



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@comunidad.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de
México
México

Orrego, Cristóbal; Ibáñez León, Arturo
DAÑOS INTENCIONALES VERSUS NO INTENCIONALES. LA RESPONSABILIDAD
CIVIL EXTRA CONTRACTUAL A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE DOBLE EFECTO
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 148, enero-abril, 2017, pp. 233-267
Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42749954007>

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

redalyc.org

Sistema de Información Científica
Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

DAÑOS INTENCIONALES VERSUS NO INTENCIONALES. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE DOBLE EFECTO*

INTENTIONAL VS. NON-INTENTIONAL HARM. TORT LAW LIABILITY IN LIGHT OF THE PRINCIPLE OF DOUBLE EFFECT

Cristóbal ORREGO**

Arturo IBÁÑEZ LEÓN***

RESUMEN: Se estudia el principio del doble efecto en sí mismo, como criterio ético de justificación y sus principales elementos. En seguida se aplica el principio a la estructura general de la responsabilidad civil extracontractual por daños. Se consideran los delitos y cuasidelitos, la responsabilidad estricta y el caso especial de la responsabilidad por daños de vecindad, a la luz del mencionado principio. Se concluye que las principales distinciones de ese principio (intentado/colateral y proporcionalidad del daño) ayudan a comprender y a justificar mejor esta área del derecho.

ABSTRACT: *The Principle of Double effect and its elements are analyzed as a moral standard of justification. Then the principle is applied to the general structure of tort law. Then a reflection is developed about the distinction between intentional and non intentional torts and strict liability, and the special case of nuisance is considered as a token of a nuanced application of the principle of double effect. It is contended that the distinction underlying the principle of double effect are useful to both explain and justify this area of the law.*

Palabras clave: Doble efecto, daños colaterales, responsabilidad civil extracontractual.

Keywords: *Double effect, collateral damage, tort law.*

* Artículo recibido el 15 de marzo de 2016 y aceptado para su publicación el 13 de septiembre de 2016.

**Doctor en derecho (Universidad de Navarra); profesor de teoría del derecho en la Pontificia Universidad Católica de Chile, corregos@uc.cl. Este artículo se adscribe al Proyecto Fondecyt 1130409 del Fondo Nacional de Ciencia y Tecnología de Chile. Agradecemos las orientaciones del profesor Cristian Banfi y la ayuda de los colaboradores del proyecto, señores René Tapia, Tomás Valenzuela, Álvaro Cordovez, Benjamín Sáenz y Felipe Ibarra.

****Magister Juris* (Universidad de Oxford); profesor de derecho civil en la Universidad Adolfo Ibáñez, arturo.ibanez@uai.cl.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado
nueva serie, año XLX, núm. 148,
enero-abril de 2017, pp. 233-267.

D. R. © 2017. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El principio de doble efecto*. III. *Los daños colaterales en el derecho civil*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La filosofía del derecho analiza críticamente los presupuestos de la ciencia jurídica y de las fuentes del derecho.¹ Filósofos del derecho como Ronald Dworkin, Karl Larenz, Joseph Esser, Chäim Perelman y Robert Alexy, entre otros, nos han hecho más conscientes del influjo de los principios ético-jurídicos y políticos más abstractos y generales en la argumentación jurídica, en todos los niveles de la elaboración del derecho, desde la dogmática jurídica hasta las sentencias judiciales. Así, afirma Larenz:

Si la ciencia del Derecho nos dice lo que es el Derecho *hic et nunc*, no por ello es por cierto capaz de hacer enunciado algunos sobre lo que es justo “en sí”. Tales enunciados tiene que dejarlos al filósofo, quien en verdad puede indicar ciertos principios, pero tiene que dejar sin resolver la aplicación al caso particular. La Ciencia del Derecho (dogmática, orientada al Derecho Positivo), al tener que tratar particularmente de esta “aplicación”, de lo justo aquí y ahora, es decir, de lo relativamente “justo”, no puede, sin embargo, prescindir de la mirada retrospectiva a los principios; es más, podría ser que aquella se hiciera más visible desde los principios y, por tanto, *mediatamente* desde la idea del Derecho, de lo que está dispuesto a conceder alguno que *sólo* contempla la variabilidad de su material. En esto la Ciencia del Derecho, trascendiendo su valor práctico en orden a la creación del Derecho, tiene un valor cognoscitivo propio. Finalmente se objeta contra el carácter científico de la Jurisprudencia que el jurista no puede aplicar normas jurídicas sin valorar; pero los juicios de valor no son susceptibles de fundamentación racional. En contra de esto, se debe mostrar aquí que eso es, por cierto muy posible dentro de ciertos límites, como demuestran precisamente los métodos desarrollados en la Jurisprudencia. En nuestra opinión, la aportación de la Jurisprudencia es precisamente el haber creado métodos de “pensamiento ordenado a valores” y el conseguir, con ayuda de tales métodos, los enunciados correspondientes sobre lo que es debido *hic et nunc*.²

¹ Kaufmann, Arthur, *Filosofía del derecho*, 2a. ed., trad. de L. Villar y A. M. Montoya, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999, pp. 39-43 y 48-57.

² Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, traducción por Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1966, p. 27, véase además pp. 203-221.

Larenz destaca, en las palabras transcritas, la clara conexión entre esos diversos niveles de ciencia y de discurso.

Por su parte, Robert Alexy defiende la *tesis del caso especial*, que hace particularmente relevante la correcta argumentación práctica general para el valor de la argumentación jurídica como caso especial. El núcleo de esta tesis consiste

...en sostener que la pretensión de corrección también se presenta en el discurso jurídico; pero esta pretensión, a diferencia de lo que ocurre en el discurso práctico general, no se refiere a que las proposiciones normativas en cuestión sean sin más racionales, sino que sólo a que en el marco del ordenamiento jurídico vigente puedan ser racionalmente fundamentadas.³

Esta tesis no permite trasladar sin más la corrección del discurso práctico general al discurso jurídico, que tiene sus propias exigencias y restricciones; pero sí hace relevantes los principios más básicos del orden ético general como un elemento en la argumentación jurídica, porque ésta se apoya también en “una fundamentación racional en el ordenamiento jurídico vigente”.⁴

Desde su particular teoría del derecho, Ronald Dworkin señaló la importancia de la especulación filosófica más abstracta para justificar y determinar el sentido de las normas jurídicas. Su empresa iusfilosófica fue sintetizada por él mismo cuando afirmó “que el razonamiento legal es un ejercicio de interpretación constructiva, que nuestro derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas legales como un todo, que consiste en la historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que pueden ser”.⁵ La relevancia de un enfoque filosófico estriba, en buena medida, en que la fuerza de un argumento jurídico surge “sólo cuando

³ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 213. Véanse también pp. 27-34, 39 y 205-213. La misma tesis, que en definitiva entronca con la visión más amplia de la relevancia de la fundamentación filosófica para la ciencia jurídica dogmática, se desarrolla ulteriormente en Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993, y Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, traducción de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994.

