de probabilidad de morir (según la disponibilidad de evidencia médica sobre ciertas enfermedades), porque estos nunca podrían demostrar que la negligencia del médico fue, probablemente la causa de la muerte del demandante (como lo exige el estándar ordinario de prueba en un caso de daños civiles).

Estos tribunales han creado una teoría sustituta de causalidad y responsabilidad. Desde este nuevo enfoque, un demandante puede prevalecer al demostrar que ha sufrido una “oportunidad perdida” de vivir y los daños se reducen, en términos proporcionales, al valor de la posibilidad perdida en relación con el valor total de la vida del demandante. En otras palabras, se recurre a una recuperación probabilística para un daño probabilístico.<sup>425</sup>

<sup>422</sup> En este famoso caso, los jueces Cardozo y Andrews lucharon elocuentemente, pero de manera opaca: en nombre de la mayoría, Cardozo argumentó que la lesión de la señora Palsgraff se debió a escalas que cayeron sobre ella, como resultado de la explosión de un petardo envuelto en un paquete que un pasajero dejó caer, debido a un empujón que le dio un empleado de la compañía ferroviaria cuando intentaba ayudarlo a subir a un tren en movimiento. Cardozo argumentó que la lesión de la señora Palsgraf no fue causada por la negligencia del empleado, porque este no pudo haberla previsto. El juez disidente, Andrews, vio la cuestión en su totalidad como una cuestión de “conveniencia”, una decisión “política” que debía ser determinada por el jurado. Los estudiantes de Derecho estadounidenses continúan encontrando el caso impenetrable, aunque sigue siendo el elemento básico de todos los cursos de torts de primer año, tal vez porque las opiniones ven la ley desde diferentes perspectivas filosóficas: Cardozo interpreta la justicia correctiva para exigir que se haga una relación correcta, basado implícitamente en las premisas de la filosofía de Kant o de contrato social; Andrews interpreta implícitamente que la justicia correctiva se basa en la maximización del bienestar y la aceptación popular pragmática. Tribunal de Apelaciones de Nueva York, *Palsgraf v. Long Island R.R. Co.*, 162 N.E. 99 (NY 1928).

<sup>423</sup> Se distingue entre la interpretación del papel de la previsibilidad en la causa próxima para incluir el “daño dentro del riesgo”, que formó la base para el descubrimiento de negligencia, demandantes imprevisibles, extensiones imprevisibles de daño, tipos imprevisibles de daño e incluso formas imprevisibles de daño. Abraham, *The Forms*, 124-40.

<sup>424</sup> Para el estudio racional de la ley, “el hombre del boletín puede ser el hombre del presente, pero el hombre del futuro es el hombre de las estadísticas y el maestro de la economía”. Puede verse Oliver Wendell Holmes, “The Path of the Law”, *Harvard Law Review* 10, núm. 457 (1897): 467-468.

<sup>425</sup> En general, Saul Levmore, “Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs”, *The Journal of Legal Studies* 19, núm. 2 (junio 1990): 691.

La atención a los efectos de incentivo de varias reglas legales se ha convertido en una industria en crecimiento,<sup>426</sup> ya que, en los últimos cincuenta años, los estados —algunos solo mediante una decisión judicial— se han movido de un sistema en el que la negligencia contributiva del demandante operaba como defensa ante un régimen de negligencia comparativa, en el que la responsabilidad se prorroga de acuerdo con la culpa (al menos, en cierto grado y con algunas excepciones).<sup>427</sup> Es posible que la negligencia comparativa debidamente construida pueda lograr una disuasión óptima de la conducta ilícita, al obligar a cada actor injustificado, incluido el demandante y cualquier número de acusados, a asumir una parte del costo resultante.

En resumen, de manera lenta, pero segura, los abogados, jueces y jurados con mayor conocimiento de las ciencias sociales empezaron a ver la ley a la luz de su creciente conocimiento técnico; asimismo, la progresiva comprensión de la relación mente-cuerpo dio lugar al agravio de la imposición intencional de la angustia emocional y, como una nueva generación que se siente cómoda con el uso de Internet, está empezando a verter vino nuevo en los viejos odres de la ley común de daños intencionales.

### *La responsabilidad objetiva*

La tercera clase básica de responsabilidad por agravio en Estados Unidos es la responsabilidad estricta u objetiva, pero solo en ciertas categorías. En la ley común temprana, el caso paradigmático era el daño a los animales salvajes. En el famoso caso inglés de *Fletcher v. Rylands*, lord Cairns, de la Cámara de los Lores, sugirió que existía una categoría general de responsabilidad sin culpa para cualquier uso no natural de la propiedad; en este caso, llevar agua a una propiedad para crear un reservorio conllevó responsabilidad sin culpa cuando el agua escapó a una mina vecina.<sup>428</sup>

---

Puede verse Corte Suprema de Washington, *Herskovits v. Group Health Coop.*, 99 Wn.2d 609, 664 P.2d 474 (1983).

<sup>426</sup> Autoridades de recolección. Epstein, *Cases*, 392-393.

<sup>427</sup> Incluida una discusión del concepto de asunción de riesgo, que en muchos casos es una forma de negligencia comparativa contributiva, ahora, en la mayoría de los estados. Abraham, *The Forms*, 144-165

<sup>428</sup> Cámara de los Lores, *Rylands v Fletcher* LR 3 HL 330 (1868).