⁴ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, cit., p. 213.

⁵ Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia*, traducción de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2012, p. 11. Énfasis añadido.

distinguimos e identificamos las diversas dimensiones, a menudo competitivas, de valor político, las diferentes hebras entretejidas en el complejo juicio de que una interpretación hace que la historia de la ley sea mejor, tomando en cuenta todas las cosas, que cualquier otra”.⁶

Por esta razón, pensamos que desde la filosofía del derecho podemos proponer un principio iluminador de un área específica del derecho, un ámbito común a todos los ordenamientos jurídicos. Más concretamente, nos parece que el principio de doble efecto (PDE) —un principio de la ética filosófica clásica— es particularmente apto para enfocar con su luz la responsabilidad civil extracontractual, un área del derecho firmemente conectada con las exigencias de la justicia. Aunque el principio de doble efecto fue originalmente elaborado por los teólogos escolásticos, ha pasado a ocupar un lugar destacado en la filosofía analítica contemporánea de la acción y de la moral, y ha servido también para comprender aspectos relevantes de otras instituciones jurídicas.

Naturalmente, el PDE no es el único principio práctico relevante para la fundamentación de las reglas de responsabilidad civil extracontractual. No es ni siquiera el principio moral que justifica la obligación de reparar los daños causados por un agente. Los principios de la justicia correctiva y, en algunos casos, de la justicia distributiva, gozan de prioridad. Papayannis ha ofrecido recientemente una fundamentación de la responsabilidad extracontractual de acuerdo con esas consideraciones clásicas de justicia.⁷ En el capítulo IV de su obra, Papayannis ofrece una revisión de la justicia según la distinción aristotélica entre justicia correctiva —llamada posteriormente justicia conmutativa— y justicia distributiva, y explica en qué consisten y sus ámbitos de aplicación. Posteriormente, tras exponer varias teorías sobre la forma en que se relacionan la justicia correctiva y la justicia distributiva, defiende su tesis de que existe una cierta independencia normativa entre ellas. En el tercer capítulo, el autor menciona un principio interesante de división de la responsabilidad, que “deja a cargo de la sociedad en su conjunto la asignación a cada individuo de una porción adecuada y justa de bienes primarios y la neutralización de algunos infortunios del azar. En el con-

⁶ *Ibidem*.

⁷ Papayannis, Diego, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2014.

texto de una estructura básica justa, es problema de cada persona cómo resulta su plan de vida”.⁸ En el capítulo VI, el autor expone su propia teoría sobre la relación entre los tipos de justicia y la responsabilidad extracontractual, complementando su análisis con algunos criterios del análisis económico del derecho. Aunque sería desproporcionado hacernos cargo aquí de toda esta teoría, vale la pena llamar la atención sobre el hecho de que la justicia correctiva, supuesto un marco de justicia distributiva, exige reparar cuando se daña a otro porque, en tal caso, uno “emplea los recursos de la víctima como un medio para llevar adelante su propio plan de vida. En términos kantianos, el *daño injusto* constituye una instrumentalización de la víctima”.⁹

Según Papayannis:

En conclusión la responsabilidad extracontractual es una institución sumamente compleja, ya que desempeña distintas funciones. Brinda un cierto nivel de indemnidad, por medio de la compensación, y así el Estado cumple con sus obligaciones de *justicia distributiva*. Permite la realización de la justicia entre las partes, y de este modo se satisface la *justicia correctiva*. Finalmente, honra el principio de *división de responsabilidad*, al quedar el Estado al margen de las transacciones privadas de los individuos, ofreciendo solo su asistencia para ejecutar los términos equitativos que regulan la interacción entre particulares.¹⁰

No obstante, como esperamos mostrar, el derecho en general, como también la mayoría de las versiones de la ética filosófica, permite dañar bienes ajenos ya sea directamente en casos de necesidad grave y urgente, ya sea colateralmente en casos donde hay razón proporcionada para obrar. Aun así, subsiste la cuestión de si hay o no obligación de reparar ese daño justo. En otras palabras, la justicia conmutativa o correctiva, que prohíbe instrumentalizar a la persona, no prohíbe necesariamente los daños colaterales ni tampoco el daño de la propiedad ajena tanto de modo colateral como en cuanto medio para favorecer un bien superior en casos de estado de necesidad. Por eso, el PDE y las realidades prácticas que subyacen a su formulación constituyen elementos justificativos adicionales

⁸ *Ibidem*, p. 206 (el texto citado está en cursiva en el original).

⁹ *Ibidem*, p. 325.

¹⁰ *Ibidem*, p. 328.

e imprescindibles para comprender algunos rasgos de la responsabilidad extracontractual, presentes en diversas jurisdicciones.

En este artículo haremos uso, en una cierta medida, del enfoque de derecho comparado, con el solo objeto de darle una mayor universalidad a la reflexión filosófica sobre un área del derecho positivo. Como dice Gutteridge, “también pueden practicar la comparación los filósofos del Derecho para establecer los conceptos y principios que se hallan en la base de todos los sistemas de Derecho del mundo civilizado”.¹¹

Consideraremos especialmente los ordenamientos jurídicos nacionales de unos pocos países. No mencionaremos, por parecernos un atrevimiento, las normas básicas del sistema mexicano, puesto que suponemos que poco o nada podríamos añadir a lo que los lectores de la República hermana ya de sobra saben. Nuestra intención no es exponer el derecho positivo, ni siquiera el derecho comparado, en sus detalles más intrincados. Por el contrario, pretendemos ofrecer una reflexión desde la filosofía del derecho acerca de la presencia, en el derecho positivo, de algunas distinciones fundamentales que proceden del sentido moral común y que la ética filosófica ha recogido en el PDE.

Con esta finalidad, procederemos a explicar, en primer lugar, la lógica de sentido común y las distinciones que subyacen al PDE, en sus formulaciones contemporáneas más refinadas (sección II). Después exponremos los criterios básicos de la dogmática civil sobre la responsabilidad extracontractual, en perspectiva comparada (sección III). Nos fijaremos en la línea gruesa de la respuesta común que diversas jurisdicciones dan a situaciones y problemas semejantes. Sólo indicaremos las diferencias que sean relevantes para los fines de nuestro análisis. Al hilo de esta exposición intentaremos mostrar la luz que el PDE arroja sobre las normas jurídicas de responsabilidad extracontractual. En este caso, sobre todo se trata de reflexionar sobre la presencia, en las soluciones jurídicas bajo estudio, de los dos elementos fundamentales del PDE: la diferencia entre lo intencional y lo no intencional (aun cuando sea previsto con certeza) y los criterios de proporcionalidad del daño tolerado. Finalmente, ofrecemos

¹¹ Gutteridge, Harold Cooke, *El derecho comparado*, trad. de Enrique Jardí, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, 1954, p. 21. Véase también el valor más general del derecho comparado en Zweigert, Konrad, *Introducción al derecho comparado*, traducción de Arturo Aparicio, México, Oxford University Press, 2002.

una serie de conclusiones como propuestas para la dogmática jurídica y para la función jurisdiccional (sección IV).