En los Estados Unidos se pensaba que las reglas construidas por los tribunales ingleses deberían limitarse a sus hechos particulares;<sup>429</sup> sin embargo, la razón del rechazo inicial de *Fletcher v. Rylands* en los Estados Unidos tuvo que ver más con una objeción fundamental a su enfoque del desarrollo económico. La explicación del contrato social para rechazar la responsabilidad objetiva fue que el avance industrial benefició a la sociedad en su conjunto y esta “compensación implícita” fue una compensación suficiente; de lo contrario, el progreso social mediante la industrialización podría ser disuadido.<sup>430</sup>

De manera implícita, la responsabilidad estricta en los Estados Unidos se limitaría a una pequeña categoría de casos: aquellos en los que una actividad era “extremadamente peligrosa”, tal vez porque el daño era totalmente para una parte y los beneficios eran para otra.<sup>431</sup> De hecho, según el Restatement moderno, la explicación de *Fletcher v. Rylands* acerca del uso no natural lleva a interpretar que la actividad “no es de uso común”, lo que sugiere que la “compensación implícita” contenida en los beneficios de la actividad ultrapeligrosa no se produciría a la víctima. Pero la responsabilidad por tales “actividades anormalmente peligrosas” existe, bajo la guía de la actual reexpresión, solo cuando existe un “riesgo altamente significativo que permanece [...] cuando todos los actores ejercen un cuidado razonable”. En resumen, la política está diseñada para garantizar que el productor internalice el costo total de la actividad en el cálculo de su actividad y así lograr una disuasión óptima de comportamientos socialmente costosos.<sup>432</sup>

<sup>429</sup> Es posible limitar sus hechos particulares de una manera que aliente a otros litigantes, situados de manera similar, a negociar una solución contractual para los usos competitivos del yacimiento y de la mina, con un enfoque económico semejante al privilegio de la necesidad. Las partes competidoras en *Rylands* eran arrendatarios comunes de un solo propietario, parecidos a las partes en su relación contractual, según el juez disidente en Corte Suprema de Minnesota, *Vincent v. Lake Erie Transp. Co.*, 109 Minn. 456, 124 N.W. 221 (1910). El experimento mental del “propietario único”, según el cual cada arrendatario tenía el privilegio condicional de invadir la propiedad del otro arrendatario, alentaría que en el futuro las partes asignen con más eficiencia los derechos de propiedad común. En otras palabras, el propietario común y los arrendatarios vecinos serían incentivados indirectamente, por medio de cambios en el precio del arrendamiento, para internalizar el costo en las minas ribereñas de la construcción de reservorios y viceversa. Ver Corte Suprema de Vermont, *Plouf v. Putnam-81 Vt. 471, 71 A. 188* (1908).

<sup>430</sup> El juez Doe rechaza a *Rylands*, pues teme que perturbe “las actividades industriales progresistas que el espíritu del derecho común, adaptado a todas las condiciones de la sociedad, alienta y defiende”. Tribunal Superior de Judicatura de Nuevo Hampshire, *Brown v. Collins-53 N.H. 442* (1873).

<sup>431</sup> The American Law Institute, *Restatement*, § 20(a, b).

<sup>432</sup> El juez Richard Posner, uno de los principales practicantes en Estados Unidos de la aplicación de conceptos económicos en el análisis legal, descubrió que el daño causado por el derrame de acrilonitrilo, un material ultrapeligroso, no estaría sujeto a la regla tradicional de daños causados por materiales ultrapeligrosos. En este caso particular, la investigación reveló que el derrame fue causado por una precaución justificada por el costo,

Esta idea central la tensión entre los objetivos de la política de negligencia y responsabilidad estricta conduce de manera natural e inexorable a una discusión sobre el caso más importante de responsabilidad estricta en la ley de responsabilidad civil de los Estados Unidos en el siglo XIX. Sin embargo, la evolución de la ley de responsabilidad de los productos no solo sirve como un sólido estudio de caso de la capacidad de la evolución doctrinal para resolver dialécticamente los conflictos internos de la doctrina, sino también como estudio de la capacidad del método del derecho común sobre varios aspectos. Las generaciones deben adaptar la doctrina a las cambiantes circunstancias de los hechos, aunque inicialmente se podría suponer que las legislaturas están mejor situadas para hacer que los hechos sean necesarios para desarrollar una ley de protección al consumidor.

### **Estudios: contraste entre innovación judicial y legislativa**

La responsabilidad de los productos y la difamación por parte de los proveedores de servicios de Internet son ejemplos de dos enfoques opuestos para cambiar la ley de responsabilidad civil de los Estados Unidos: uno, mediante la evolución de la lógica interna de la doctrina en relación con las circunstancias materiales que cambian gradualmente; el otro, por medio de una respuesta federal inmediata ante un cambio tecnológico rápido e imprevisto, en el contexto de un cuerpo de leyes que ya había sido parcialmente nacionalizado debido a los requisitos constitucionales que protegen el derecho a la libertad de expresión. Cada historia es compleja, incluso según los estándares del sistema legal de los Estados Unidos, pero cada una demuestra la flexibilidad pragmática del enfoque del derecho consuetudinario, que adapta las reglas, los principios y las políticas para lograr justicia y eficiencia de manera experimental e incremental.

*Ley de responsabilidad de productos: el camino desde la responsabilidad contractual, la negligencia y la responsabilidad objetiva hasta un sistema mixto de responsabilidad objetiva y negligencia.*

El punto fundamental en la evolución de la ley de responsabilidad por productos fue el caso inglés de mediados del siglo XIX, *Winterbottom v. Wright*, en el que

---

que quedaría sin detectar si se siguiera la regla de responsabilidad objetiva por actividades ultrapeligrosas. Puede verse Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Séptimo Circuito, *Indiana Harbor Belt RR v. American Cyanamid Co.*, 916 F.2d 1174 (1990).