II. EL PRINCIPIO DE DOBLE EFECTO

Dos orientaciones básicas se disputan el campo de la ética filosófica contemporánea: las éticas deontológicas o del deber, cuyo máximo representante es Immanuel Kant, y las éticas teleológicas o de las consecuencias, que hallan en el utilitarismo su concreción más conocida. Aunque existe cierto consenso en que la división es inadecuada o simplificadora, con finalidad pedagógica, cabe afirmar que lo propio de las éticas deontológicas es que se expresan mediante normas y deberes, especialmente prohibiciones absolutas, que no admiten excepción, cualesquiera que sean las consecuencias; mientras que las éticas teleológicas exigen un juicio prudente, caso a caso, acerca de la acción, para procurar maximizar el bien o minimizar el mal que serán causados por las acciones.¹²

Una ética puramente utilitarista o teleológica no prohíbe causar males para conseguir bienes, ni siquiera los males intencionales más graves, siempre y cuando se justifiquen por la relevancia de los bienes que se conseguirán o de los males mayores que se evitarán. El derecho, sin embargo, en consonancia con el sentido común, establece algunas conductas que jamás son lícitas, con independencia del cálculo de utilidad. Sin embargo, también el derecho, como el sentido común, permite tolerar ciertos males en situaciones de conflictos irresolubles, como la muerte del agresor injusto en la legítima defensa o de los enemigos en una guerra justa, o como el sacrificio directo de algunos bienes subhumanos en casos de estado de necesidad. Es decir, aparentemente, ni el derecho ni el sentido común moral asumen una ética deontológica tan exigente que jamás sea lícito de ninguna manera *causar* ciertos males aun graves, sin excluir incluso la muerte de seres humanos.¹³

¹² Véanse estas dos obras, entre muchas, la primera favorable a una ética no consecuencialista y la segunda abierta a la ética teleológica: Carrasco, María Alejandra, *Consecuencialismo. Por qué no*, Pamplona, Eunsu, 1999, y Salzman, Todd A., *Deontology and Teleology. An Investigation of the Normative Debate in Roman Catholic Moral Theology*, Louvain, Leuven University Press, 1995.

¹³ Un somero recorrido por obras de ética especial, de diversa orientación filosófica, permite advertir que todas procuran hallar el fundamento de estas aparentes o reales ex-

Esta situación fue explicada y justificada por la filosofía moral clásica con una doble distinción.

Por una parte, se distingue entre bienes humanos personales tan importantes que nunca es lícito dañarlos directamente, a los que algunos autores, como Germain Grisez y John Finnis, llaman hoy *bienes humanos básicos* (por ejemplo la vida, la verdad, etcétera), y los bienes no básicos, especialmente aquellos subhumanos, como los vivientes irracionales y los seres materiales, que en caso de necesidad pueden ser sacrificados directamente para servir al bienestar humano.

Por otra parte, la ética clásica distinguió entre lo intencional y lo no intencional en las acciones voluntarias; es decir, entre lo que se quiere y elige como medio o como fin de la acción (lo intencional) y lo que esa acción causará —*i. e.* producirá como efecto, incluso necesariamente— a pesar de no ser querido directamente por el agente (efectos indirectos o no intencionales). Esta distinción permite afirmar que nunca es lícito dañar intencional o directamente un bien humano básico, pero que puede ser lícito: *i*) dañar intencional o directamente un bien no básico (especialmente si es subhumano) como medio para conseguir un fin bueno, y también *ii*) dañar indirectamente un bien humano básico —incluso la vida humana— como efecto colateral de una acción dirigida a otro propósito; es decir, como efecto no querido en sí mismo ni como fin ni como medio.

Sin embargo, no basta que el bien dañado sea “no básico” o que, aun siendo básico, sea dañado “no intencionalmente”, sino colateralmente, para que la acción esté éticamente justificada. En efecto, existe el deber *prima facie* también de evitar esos males y de no causarlos, ni siquiera colateralmente, en principio. Mas este deber no puede ser absoluto, como

cepciones a las prohibiciones de dañar al prójimo en su persona o en sus bienes. Véanse, a modo de ejemplo, Gómez Pérez, Rafael, *Problemas morales de la existencia humana*, Madrid, Editorial Magisterio, 1993, pp. 173-176 (guerra justa), 185 (matar en legítima defensa); Ewing, A. C., *Ethics*, Nueva York, MacMillan Publishing, 1965, pp. 113 y 114 (guerra y daño a los demás); Fagothey, Austin, *Ética: teoría y aplicación*, traducción de Carlos Gerhard, México, Nueva Editorial Interamericana, 1984, pp. 365-369 (guerra justa), 202 y 203 (legítima defensa), 197-201 (aborto indirecto); Bourke, Vernon J., *Ethics. A Textbook in Moral Philosophy*, Nueva York, MacMillan Company, 1967, p. 356 (daño a otros en caso de necesidad), 353 (legítima defensa), 436-438 (guerra justa); Thiroux, Jacques P., *Ethics: Theory and Practice*, Upper Saddle River, Pearson Prentice Hall, 2007, pp. 190 y 191 (guerra justa) y 187 (legítima defensa).

D. R. © 2017. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, núm. 148, pp. 233-267.

lo son los deberes negativos de abstenerse de acciones intencionales absolutamente prohibidas (por ejemplo, el asesinato o la tortura). En relación con el deber de no causar males, o de evitar males, existen dos posiciones extremas. Una es el utilitarismo y las éticas teleológicas en general, que acabamos de mencionar, puesto que no vedan por principio la causación —intencional o no: esto es irrelevante— de ningún mal. En este marco de referencia, por principio no hay ningún tipo de acción que deba ser excluida perentoriamente de la deliberación moral, o que el derecho no pueda autorizar bajo determinadas circunstancias. Se trata de la posición extrema resumida en el impreciso adagio de que el fin justifica los medios. Ningún sistema jurídico ha admitido esta posición, pues en todos ellos hay algunas conductas tipificadas como delitos que no admiten justificación (aunque los factores subjetivos del agente puedan admitir excusa parcial o total o alguna otra forma de exclusión de la responsabilidad o de la pena).

La otra solución extrema posible, teóricamente, consiste en prohibir causar daños, independientemente de que sean directos o indirectos, intentados o colaterales. Una ética así paralizaría la acción, porque son corrientes las situaciones en que por hacer el bien se produce causalmente o se incurre en el riesgo de producir causalmente algún mal. Una prohibición absoluta parecería exigir no obrar de ninguna manera; pero incluso esto sería incoherente, pues de la omisión de obrar también pueden seguirse males que debieron impedirse. Ningún sistema moral ha propuesto una exigencia tal de no obrar, para no causar males colaterales, que tolere la producción de cualquier mal causado por influjos causales naturales a los que la acción humana no pone obstáculo. En consecuencia, los sistemas jurídicos también prevén situaciones en las cuales los agentes deben o al menos les es lícito actuar a pesar de producir males no deseados con su acción. La ética clásica y, más recientemente, una corriente importante en la ética analítica, desde Elizabeth Anscombe a nuestros días, proponen como criterio diferenciador de estas situaciones el PDE o la articulación de las dos distinciones que le subyacen, ya mencionadas: no intencionalidad y proporcionalidad.

El PDE puede formularse de varias formas y con diverso número de requisitos, según que algunos abarquen sintéticamente aquellos que en fórmulas más extensas se distinguen. Así formula Miranda el PDE clásico, con cuatro condiciones:

Es lícito realizar un acto del cual se siguen dos efectos, uno bueno y otro malo, con tal de que se cumplan cuatro condiciones simultáneamente: 1a. que el acto no sea en sí mismo malo; 2a. que el fin del agente sea bueno; 3a. que el efecto malo no sea un medio para alcanzar el efecto bueno; y 4a. que exista una razón proporcionalmente grave para realizar el acto a pesar del efecto malo.¹⁴

Alejandro Miranda ofrece, por su parte, una formulación más explícita, que describe la hipótesis a que se aplica el PDE (*i. e.*, la acción ambigua o de doble efecto) y cinco requisitos para su licitud:

Si de un acto humano se siguen dos efectos, uno bueno y uno malo, y este último es de aquellos que no es lícito intentar, tal acto sólo se justifica cuando se cumplen simultáneamente los siguientes requisitos: 1o. que el acto, si se considera con independencia del efecto malo, sea lícito; 2o. que sólo el efecto bueno sea fin del acto; 3o. que el efecto malo no se elija como medio para conseguir el bueno; 4o. que no exista una manera menos perjudicial de alcanzar el efecto bueno; y 5o. que el agente no esté más obligado a evitar el efecto malo que a conseguir el efecto bueno.¹⁵

En consecuencia, el agente debe deliberar sobre varios aspectos de la acción ambigua, ya sea que se los formule como dos, cuatro o cinco. También podemos reducirlos a tres cuestiones relevantes para el derecho (dejando de lado que el agente tenga recta intención del bien y solamente tolere el mal): *i*) ¿es en sí misma lícita la acción propuesta, a pesar de sus consecuencias malas?; *ii*) los efectos malos previstos, ¿son secundarios, colaterales, o, por el contrario, son necesarios como medios para conseguir el bien ulterior que me propongo?; y *iii*) hay una razón proporcionalmente importante para tolerar esos efectos malos no deseados, de tal manera que se justifique obrar y no esté obligado a abstenerme?

El juicio de proporcionalidad también ha sido bastante elaborado por la filosofía moral clásica. Miranda aporta la siguiente síntesis:

La sistematización común que, en lo sucesivo, los moralistas de la tradición del doble efecto hacen de estos criterios dice lo siguiente: la causa o razón

¹⁴ Miranda, Alejandro, *El principio del doble efecto*, Hildesheim, Georg Olms, 2014, pp. 19 y 182 (en los dos lugares se repite la misma formulación tradicional).

¹⁵ *Ibidem*, p. 202.

justificante (*i. e.*, el efecto bueno que se intenta) debe ser tanto mayor o más grave cuanto: *i*) más grave es el efecto malo; *ii*) más próximo es el efecto malo; *iii*) más seguro es que se seguirá el efecto malo; *iv*) más necesaria es la acción para que el efecto malo tenga lugar, es decir, más seguro es que si el agente omite el acto el efecto malo no se producirá; *v*) mayor es la obligación, en virtud del estado u oficio del agente, de impedir el efecto malo, y *vi*) menos derecho se tiene a realizar la acción.¹⁶

En el ámbito jurídico se ha sostenido que algunos fragmentos del PDE subsisten en las doctrinas constitucionales sobre la proporcionalidad o la razonabilidad de las restricciones de derechos fundamentales.¹⁷ Nosotros queremos afirmar ahora que algunas de estas distinciones también están presentes, explícita o implícitamente, y son relevantes en el derecho civil de daños. Para mostrarlo nos apoyaremos en la doctrina jurídica o dogmática civil, según unos pocos autores representativos.

Si recapitulamos lo expuesto en esta sección, podemos decir que hemos de estar atentos al recordar las reglas y principios de la responsabilidad civil por daños, a la existencia y a la relevancia de las nociones y distinciones que fundamentan el PDE, y concretamente a los siguientes puntos fundamentales:

1. En qué medida las normas de responsabilidad civil por daños distinguen entre lo que es intencional y lo que no es intencional, y en qué medida esa distinción influye en que se atribuya responsabilidad o entre la medida de la responsabilidad (por ejemplo, extensión de los daños indemnizables, cuantía de la indemnización, etcétera).
2. En qué medida esas normas y principios consideran algún criterio de proporcionalidad (a) para considerar lícita una acción que, aun cuando no intenta dañar, daña colateralmente a terceros, y (b) para obligar a indemnizar daños colaterales causados por esas acciones lícitas, o bien, por el contrario, (c) eximir incluso de la obligación de indemnizar por los daños colaterales.

¹⁶ *Ibidem*, p. 380.

¹⁷ *Cfr.* Orrego Sánchez, Cristóbal, “Principio de proporcionalidad y principio de doble efecto. Una propuesta desde la filosofía del derecho”, *Dikaion*, vol. 24, núm. 1, pp. 117-143.

Se ha de tener en cuenta que según la doctrina ética tradicional del doble efecto, los daños a los bienes no personales (como la propiedad ajena) se pueden justificar por una causa proporcionada, como el estado de necesidad, incluso si son intentados directamente. Una cuestión que nosotros queremos plantear es si, y en qué medida, existen situaciones en las cuales esos daños no se justificarían si fueran intentados directamente, pero que se justifican cuando son colaterales. Además, nos parece de interés jurídico considerar todos los otros casos en los que no está en juego el PDE como principio justificador de una acción que causa un daño colateral, sino donde, más bien, las distinciones subyacentes al PDE (*i. e.*, intencionalidad y proporcionalidad) son relevantes para atribuir responsabilidad o diferenciar su quantum.

Vamos, pues, al repaso de la dogmática civil relevante.

III. LOS DAÑOS COLATERALES EN EL DERECHO CIVIL

Con el fin de arribar de la manera más clara posible a la cuestión sumamente específica de la responsabilidad por daños colaterales, y, además, para tener una visión panorámica de la relevancia de las distinciones subyacentes al PDE para el derecho de daños en general, presentamos una síntesis que parte de lo más general de dicho ámbito del derecho y va descendiendo a situaciones más específicas. A lo largo de la exposición, basada fundamentalmente en obras más o menos representativas de la dogmática civil, intercalaremos nuestros comentarios sobre la aplicación del PDE (o de las distinciones subyacentes). Naturalmente, como ha mostrado John Finnis en relación con el derecho inglés, la jurisprudencia no mantiene firme, siempre, la distinción entre lo intentado y lo meramente previsto y no intentado; ni aparece con nitidez el elemento de la proporcionalidad. Hay fluctuaciones. Sin embargo, procuraremos mostrar que a la doctrina jurídica más extendida subyace una lógica interna que se hace eco de los elementos del PDE, en general, excepto cuando se producen las confusiones señaladas por Finnis: entre lo intentado y lo meramente deseado; entre lo no intentado y lo no deseado; entre lo intentado y lo meramente previsto, etcétera.¹⁸

¹⁸ Finnis, John, "Intention in Tort Law", en Finnis, John, *Intention and Identity. Collected Essays*, vol. II, Oxford, OUP, 2011, pp. 199-220.