el tribunal sostuvo que un empleado de una empresa que había contratado al director general de correos para conducir coches de correo, cuando esos coches habían sido fabricados y suministrados por un tercero, no tenía reclamos contra el fabricante del coche presuntamente defectuoso, incluso si se estableciera que la fabricación negligente del coche habría causado lesiones al empleado. La decisión se basó en la ausencia de una relación directa entre el coche y el demandante lesionado, en este caso, denominada falta de “privity of contract” (es decir, más o menos, “relación contractual”).<sup>433</sup> La premisa, por supuesto, era que un recurso del contrato por el empleado contra su empleador, seguido del reclamo contractual del empleador contra su proveedor intermedio, y finalmente por el reclamo contractual del proveedor contra el fabricante pondría, a su debido tiempo, la responsabilidad en la parte responsable. En los hechos particulares de *Winterbottom v. Wright*, esto puede no haber sido una premisa bien fundada, ya que el director general de Correos se benefició de la inmunidad soberana. Sin embargo, en general, esto puede haber sido un supuesto razonable en una era anterior a la industria, en la que los productos no se fabricaban en forma estandarizada y se compraban directamente, sin riesgo de una causa de daño y en circunstancias en las que la mayoría de los riesgos eran razonablemente detectables por la parte adquirente. Por lo tanto, la razón de “privity” de *Winterbottom v. Wright* se convirtió en un hito para los tribunales de derecho consuetudinario ingleses y estadounidenses durante casi un siglo.<sup>434</sup>

A medida que la industrialización avanzaba y la fabricación de automóviles en la línea de ensamblaje comenzaba a dominar la industria estadounidense, la justificación de “privity” implicaba que los fabricantes de autos no enfrentarían reclamos directos de los consumidores por defectos en sus vehículos. Además, no era probable que se encontraran distribuidores de vehículos en incumplimiento de contrato o negligentes de otra manera cuando los defectos en los vehículos ensamblados en la fábrica no eran su culpa ni eran razonablemente detectables, así como era improbable que los distribuidores independientes de esta industria naciente estuvieran muy capitalizados y, en consecuencia, no podrían soportar el costo financiero de remediar defectos o compensar por las lesiones físicas de

<sup>433</sup> Tribunal de Intercambio, *Winterbottom v. Wright*, 152 Eng. Rep. 402 (1842).

<sup>434</sup> Epstein, *Cases*, 729-731.

los consumidores que resultaran del uso de automóviles defectuosos. A la luz de estas circunstancias cambiantes, el juez Cardozo, de la Corte Suprema del estado de Nueva York, en la decisión pionera de *Buick v. MacPherson* se basó —de manera imaginativa, pero inexacta— en analogías con la ley de responsabilidad objetiva por actividades anormalmente peligrosas e ignoró la barrera de “privity” para otorgarle a un consumidor un derecho directo de acción contra el fabricante presuntamente negligente.<sup>435</sup> Si bien la teoría abrió la puerta a posibles reclamaciones, la mayoría de ellas siguieron siendo difíciles de probar, ya que a menudo el destrozado del vehículo destruiría las pruebas de negligencia; otras asimetrías impidieron que los compradores de vehículos de producción masiva demandaran a firmas relativamente capitalizadas que eran capaces de combatir con sus recursos superiores, incluso cuando la prueba de negligencia estaba teóricamente disponible.<sup>436</sup>

Los demandantes después de *Buick v. MacPherson* eran más propensos a presentar reclamaciones contractuales con base en el desarrollo de la teoría de la garantía de comerciabilidad, un término de contrato implícito en el cual un vendedor garantizaba la idoneidad de un producto para su uso ordinario.<sup>437</sup> No obstante, lo que se otorgaba por contrato también podía eliminarse por contrato: los vendedores de productos se esforzaban, a menudo con éxito, por denunciar, mediante los términos expresos, garantías que estaban implícitas en la ley, y por lo tanto, negaban las reclamaciones contractuales de los consumidores, aunque los jueces hallaron maneras de interpretar los contratos de consumo de modo que estas reclamaciones pudieran sobrevivir.<sup>438</sup>

Estas dos posiciones se fusionaron en la década de 1960, al combinar la responsabilidad estricta contractual con el derecho (bajo *Buick v. MacPherson*)

<sup>435</sup> Tribunal de Apelaciones de Nueva York, *MacPherson v. Buick Motor Co.*, 111 N.E. 1050 (1916).

<sup>436</sup> Abraham, *The Forms*, 197-199.

<sup>437</sup> El comprador de alimentos que contenía un clavo se consideraba con derecho a confiar en la promesa implícita de seguridad de los alimentos. Puede verse Corte Suprema de Estados Unidos, *Sonneborn Brothers v. Cureton*, 262 U.S. 506 (1923).

<sup>438</sup> La garantía implícita de comerciabilidad sobrevivió incluso a una exención de responsabilidad expresa por el propósito limitado de hacer cumplir una reclamación hecha en la publicidad del vehículo. Corte Suprema de Washington, *Baxter v. Ford Motor Co.* (1932)-168 Wash. 456, 12 P.2d 409 (1932).

La Corte analiza los giros y las revoluciones de la negligencia y la teoría de la garantía hasta su reemplazo en la década de 1960. Consulte Epstein, *Cases*, 735-742.

de una acción directa del consumidor contra el fabricante, sin tener en cuenta la confidencialidad del contrato.

El caso clave para anular el descargo de garantía, *Henningson v. Bloomfield Motors*, encontró que tales garantías eran limitaciones inconcebibles al derecho del consumidor a daños consecuentes por lesiones físicas después de un choque causado por el mecanismo de dirección defectuoso del vehículo, en gran parte debido al descargo de responsabilidad de la garantía en un contrato estándar preparado por un oligopolio de los denominados “tres grandes” fabricantes de Estados Unidos, que no dejaba a los consumidores una forma real de negociar, era un término irrazonable y, por lo tanto, inaplicable. El tribunal de *Henningson v. Bloomfield Motors* también concluyó que la garantía se extendía al cónyuge del comprador y estableció, en efecto, una teoría de un tercero beneficiario que protege a los usuarios previsibles del automóvil frente a lesiones físicas.<sup>439</sup> Sin embargo, sin describir la teoría en términos de agravio, la Corte protegió un interés de agravio con un remedio de agravio.