1. *Consideraciones sobre el marco general del derecho de daños*

El marco general del derecho de daños puede resumirse de la siguiente manera, sólo para los efectos de detectar en esta materia los elementos del PDE.

En primer lugar, la responsabilidad civil suele definirse como la obligación de reparación que recae sobre una persona en favor de otra como consecuencia de la comisión de un ilícito civil; esto es, la infracción de un deber de conducta para con otro; se trata, pues, de una obligación secundaria que surge como consecuencia de la infracción de un deber u obligación primarios, o, desde otro punto de vista, de la violación o infracción del derecho correlativo (e incluso, a veces, de la infracción de un interés legítimo). Así, dice Corral: “La responsabilidad civil aparece vinculada esencialmente al daño que sufre una o más personas individualizables, y al deber que tiene alguien de repararlo o compensarlo con medios equivalentes”.¹⁹ Y también: “La imputación a una persona de la obligación de reparar un perjuicio es lo que constituye el contenido esencial del concepto de responsabilidad civil”.²⁰

En segundo lugar, se distingue —como clasificación básica de los tipos de responsabilidad civil por daños— entre, por una parte, la infracción a un deber de conducta contractual (incumplimiento de contrato: responsabilidad civil contractual) y, por la otra, la infracción de un deber de conducta no contractual (responsabilidad civil extracontractual). Esta dicotomía subsiste tanto en los principales sistemas del derecho continental (Francia) como en el *common law* (Inglaterra). En efecto, como afirma Enrique Barros, “tanto el incumplimiento del contrato como el ilícito no contractual son fuentes de responsabilidad civil: en ambos casos el deudor contrae la obligación de indemnizar los perjuicios sufridos por el demandante”.²¹ Esta distinción entre “dos bloques normativos”, correspondientes a “dos tipos de responsabilidad o de deber de indemnización de daños y perjuicios”, es, según Díez-Picazo, “bastante anti-

¹⁹ Corral Talciani, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Legal Publishing Thomson Reuters, 2013, p. 16.

²⁰ *Idem.*

²¹ Barros Bourie, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, p. 19.

gua y cruza todas las codificaciones del Derecho civil en el Occidente europeo”.²²

Algunos sistemas jurídicos —especialmente en la tradición francesa, como en España y Chile— incluyen dentro del concepto de ilícito civil, además, la noción de daño como efecto diverso de la acción en sí misma, y definen el daño en el más amplio sentido. “El dolo y la culpa producen efectos civiles si causan daño; en caso contrario, el Derecho Civil se desentiende de ellos”.²³ Y el daño se define como “todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etcétera”.²⁴

En este marco general, se reconocen dos grandes modelos de responsabilidad civil extracontractual: la responsabilidad basada en la culpa del agente y la responsabilidad estricta, objetiva o que no exige probar la culpa. Se entiende aquí la culpa en sentido amplio, que comprende el dolo y la culpa en sentido estricto (negligencia, imprudencia). Según el primer modelo, se incurre en responsabilidad civil en la medida en que la conducta que causa daño es susceptible de ser objeto de un juicio negativo de valor, ya sea porque constituye un hecho doloso (culpa intencional) o un hecho culposo (culpa en sentido estricto o negligencia).

Los modelos de atribución de responsabilidad, que tradicionalmente han coexistido en todos los sistemas jurídicos, son el de responsabilidad por culpa o negligencia, que hace responsable al tercero que causa el daño a condición de que haya actuado con culpa o dolo, y el de responsabilidad estricta u objetiva, que establece la obligación de reparar todo daño que se produzca en el ejercicio de cierta actividad, cualquiera sea la diligencia empleada (de manera similar a lo que en el derecho contractual se conocen como obligaciones de garantía).²⁵

Manuel Albaladejo describe estos dos modelos de una manera en la cual ya despuntan las distinciones éticas relevantes:

²² Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. V: La responsabilidad civil extracontractual, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011, p. 209.

²³ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago, Ediar Editores Limitada, 1983, t. I, p. 209.

²⁴ *Ibidem*, p. 210. Véanse también Barros Bourie, Enrique, *Tratado...*, *cit.*, p. 15, y Corral Talciani, Hernán, *Lecciones...*, *cit.*, pp. 16 y 60.

²⁵ Barros Bourie, Enrique, *Tratado...*, *cit.*, p. 25.

Mediando culpa, la razón de que nazca la obligación de reparar el daño causado es obvia: toda persona responde de los actos que le sean imputables; y si el acto imputable a una daña a otra, aquélla, que responde de él, debe quedar obligada a reparar el daño que causó.

Los casos en que, aun no existiendo culpa, se responde del daño infligido a otro, se justifican porque la ley, si bien permite que sean usadas ciertas cosas, observadas ciertas conductas, etc., que, proporcionando un beneficio a unos, crean también un riesgo, sólo lo permite sobre la base de que el que se beneficie de ellas repare al que lo padezca el daño que, aun sin culpa, eventualmente pueda producir el riesgo.

Nuestro Derecho civil, como regla, acoge la responsabilidad por culpa; y, sólo en algunos casos, como excepción, la responsabilidad objetiva.²⁶

En el ámbito anglosajón, también se distingue entre algunos ilícitos civiles (*torts*) “que requieren probar falta o culpa, lo cual significa actuar con un estado de mente particular (usualmente con la intención de producir un resultado particular) o dejar de tener tanto cuidado como el que la persona razonable habría tenido (negligencia)”,²⁷ mientras que “otros ilícitos civiles imponen responsabilidad estricta”, en cuyo caso “no se exige probar la falta o culpa del demandado”.²⁸

El hecho de que el régimen general sea de responsabilidad subjetiva —que exige probar la culpa en sentido lato— y sólo excepcionalmente se admita la responsabilidad objetiva —indiferente a la existencia o no de un juicio de reproche subjetivo— manifiesta, a nuestro modo de ver, el sentido común moral, en cuanto que nos hacemos responsables de nuestros actos libres; pero, por otra parte, si hay actuaciones lícitas —no culpables— que causan daños, esos daños no son intentados, sino solamente colaterales de la actuación legítima. En tal caso, es lícito causar el daño, aunque el derecho a veces asigne la carga solamente al que lo padece y otras veces obligue a compensar a quien se beneficia de la actuación lícita

²⁶ Albaladejo, Manuel, *Derecho civil*, Barcelona, José María Bosch, 1997, t. II, vol. II, pp. 484 y 485 (véase más ampliamente pp. 479-533). Véanse además, Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1995, vol. II, pp. 597-645; Alesandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual...*, cit., p. 92; Corral Talciani, Hernán, *Lecciones...*, cit., pp. 78-80; Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos...*, cit., p. 22.

²⁷ Winfield & Jolowicz, *Tort*, 19a. ed., edición de W. E. Peel & J. Goudkamp, Londres, Sweet & Maxwell, 2104, p. 49.

²⁸ *Idem*.

dañosa. Si en los casos de responsabilidad estricta se incurre en responsabilidad civil en virtud de la mera causación de un daño determinado, sin que se exija culpa (en sentido amplio) por parte del agente, se puede sostener que estamos ante dos situaciones simétricas: en los casos de actuaciones ilícitas por dañinas con culpa o dolo, el derecho siempre exige compensar a la víctima; en los casos de actuaciones sin culpa ni dolo —es decir, aquellas en las que en principio se estima que no hay intención de dañar ni tampoco negligencia en la actuación—, la regla general es que, aunque causen daño, se trata de un daño tolerable a costa de la víctima, mientras que por excepción hay responsabilidad estricta: la actuación sigue siendo considerada lícita, pero se carga al agente el costo de su realización.

Enrique Barros afirma lo siguiente:

La responsabilidad estricta se diferencia técnicamente de la responsabilidad por culpa en que no exige negligencia del autor del daño. En su versión más pura, la responsabilidad estricta queda configurada por la mera relación causal entre el hecho del demandado y el daño sufrido por el demandante. Desde el punto de vista funcional, tiene como fundamento el riesgo creado por quien desarrolla la actividad respectiva y no la omisión de deberes de cuidado, de modo que es innecesario, a efectos de dar por establecida la responsabilidad, hacer un juicio de valor respecto de la conducta del demandado. Basta que el daño se produzca a consecuencia de una actividad cuyo riesgo la ley ha sometido a un estatuto de responsabilidad sin negligencia.²⁹

Naturalmente, en los casos de responsabilidad estricta también podría haber habido, además de la relación causal, algún tipo de culpa subjetiva de parte del agente; pero el hecho de que esta posibilidad sea irrelevante demuestra que, por excepción, el derecho puede atender exclusivamente a la justa distribución de las cargas o costos de actividades consideradas en principio legítimas. Igual que la ética en los casos de doble efecto, la regla general es que la actividad puede realizarse lícitamente y que los efectos colaterales (no intentados) no son de responsabilidad de quien la realiza sin culpa —sin intentar dañar a otro y sin negligencia en el cumplimiento

²⁹ Barros Bouric, Enrique, *Tratado...*, cit., p. 29. Véanse también Corral Talciani, Hernán, *Lecciones...*, cit., pp. 84 y 214-216; Díez-Picazo, Luis, *Fundamentos...*, cit., pp. 281 y 282; Winfield & Jolowicz, *Tort*, cit., p. 53.

de su deber de evitar daños—; pero, por excepción, la distribución de la carga de soportar los malos efectos de actividades lícitas, que se suponen ventajosas para el agente, recaen sobre el agente mismo.

Al parecer, existe consenso en que el modelo de responsabilidad por culpa —la responsabilidad por hechos dolosos y por hechos culposos (culpa en sentido estricto)— constituye la regla general, y que el régimen de responsabilidad estricta tiene carácter excepcional. “La construcción del sistema de responsabilidad sobre el principio de la culpa es común a todo el derecho occidental”.³⁰ En efecto, “existe ya un cierto consenso en que las pretensiones de extinguir la responsabilidad fundada en la culpa han fracasado, y que el factor subjetivo continúa siendo el eje principal del sistema de responsabilidad civil”.³¹ En fin, la responsabilidad estricta, que hace padecer la carga del daño colateral al agente, es suavizada de diversas formas, lo cual parece indicar que es relevante la diferencia entre causar daño mediante una actuación ilícita culpable que el causarlo mediante una acción lícita no culpable (o respecto de la cual no se exige probar culpa). Dice Corral:

Además de su aplicación sectorial, el modelo de la responsabilidad objetiva suele ser moderado con ciertas formas de limitación de la responsabilidad. Se mencionan entre ellas la tarificación o limitación del monto de la indemnización reclamable, la consideración de causas especiales de exoneración, la constitución de fondos de limitación de responsabilidad o de garantía y la obligatoriedad en la constitución de seguros.³²

El carácter residual, fragmentario y excepcional, sometido a limitaciones, de la responsabilidad estricta se hace eco de que la regla general en el derecho es la misma que subyace al PDE: las acciones ilícitas (por culpa) dar origen a responsabilidad; las acciones lícitas (sin culpa), aunque sean dañosas de terceros, en principio no originan responsabilidad. Los efectos dañinos colaterales, sin dolo ni culpa, se consideran por regla general justificados por el derecho y ni siquiera dan derecho a una compensación. Ellos son los daños colaterales normales, que la convivencia exige a todos tolerar, y que, *a contrario sensu*, autoriza a todos a causar a sus semejantes

³⁰ Corral Talciani, Hernán, *Lecciones...*, cit., p. 81.

³¹ *Ibidem*, p. 96.

³² *Ibidem*, p. 217.

dentro de los límites supuestos de los dos modelos de responsabilidad. El PDE, por lo demás, no autoriza a causar daños desproporcionados —en tal caso, causarlos libremente constituye un acto culpable—; pero incluso respecto de los daños proporcionados y, por ende, lícitamente causados o arriesgados, el PDE no nos dice quién debe padecer la carga, si el agente o la víctima o la sociedad.

2. *Los elementos del PDE en las distinciones entre dolo y culpa*

Si consideramos ahora los elementos necesarios para atribuir responsabilidad en los dos modelos, veremos que también aparecen las distinciones clásicas del PDE.

En el régimen de responsabilidad por culpa se exige: i) el hecho subjetivamente imputable con la *subjetividad mínima* de que se trate de un hecho voluntario de una persona capaz; ii) la culpa en sentido lato: culpa intencional (dolo) o culpa en sentido estricto (negligencia, imprudencia); iii) el daño, y iv) la relación de causalidad.³³ El PDE presupone la actuación libre i), y enseguida distingue claramente entre lo intentado y lo no intentado ii). Dentro del ámbito de aquellos daños iii) causados iv) sin intentarlos cabe distinguir si se ha puesto el cuidado debido para evitar el daño o no se ha hecho. El PDE afirma que no es debido ese cuidado o esfuerzo para evitar el daño cuando este daño es colateral y hay proporcionalidad que hace razonable tolerarlo —independientemente de a quién corresponda asumir la carga del daño—. Por lo tanto, el caso de responsabilidad por culpa en sentido estricto (negligencia en el obrar, es decir, en obrar de tal manera que se evite dañar al prójimo) está entre aquellos que el PDE no justifica precisamente porque, a pesar de ser un daño no intentado, debió haber sido evitado: el agente tenía la responsabilidad de evitarlo.