Poco después, en *Yuba Power Products v. Greenman*,<sup>440</sup> el tribunal estatal más alto de California finalmente adoptó un estándar de responsabilidad objetiva por productos de consumo defectuosos. El juez Traynor, un cuarto de siglo antes de su opinión concurrente en *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*, había argumentado que los problemas de la prueba de negligencia y las capacidades relativas de las partes para asumir la responsabilidad de los defectos del producto justificaban el cambio de responsabilidad que no tenía en cuenta la culpa del fabricante, lo que permitió que el fabricante internalizara el costo de los defectos y distribuyera ese costo de manera más justa para todos los consumidores, por medio de los aumentos de precios y la reducción de ventas causada por esos aumentos de precios.<sup>441</sup> En *Yuba Power Products v. Greenman*, después de *Henningson v. Bloomfield Motors*, el juez Traynor ordenó a una mayoría de la Corte Suprema de California que estableciera, por primera vez en la ley de los Estados Unidos, una regla general de responsabilidad objetiva por daños y perjuicios causados por los

<sup>439</sup> Corte Suprema de Nueva Jersey, *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, 32 N.J. 358, 161 A.2d 69 (1960).

<sup>440</sup> Una herramienta eléctrica. Corte Suprema de San Diego, *Greenman v. Yuba Power Products, Inc.*, 59 Cal. 2d 57, 377 P.2d 897, 27 Cal. Rptr. 697 (1963).

<sup>441</sup> Opinión concurrente —una botella explosiva de Coca Cola—. Corte Suprema de California, *Escola v. Coca Cola Bottling Co.*, 150 P.2d 436, 24 Cal. 2d 453 (1944).

productos. El concepto se extendió como un incendio forestal y, en una década, se adoptó como la posición preferida, a riesgo de simplificación, por parte de los autores del Restatement.<sup>442</sup> No obstante, pronto se revelarían las ambigüedades incrustadas en un pronunciamiento tan grande.

En la siguiente generación quedó claro que la responsabilidad objetiva de los productos podría haber sido una regla demasiado amplia para abordar los daños causados por los fabricantes e intermediarios a los consumidores. Al igual que la responsabilidad objetiva por actividades ultrapeligrosas, la responsabilidad objetiva por los productos parecía ignorar el potencial de la regla basada en la negligencia para identificar actos y omisiones irrazonables que, de otro modo, podrían ser disuadidos de manera óptima con precauciones justificadas por el costo. Cuando se produjo el Restatement de Torts de 1998, la regla general que establecía la responsabilidad objetiva<sup>443</sup> se transformó en tres reglas: defectos de fabricación, diseño defectuoso y defectos debidos a instrucciones inadecuadas; solo una de ellas (defectos de fabricación) se considera basada en la responsabilidad objetiva.<sup>444</sup>

¿Que pasó? Bueno, los hechos cambiaron y se revelaron los costos de oportunidad de la responsabilidad estricta en el exterior. Primero, con una economía global más competitiva, los fabricantes se encontraban en una posición más débil para internalizar los costos totales de producción, ya que los fabricantes extranjeros, que no siempre estaban sujetos a la jurisdicción de los tribunales de estadounidenses, no enfrentaban los mismos costos de responsabilidad que los fabricantes de Estados Unidos, que siempre están sujetos a esa jurisdicción. En segundo lugar, solo la primera categoría de defectos (defectos de fabricación) reflejó un costo realmente inevitable, ya que, según se define, abordó el número inevitable de fallas en un proceso de fabricación en el que “un producto se aparta del diseño previsto, aunque se haya puesto todo el cuidado posible en la preparación y comercialización del producto”.<sup>445</sup> Tales fallas, en efecto, constituyen la

<sup>442</sup> The American Law Institute, *Restatement (Second) of Torts* (Filadelfia: Autor, 1965), § 402A.

<sup>443</sup> La Sección 1 indica: “Una persona dedicada al negocio de vender o distribuir productos que vendan o distribuyan un producto defectuoso está sujeta a la responsabilidad por daños a personas o bienes causados por el defecto”. The American Law Institute, *Restatement*, § 402A.

<sup>444</sup> Que describe el defecto de diseño y las instrucciones defectuosas como esencialmente basadas en el análisis de negligencia de riesgo-utilidad. Abraham, *The Forms*, 202-211.

<sup>445</sup> The American Law Institute, *Restatement of Torts, Third, Apportionment of Liability (2000)* (Filadelfia: Autor, 1965), § 2. Traducción propia.

inevitable tasa de incumplimiento estadístico de cualquier proceso de fabricación y comercialización. Sigue el tratamiento análogo actual del Restatement acerca de la responsabilidad objetiva por actividades ultrapeligrosas e impone la responsabilidad objetiva solo por aquellas actividades que causan daños “significativos” y que no pueden reducirse incluso cuando se toman todas las precauciones justificadas por el costo.<sup>446</sup>

Los diseños y las instrucciones defectuosos que no proporcionan una advertencia adecuada, en contraste, incorporan explícitamente los principios de negligencia. Podría decirse que el diseño defectuoso es una simple extensión del concepto de negligencia en el diseño, ya que se aplica cuando “los riesgos previsibles de daño planteados por el producto podrían haberse reducido o evitado mediante la adopción de un diseño alternativo razonable”.<sup>447</sup> La tercera subsección, que trata sobre instrucciones defectuosas, también se basa en principios de negligencia, aunque con el apoyo de otras teorías de responsabilidad extracontractual. La confianza en las instrucciones de información del producto, que tiene su mayor importancia en productos farmacéuticos, se funda, en parte en una teoría del “consentimiento informado”, según la cual puede haber responsabilidad por procedimientos médicos que causen daños, incluso sin negligencia, si el paciente no ha recibido información sobre posibles efectos adversos del procedimiento que serían importantes para su decisión acerca de permitir o no que el médico efectúe el procedimiento.<sup>448</sup>

Esta creciente área de responsabilidad sin negligencia médica fue naturalmente la base para decisiones similares respecto al consumo de drogas y otros productos sin una advertencia adecuada sobre posibles efectos negativos. Por lo tanto, si bien el producto no se fabricó de manera defectuosa ni se diseñó negligentemente, podría decirse que se proporcionó una advertencia negligente. De modo similar, la teoría podría fundamentarse en el agravio tradicional del fraude en el common law, que normalmente requería “scienter” (dolo con

<sup>446</sup> The American Law Institute, *Restatement (Second)*, §520.