En el régimen de responsabilidad estricta, por su parte, se exige: i) un hecho que genera el riesgo de daño (una actividad o la tenencia de una cosa); ii) la efectiva materialización del riesgo en la producción del daño, y iii) la relación de causalidad. Si se observa, el derecho realiza un juicio de valor sobre esas actividades riesgosas o dañinas: ellas no son *per se* malas, pues no se proponen ni como fin ni como medio dañar al prójimo; ellas

³³ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual...*, cit., p. 129; Barros Bourie, Enrique, *Tratado...*, cit., p. 61; Corral Talciani, Hernán, *Lecciones...*, cit., p. 100.

pueden realizarse con suficiente cuidado, es decir, cumpliendo la obligación de evitar los daños evitables. Por lo tanto, cualquier daño que se produzca es colateral, no negligente y, en alguna medida, tolerable: es tolerable que se produzca, aunque no sea aceptable que lo asuma la víctima. La sociedad no impone al agente derechamente evitar el daño.

El caso de responsabilidad estricta equivale a aquel en que el PDE justifica causar el daño. Mejor dicho, justifica la *acción lícita* del agente aunque de ella se siga un daño proporcionado, que el agente no estaba obligado a evitar. Pero el derecho, no por negar la licitud de la acción, sino por razones de distribución de cargas, estima que el agente debe asumir los costos colaterales de su propia actuación, en su totalidad o parcialmente.

A continuación consideremos más de cerca la relevancia —no solamente la existencia— de la distinción entre dolo y culpa (negligencia) respecto del daño causado. Si se trata de daños que no debieron intentarse (dolo) o que, aun siendo colaterales respecto de la acción intentada, debieron evitarse con suficiente cuidado y no se evitaron (culpa), es evidente que son daños que el PDE no justifica ni producir ni arriesgar ni tolerar. No tratamos aquí del PDE como justificador, sino de la relevancia de la distinción intentado/no intentado (o directo/colateral), desde el punto de vista moral y jurídico, incluso cuando en cualquier caso se incurre en responsabilidad.

Pues bien, el examen del derecho positivo muestra una notable coincidencia con el sentido ético común. La distinción es sumamente relevante, porque los daños no intencionales, por regla general, no generan responsabilidad civil. Generarán responsabilidad civil: i) los daños intencionales (dolo: culpa intencional) y ii) ciertos daños no intencionales, en la medida en que se incurra en la infracción de un deber de cuidado (culpa en sentido estricto). Esto es, generan responsabilidad civil aquellos actos que, si bien no persiguen causar el daño (no son queridos ni como medio ni como fin), son reprochables porque constituyen una infracción a un deber de cuidado (noción objetiva de culpa). Tal como sucede en los casos considerados por el PDE, los actos dolosos de causar daño son por regla general indemnizables —por excepción no lo serán cuando no se constituya el ilícito, por ejemplo, por estado de necesidad—, pues todo agente debe abstenerse de la mala acción; en cambio, los actos de evitar un daño —incluso procedente de la propia actuación— no son siempre obligatorios, sino solamente cuando caen bajo el deber positivo de cuidado en el obrar y no

hay un bien proporcionado que podría justificar tolerar la producción del daño o el riesgo respectivo. Excepcionalmente, se incurrirá en responsabilidad civil por la mera causación de un daño aun cuando no haya existido culpa intencional ni la infracción de un deber de cuidado. Es el caso de las hipótesis de responsabilidad estricta.

Ahora bien, como han mostrado Cristián Banfi y otros autores,³⁴ la distinción entre el dolo y la culpa, entre el delito y el cuasidelito, también es relevante bajo otros aspectos. La relevancia de la distinción puede trazarse desde el derecho romano. La dicotomía entre delitos y cuasidelitos civiles tiene sus orígenes en el derecho romano. Ahora bien, con respecto a la situación en el derecho romano clásico, existen dos visiones.

En una primera etapa, sólo existía la categoría de los delitos civiles (concebida simplemente como la infracción de un derecho). La categoría de los delitos civiles, en conjunto con la categoría de los contratos, constituía las fuentes de las obligaciones que aparecen recogidas en las Institutas de Gayo (mediados del siglo II d. C.). Los delitos civiles recogidos en las Institutas son cuatro, y comprenden hipótesis de hechos dolosos y culposos. Luego, en el Digesto de Justiniano (siglo VI d. C.), aparece la distinción entre delitos y cuasidelitos.

La visión tradicional sostiene que la categoría de los cuasidelitos surgió por expansión: hipótesis que no estaban comprendidas en la categoría de los delitos civiles (y que en un principio estaban agrupadas, en conjunto con aquellas hipótesis que posteriormente constituirían la categoría de cuasicontratos, bajo una genérica tercera categoría consistente en “diversos hechos generadores de obligaciones”) pasaron a constituir una categoría adicional de ilícitos civiles: los cuasidelitos. En el Digesto, las hipótesis de cuasidelitos corresponden a hipótesis de responsabilidad estricta. A esta visión tradicional se opone la interpretación de Erich Dorscheemaeker. Según este autor, la categoría de los cuasidelitos civiles surgió por sustracción: la categoría de los cuasidelitos surgió como consecuencia de una contracción de la categoría de los delitos civiles. El delito civil pasa a entenderse como la violación de un derecho cometida con culpa (dolo o culpa en sentido estricto). De esta forma, hipótesis de responsabilidad

³⁴ Banfi del Río, Cristián “El principio del doble efecto y la responsabilidad civil”, en *Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, ed. a cargo de Álvaro Vidal *et al.*, Valparaíso, Thomson Reuters, 2014, pp. 794-810, y los autores por él citados.

estricta ya no son consideradas como constitutivas de delitos civiles, sino de cuasidelitos.³⁵ En concreto, cualquiera que sea la visión correcta, en el derecho romano justiniano la dicotomía delito civil/cuasdelito civil equivale a la dicotomía responsabilidad por culpa/responsabilidad estricta. Luego, los delitos civiles comprenden tanto los hechos dolosos como los hechos culposos.

Por el contrario, el Código Civil francés y otros sistemas de derecho continental recogen la dicotomía delito/cuasdelito sin que sea equivalente a la dicotomía responsabilidad por culpa/responsabilidad estricta, sino más bien, a la dicotomía culpa intencional (dolo)/culpa en sentido estricto (negligencia, infracción de un deber de cuidado). Este criterio de distinción aparece recogido también, por ejemplo, por el derecho chileno y por el derecho español. “Cuando el hecho ilícito es cometido con dolo, estaremos frente a un delito civil. Si no hay dolo pero sí negligencia o culpa, habrá un cuasdelito civil”.³⁶ Esta distinción dejó fuera la responsabilidad estricta, según Eric Descheemaeker.³⁷ Nosotros estimamos que fue razonable la reintroducción de las hipótesis de responsabilidad estricta, por la intrínseca razonabilidad de no exigir culpa como forma excepcional de distribuir las cargas de acciones lícitas con efectos dañinos no intentados.