<sup>447</sup> The American Law Institute, *Restatement of Torts, Third*, §2(b).

<sup>448</sup> Puede verse Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Circuito del Distrito de Columbia, *Canterbury v. Spence-464 F.2d 772* (1972).

conocimiento),<sup>449</sup> pero en algunos casos se había ampliado a representaciones hechas con negligencia, lo que desembocó en daños a una clase indistinguible y en magnitud previsible.<sup>450</sup>

En resumen, ya sea entendida como una especie de consentimiento informado o una extensión del common law de tergiversación, la responsabilidad de los productos por instrucciones defectuosas ahora se aleja del camino de la responsabilidad objetiva de los productos, ya que las mejores advertencias pueden permitir que los fabricantes y distribuidores eviten la responsabilidad mientras siguen fabricando y distribuyendo productos farmacéuticos de valor social.

Como es típico en la progresión del derecho común, el desarrollo de esta ley ha establecido una nueva clase de reglas a partir de las excepciones de un conjunto anterior de normas. Desde una perspectiva funcional, las reglas permitieron un balance más adecuado entre la responsabilidad objetiva y la negligencia, entre la distribución óptima de la pérdida y la compensación, y entre el riesgo y el beneficio social, en contextos fácticos, discretos y distinguibles.

La doctrina inicialmente se dividió entre contractual y extracontractual; luego se derrumbó ese límite, pero surgió uno nuevo que dividió los casos en términos de responsabilidad objetiva y negligencia en el agravio. Los elementos de la doctrina se desagregaron y después se reconstituyeron para diseñar nuevas doctrinas a la luz de los nuevos conocimientos extraídos de las ciencias sociales y las humanidades.

Con solo un pequeño conjunto de casos de intervención legislativa, el vasto corpus de la ley de responsabilidad de productos en los Estados Unidos había empleado herramientas formales para lograr resultados funcionales, con el fin de adaptarse a las preocupaciones en conflicto de justicia y eficiencia. El tratamiento de la ley de difamación, por el contrario, revela un proceso mucho más problemático y quizá menos exitoso, dominado más por la intervención federal que por la experimentación estatal.

<sup>449</sup> Un caso histórico británico que limita las declaraciones falsas de fraude o el desprecio imprudente de la falsedad, a veces conocido como el requisito de "científico", puede verse Tribunal de Cancillería, *Pasley v. Freeman*, 100 Eng. Rep. 450 (1789).

<sup>450</sup> Limitación de responsabilidad con el requisito de que se limite a los demandantes que realmente están previstos. Tribunal de Apelaciones de Nueva York, *Ultramares Corp. v. Touche*, 174 N.E. 441 (1931). En cuanto a la expansión de este concepto a una clase más amplia de casos, puede verse Abraham, *The Forms*, 286-287.

*La Ley de difamación para los proveedores de servicios de Internet: inmunidad estatutaria para los portadores comunes y un posible retorno a un punto neutral del common law. Reglamentación legal y sus posibles implicaciones para la protección de la privacidad de datos en Internet*

La decisión del Congreso de Estados Unidos, en la Sección 230 de la Ley de decencia en las comunicaciones de 1996,<sup>451</sup> como comúnmente se le llama, para inmunizar a los proveedores de servicios de Internet ante responsabilidad extracontractual por la publicación del material difamatorio, requiere una comprensión de los antecedentes del derecho común de difamación. Este contexto incluye la transformación de esa doctrina de common law mediante las decisiones de la Corte Suprema que propiciaron una transformación radical de la ley de difamación, de acuerdo con la comprensión en desarrollo de la Corte Suprema acerca de los requisitos de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, que protege las libertades de discurso y prensa, según se aplique a los estados con la cláusula de debido proceso de la Decimocuarta Enmienda.

A la luz de esos cambios, mientras la frecuencia de las demandas por difamación disminuyó, el riesgo financiero potencial de una determinación adversa por parte de los tribunales creó un efecto escalofriante para los proveedores de servicios de Internet, y el Congreso creyó que era necesario eliminar ese efecto escalofriante si Internet iba a desarrollarse. Cada uno de estos elementos de fondo requiere una explicación antes de que la intervención legislativa del Congreso, que impide una respuesta por el common law, se vuelva inteligible.

En primer lugar, conforme al derecho consuetudinario de Inglaterra, tal como se recibió en los estados de Estados Unidos, el agravio de la difamación protegía el concepto de reputación que, en términos generales, incluye tanto las lesiones pecuniarias o comerciales como las lesiones al concepto vago de honor, como se refleja en los puntos de vista (también definidos elásticamente) de la comunidad (incluso potencialmente más indefinido en el significado).

A pesar de las complejas reglas de la responsabilidad extracontractual relativas a las diferencias entre el tratamiento de la forma de la comunicación, ya sea por difamación o calumnia, y el establecimiento de presunciones de daño o prueba según el tema de la comunicación y su capacidad para causar daño a la reputación, se puede decir que, en general, en cuanto a la ley de difamación, se

<sup>451</sup> Estados Unidos de América, Congreso de los Estados Unidos, "Ley de Decencia en las Comunicaciones", 12 de junio de de 1996), Título V, Communications Decency Act, Pub. L. 104-104, codificado como 47 U.S.C. Sección 230 Sección 230.

impuso la responsabilidad por cualquier comunicación sobre una persona cuando esa comunicación causara daños a la reputación. En otras palabras, la amplitud del interés a proteger se combinó con un estándar de responsabilidad objetiva que no exigía ni siquiera una muestra de negligencia y, mucho menos, de la intención de causar lesiones. Además, probar que la comunicación era falsa no era típicamente parte del caso *prima facie* del demandante y, cuando la verdad era una defensa, el acusado podría asumir la carga de probar la verdad “en todos sus detalles”, lo que significa que incluso el más mínimo error podría impedir la defensa afirmativa. En ocasiones, los estados otorgaron privilegios a los periódicos y sus reporteros u otros oradores que se enfocaran en asuntos de interés público, sujeto a ciertas calificaciones, como la demostración de un error de buena fe, pero en otras, los estados no establecieron dicha calificación.<sup>452</sup>

Un estado que tuvo una ley de difamación sólida hasta la década de 1960, como se reveló en el caso seminal de *The New York Times v. Sullivan*, fue Alabama.<sup>453</sup>

En ese famoso caso, el periódico había sido demandado como editor de un anuncio político, lo que implicaba su posible responsabilidad como editor de contenido de terceros, en relación con las actividades de uno de los tres comisionados de la ciudad de Birmingham, Alabama. En la publicación se alegó que el comisionado Sullivan era responsable de la represión de los manifestantes de derechos civiles, por lo que, el caso involucró a un movimiento público de masas en los Estados Unidos que buscaba desagregar los estados del sur, antiguos miembros de la Confederación, que habían tratado de separarse de los Estados Unidos un siglo antes y que se habían resistido hasta entonces a respetar la igualdad de derechos civiles y políticos de los afroamericanos.<sup>454</sup>

La aplicación de la Decimocuarta Enmienda de la Constitución estaba íntimamente relacionada con el movimiento de derechos civiles.<sup>455</sup> Críticamente,

<sup>452</sup> Epstein, *Cases*, 1021-1097; Abraham, *The Forms*, 264-267.

<sup>453</sup> En el que se analizan los estándares altamente laxos de Alabama ante las demandas por difamación. Corte Suprema de Estados Unidos, *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

<sup>454</sup> Analiza el movimiento por los derechos civiles. Taylor Branch, *Parting the Waters: America in the King Years 1954-63* (Nueva York: Simon y Schuster, 1989), 312 y ss.

Respecto al establecimiento de la segregación en la antigua Confederación, a pesar de los esfuerzos federales para mejorar las condiciones de los esclavos recientemente liberados, puede verse Eric Foner, *Reconstruction: America's unfinished revolution, 1863-1877* (Nuev York: Harper & Row, 1988), 412 y ss.

<sup>455</sup> Siempre que ningún estado “prive a cualquier persona debido proceso legal”. Estados Unidos de América, *Constitución Política*, enmienda XIV.

la Corte Suprema había decidido que esta disposición de la Constitución, promulgada después de la Guerra Civil y quizá con el propósito de garantizar los derechos de los esclavos recién liberados, era la base para aplicar la protección de los derechos de expresión y prensa de la Primera Enmienda contra la interferencia de los estados,<sup>456</sup> aunque el lenguaje de la Primera Enmienda y las demás disposiciones de la Declaración de Derechos se habían interpretado antes de la Guerra Civil solo para llegar a una conducta federal.<sup>457</sup> La llamada “doctrina de incorporación” establece que la Primera Enmienda a la Constitución limita el poder tanto del Gobierno federal como de los Gobiernos estatales por medio de la Decimocuarta Enmienda. Sin embargo, esta incorporación sería selectiva, es decir, se usaría una metodología de caso por caso. Como consecuencia de haber incorporado la Primera Enmienda a los estados, el cambio doctrinal reflejado en *New York Times v. Sullivan* se aplicó a la ley estatal de difamación.<sup>458</sup>

En Alabama, por ejemplo, esa ley podría usarse para imponer una responsabilidad masiva, que incluye daños punitivos contra un periódico, simplemente por publicar un discurso de un tercero sobre un funcionario público ante un asunto de interés público —en el caso, la supresión de personas que, mediante el proceso político, buscaban corregir el error histórico de segregación en los estados del sur de Estados Unidos—. Al parecer, nada podría acercarse al “significado central” de la Primera Enmienda en la prevención de la supresión del discurso sedicioso. Para proteger dicho discurso, la Corte decidió que, en lo sucesivo, las acciones de difamación de los funcionarios públicos contra los periódicos requerirían una demostración de “scienter”, un concepto derivado de la Ley de tergiversación, que exige una comunicación con falsedad intencional o un desprecio temerario de la verdad o falsedad.<sup>459</sup> Sin embargo, una vez que la Corte Suprema impuso limitaciones

<sup>456</sup> Contiene, en la concurrencia del juez Brandeis, la explicación más poderosa jamás escrita sobre el papel único de la Primera Enmienda como expresión del llamado “excepcionalismo estadounidense”. Corte Suprema de Estados Unidos, *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

<sup>457</sup> Corte Suprema de Estados Unidos, *Barron v. Mayor & City Council of Baltimore*, 32 U.S. 7 Pet. 243 243 (1833).

<sup>458</sup> “Es posible que algunos de los derechos personales protegidos por las primeras ocho Enmiendas contra la acción nacional también puedan protegerse contra la acción estatal, porque una denegación de ellas lo haría”. Si esto es así, no es porque esos derechos estén enumerados en las primeras ocho enmiendas, sino porque son de tal naturaleza que están incluidos en la concepción del debido proceso legal. Corte Suprema de Estados Unidos, *Twining v. State*, 211 U.S. 78 (1908).

<sup>459</sup> Abraham, *The Forms*, 268-269.

constitucionales a la ley estatal de difamación en este caso, tras el proceso de elaboración razonada que se evidenció en la fase de crecimiento del desarrollo de la ley de responsabilidad por productos, resultó imposible no extender la protección constitucional a otros tipos de discurso, por ejemplo, la difamación de figuras públicas que no ocupan cargos públicos. Cualquier discurso que involucre asuntos de interés público, incluida la difamación de figuras privadas, por parte de los medios de comunicación, no requieren una demostración de “scienter”, solo una prueba de negligencia y falsedad. Esto es exactamente lo contrario del common law tradicional de difamación.<sup>460</sup>

Al comienzo de Internet, los proveedores de servicios por ese medio que publicaban contenido de terceros no podían estar seguros de que se beneficiarían de las reglas; inicialmente, en ausencia de una decisión autorizada de la Corte Suprema, los tribunales estatales podrían haber decidido no aplicar las normas constitucionales a la reedición de contenido de terceros en Internet. Para los proveedores de servicios de Internet, con capacidad limitada en ese momento para examinar el contenido de terceros en busca de material potencialmente difamatorio, incluso si los tribunales estatales consideraban aplicables estas decisiones constitucionales, existía el riesgo de que los jueces y jurados de los tribunales estatales pudieran encontrar proveedores de servicios de Internet “imprudentes”, indiferentes al valor de verdad del contenido publicado por terceros, lo que resultaría en una responsabilidad potencial masiva incluso bajo los estándares desarrollados por la Corte Suprema. Fue en este contexto que el Congreso intervino al comienzo de la Internet comercial con la Sección 230 de la Ley de Decencia en las Comunicaciones de 1996, a condición de que los “servicios informáticos interactivos y otros medios interactivos” fueran inmunes a la responsabilidad “como editor u orador de cualquier información proporcionada por otro proveedor de contenido de información”.<sup>461</sup>

Hoy, más de veinte años después, a medida que aumenta la capacidad del servicio de Internet debido a la revolución del procesamiento de la información, la presión política parece ir en aumento para enmendar la Sección 230 y exigir, al menos, algo de responsabilidad para los proveedores de servicios por medio

<sup>460</sup> Epstein, *Cases*, 1097-1129; Abraham, *The Forms*, 269-282.

<sup>461</sup> Ver Eric Goldman, *Internet Law: Cases and Materials* (Santa Clara, California: Createspace, 2018), 292-302.

de Internet. Algunos argumentan que la Sección 230 ha cumplido su tarea, con una próspera Internet por la cual los proveedores de servicios de Internet se han convertido en gigantes económicos, capaces de soportar el costo de minimizar el daño innecesario a la reputación según el estándar fijado en *NY Times v. Sullivan*.

Es posible que ahora sea el momento de una nueva fase de desarrollo del derecho común, es decir, del derecho consuetudinario constitucional, pero la Sección 230 sigue siendo ley y nadie sabe cuándo el proceso político podrá superar el vasto poder de cabildeo de los proveedores de servicios de Internet que se han beneficiado del subsidio de no tener que pagar el costo del análisis de contenido para material difamatorio que la Sección 230 les ha proporcionado durante casi un cuarto de siglo. La toma de decisiones del common law probablemente sería más adecuada y ágil que una ley legislativa para cambiar de rumbo y tener en cuenta el poder económico dinámico de los proveedores de servicios de Internet.

La historia de la ley de difamación de Internet en los Estados Unidos revela los peligros de una legislación y regulación prematura. Ese peligro también podría plantearse ahora en el área de la protección de la privacidad de los datos, no solo en los Estados Unidos, sino también en un escenario internacional. Es cierto que, al menos en los estados, esta amenaza puede ser el resultado del fracaso del common law para desarrollar un cuerpo sólido de protección para la privacidad en el amanecer del Internet. Para ser justos, sin embargo, el common law en los Estados Unidos no ha sido indiferente a la protección de la privacidad. El texto fundamental fue un ensayo académico de finales del siglo XIX, cuyo coautor sería el futuro juez de la Corte Suprema, Louis Brandeis.<sup>462</sup> En varios estados, las decisiones judiciales formularon cuatro categorías de reclamos de privacidad: i) la intromisión sobre el aislamiento o la soledad de un demandante; ii) la divulgación pública de hechos vergonzosos y privados sobre el demandante; iii) la publicidad que pone al demandante bajo una luz falsa en el ojo público, y iv) la apropiación del nombre propio o semejante del demandante en beneficio del acusado.<sup>463</sup> Si bien la teoría de la apropiación estaba más cerca de un agravio comercial y evolucionó en una trayectoria separada, las tres primeras categorías respondieron a los temores de que las publicaciones en los periódicos

<sup>462</sup> Warren y Louis Brandeis, "The Right to Privacy", 193.

<sup>463</sup> En cuanto al patrón de decisión judicial, Prosser, "Privacy", 389.

y las comunicaciones electrónicas posteriores estuvieran, en la frase de Brandeis, entrometiéndose en el derecho a ser “dejados a solas”.<sup>464</sup> Como tal, el crecimiento de estos daños a la privacidad, como la difamación, puede haber estado limitado por la protección de la libertad de expresión y la libertad de prensa, incluidas en la Primera y la Decimocuarta Enmiendas de la Constitución de los Estados Unidos.

Quizá debido a este ritmo de desarrollo inicialmente lento, pero anticipado a un cambio acelerado en la tecnología de las comunicaciones, el Congreso de Estados Unidos promulgó la Ley de privacidad de las comunicaciones electrónicas de 1986 (ECPA).<sup>465</sup> Los requisitos de la ECPA para el consentimiento del uso o de la retransmisión de datos personales han sido interpretados por los tribunales de Estados Unidos como exigencia de solo un consentimiento implícito, por lo que se establece un régimen en el que el uso de un sitio web suele ser suficiente para operar como consentimiento.<sup>466</sup> Podría decirse que esta regla de “exclusión voluntaria” favorece el flujo de información y fomenta la libertad de expresión basada en la Constitución de los Estados Unidos. También podría sostenerse que el ECPA ha impedido que los tribunales estatales amplíen su ley de privacidad estatal por temor a entrar en conflicto con los intereses federales.<sup>467</sup> La Unión Europea, por el contrario, en mayo de 2018 se movió en una dirección más restrictiva, cuando promulgó su Reglamento General de Protección de Datos (GDPR).<sup>468</sup> Un experto en Internet escribe que este documento de 88 páginas, complementado por la guía de la Junta Europea de Protección de Datos, las autoridades nacionales de supervisión y otros, es tan complejo que, para una decisión de negocios potencial gobernada por el GDPR, uno “deberá consultar un experto en GDPR”.<sup>469</sup> La diferencia fundamental entre el GDPR y la ley de

<sup>464</sup> El derecho a la privacidad.

<sup>465</sup> Estados Unidos de América, Congreso de los Estados Unidos, *Ley de privacidad de las comunicaciones electrónicas de 1986*, Pub. L. No. 99-508, 100 Stat. 1848 (codificado en 18 U.S.C. §§ 2510-23) (promulgada el 21 oct. 1986 como una enmienda al Título III del Omnibus Crime Control and State Streets Act of 1968, 42 U.S.C. § 3789D) (Wiretap Statute).

<sup>466</sup> Puede verse Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos para el Primer Circuito, *In Re Pharmatrak, Inc.* 329 F.3d 9 (2003); Goldman, *Internet Law*, 375-385.

<sup>467</sup> Permite a Google combinar datos de usuarios en cuentas y divulgarlos a terceros con fines publicitarios. Puede verse Tribunal de Distrito de los Estados Unidos, N.D. California, División de San José, *In re Google, Inc. Privacy Policy Litigation* (2014).

<sup>468</sup> Unión Europea, Parlamento y Consejo, *Reglamento (UE) 2016/679* (Bruselas, 27 de abril de 2016).

<sup>469</sup> Goldman, *Internet Law*, 361.

Estados Unidos, que está llevando a algunos negocios estadounidenses a retirarse del mercado europeo, es que el GDPR requiere un consentimiento expreso, un enfoque de “opt-in”, para la recopilación de datos personales.<sup>470</sup> Dicho esto, la legislatura de California ha promulgado un marco legal comparable al GDPR; con 10.000 palabras, la Ley de Privacidad de Protección al Consumidor de California (CCPA) está programada para entrar en vigencia en 2020.<sup>471</sup> No obstante, es posible que una medida legislativa estatal de este tipo se considere inválida como una violación de la autoridad suprema del Gobierno federal sobre la regulación del comercio interestatal o incluso como una violación directa de la libertad de expresión protegida por la Constitución.<sup>472</sup>

Quizás el mayor riesgo de una regulación internacional múltiple y conflictiva de la privacidad de los datos es que se “nacionalizara” Internet de la manera en que los estados autoritarios ahora favorecen. Es mucho más probable que mantengan la Internet proglobalizada que muchos verían como el mejor antídoto contra el autoritarismo nacionalista.<sup>473</sup>

### Consideraciones conclusivas

Permítanme concluir con un llamamiento al entendimiento entre abogados educados en las tradiciones de derecho civil y consuetudinario. Con esta exposición breve, pero necesariamente técnica, del common law of “torts” en los Estados Unidos debería haber quedado claro que el funcionamiento de este corpus de leyes se basa en un conjunto complejo de características institucionales: la asignación de responsabilidades dentro de los tribunales entre jueces y jurados; el límite entre el derecho de daños y perjuicios, en el que los tribunales definen implícitamente los derechos, tanto de propiedad como otros derechos personales, y luego sustituyen al mercado, al establecer precios en forma de daños por la infracción de esos derechos; el límite entre la decisión autorizada de los derechos

<sup>470</sup> Goldman, *Internet Law*, 361-367.

<sup>471</sup> California Legislative Information, “AB-375 Privacy: Personal Information: Businesses”, [https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill\\_id=201720180AB375](https://leginfo.ca.gov/faces/billTextClient.xhtml?bill_id=201720180AB375) (acceso mayo 21, 2020).

<sup>472</sup> Anula una medida estatal que regula el corretaje de datos. Corte Suprema de Estados Unidos, Sorrell, *et al. v. IMS Health Inc., et al.*, 564 U.S. 552 (2011).

<sup>473</sup> Bloomberg News, “The Great Firewall of China”, <https://www.bloomberg.com/quicktake/great-firewall-of-china> (acceso mayo 21, 2020).

privados y los efectos de la resolución de disputas privadas sobre los valores públicos, a veces constitucionales. La ley común del agravio es verdaderamente vasta porque, como escribió el poeta estadounidense Walt Whitman: “Muy bien, me contradigo; soy grande, contengo multitudes”.<sup>474</sup>

Del mismo modo que los estudiantes de Derecho del common law deben abordar el derecho civil con humildad en lugar de arrogancia (hacer preguntas en lugar de dar respuestas), podría ser el comienzo de un diálogo más feliz para los estudiantes de Derecho Civil, también para pasar un poco de tiempo en la cocina del anciano. Pruebe una comida o dos, sin supuestos dogmáticos acerca de que el cambio legal mediante un proceso de adjudicación por common law, que toma en cuenta las ciencias sociales y las humanidades, así como la ciencia y la tecnología, carece de principios, de rigor intelectual y de la claridad requerida por regularidad procesal y justicia sustantiva. Al menos, un abogado formado en el common law puede tener esperanza.

<sup>474</sup> Walt Whitman, “Song of Myself in Leaves of Grass (1855)”, <https://whitmanarchive.org/published/LG/1891/poems/27> (acceso mayo 21, 2020).