En los sistemas del *common law*, por su parte, si bien no se utiliza, en general, la terminología delito civil/cuasdelito civil, lo cierto es que es posible identificar la dicotomía dolo/culpa. Así, por ejemplo, en el derecho de *torts* inglés (*English tort law*) existen, por una parte, *intentional torts* (ilícitos civiles que sólo pueden cometerse intencionalmente), y, por la otra, la negligencia. La negligencia constituye i) un *tort* específico, y ii) una categoría de *fault*, esto es, un tipo de culpa en sentido amplio. “La palabra ‘*negligence*’ tiene dos significados en el derecho de *torts*. Primero, ‘*negligence*’ es un ilícito civil (*tort*) independiente. Segundo, ‘*negligence*’ es un tipo de culpa (*fault*)”.³⁸

La relevancia moral de la distinción entre lo intentado y lo no intentado, aparte de servir en el caso estricto del PDE, se ve reflejada también al interior de los criterios de responsabilidad, incluso en los casos en que de cualquier manera se responde: por dolo o por culpa. En efecto, la im-

³⁵ Descheemaeker, Eric, *The Division of Wrongs. A Historical Comparative Study*, Oxford, OUP, 2009.

³⁶ Corral Talciani, Hernán, *Lecciones...*, cit., p. 203.

³⁷ Descheemaeker, Eric, *The Division of Wrongs*, cit., pp. 103-105 y 122.

³⁸ Winfield & Jolowicz, *Tort*, cit., p. 51.

portancia de la distinción entre dolo (culpa intencional) y culpa en sentido estricto (negligencia, entendida como infracción a un deber de cuidado) se puede apreciar en relación con la causalidad y con la extensión de la responsabilidad por los daños causados (grado de proximidad, *remoteness*).

En el *common law* el sujeto que comete un *intentional tort* es responsable por el daño causado que sea una consecuencia directa del *tort*, aun cuando dicho daño no sea razonablemente previsible. Esta regla no se aplica en el caso de *torts* no intencionales.³⁹

En los sistemas continentales parece que existe una distinción similar en la determinación de la extensión de la responsabilidad. El responsable de un hecho doloso responde de todos los perjuicios, previsibles e imprevisibles, que sean una *consecuencia directa* del hecho doloso. En cambio, el responsable de un hecho culposo responde sólo de los perjuicios directos que pudieron preverse al tiempo de la comisión del ilícito civil. Ello es así aun cuando se afirme, como regla general, que no existen diferencias entre los hechos dolosos y culposos para los efectos de determinar que existe la responsabilidad civil extracontractual. Es curioso que exista esta última tesis —la irrelevancia de la distinción— cuando simultáneamente se afirma su relevancia para fijar la extensión de los daños indemnizables e incluso, a veces, la cuantía de la indemnización.

Alessandri, por ejemplo, afirma al respecto:

La distinción entre delito y cuasidelito civil es, en realidad, inútil. Carece de justificación teórica, porque ambos son hechos ilícitos. Carece también de interés práctico, porque uno y otro obligan a su autor a reparar el daño causado en idéntica forma y en su totalidad, toda vez que el monto de la indemnización se regula en atención a aquél y no a la naturaleza del hecho que lo generó...

No obstante lo dicho, hay casos en los cuales nuestro derecho positivo hace distinción entre el delito y el cuasidelito civil. Así sucede:

1o. En materia de accidentes del trabajo: según el art. 255 del Código del Trabajo, el patrón o empleador no está obligado a indemnizar los accidentes producidos intencionalmente por la víctima.

³⁹ En el *common law* existe la máxima conforme a la cual “*Intended consequences can never been to remote*” es decir, que “las consecuencias intentadas no pueden ser nunca demasiado remotas” (traducción de los autores). Hart y Honoré explican el alcance de la máxima en el contexto de los principios de causalidad. Véase en este sentido, Hart, H. L. A. y Honoré, Tony, *Causation in the Law*, second edition, Oxford, OUP, 1985, pp. 170 y ss.

2o. En materia de cláusulas de irresponsabilidad: puesto que la condonación del dolo futuro no vale (art. 1465), no es posible pactar anticipadamente la irresponsabilidad del autor de un delito; semejante pacto adolecería de nulidad absoluta por ilicitud de objeto (art. 1682). En cambio, tratándose de la responsabilidad derivada de un cuasidelito, este pacto, en nuestro concepto, es válido, siempre que el cuasidelito no provenga de culpa lata o grave —esta culpa en materias civiles equivale al dolo (art. 44, inc. 2o.)— o no se trate de daño en las personas.

3o. En materia de seguro: si es posible asegurarse contra el riesgo proveniente de su propio cuasidelito, a condición de que éste no sea causado con culpa lata o grave por la razón ya dicha y de que el asegurador tome sobre sí este riesgo en virtud de una estipulación expresa, el seguro del riesgo derivado del delito del asegurado es nulo. La ley lo prohíbe expresamente (arts. 552 y 1260, No. 7o., C. de C. y art. 15, letra e, de la ley No. 4054, sobre seguro obligatorio de enfermedad e invalidez, cuyo texto definitivo se fijó por decreto No. 34, de 22 de Enero de 1926)⁴⁰ (se omiten citaciones y referencias cruzadas).

Barros, en cambio, haciéndose eco del dogma de la irrelevancia de la distinción, en realidad concede la relevancia:

Quienes incurrn en dolo o culpa grave son personalmente responsables del ilícito y deben reparar todos los perjuicios sufridos por la víctima. Pero el derecho privado agrega una acción en el caso del dolo, cuyo fin preciso es la restitución por terceros de los beneficios que se siguen del ilícito intencional (artículos 1458 III y 2316 II). Desde luego que el dolo ajeno debe haber sido causa del daño, porque de lo contrario tampoco tiene sustento la acción restitutoria contra quien se ha beneficiado...

Contrariamente a lo que ocurre en materia penal, en principio, los efectos civiles del dolo y de la culpa grave son idénticos a los de la mera negligencia. Sin embargo, hay dos importantes materias en que es conveniente un análisis más diferenciado: la extensión de la reparación a los daños imprevisibles y la importancia de la intención en la valoración del daño moral...

Las explicaciones anteriores permiten replantear la pregunta por las diferencias entre la responsabilidad extracontractual por culpa y por dolo. Por la referencia que la norma del artículo 1558 I hace a los perjuicios que pudieron preverse al momento de contratar, se puede asumir que no resulta apli-

⁴⁰ Alessandri Rodríguez, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual...*, cit., pp. 15 y 16. Omitimos citas internas.

cable en materia de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, también en materia de responsabilidad extracontractual el dolo resulta influyente al momento de determinar la extensión de los perjuicios indemnizables, porque es un principio general del derecho privado que quien actúa maliciosamente tiende a hacerse responsable de todas las consecuencias de su conducta...

En la práctica jurisprudencial, la valoración de la indemnización por daño moral suele depender del juicio de valor respecto de la conducta del demandado. En otras palabras, aunque la indemnización tiene por naturaleza un fin reparador, la apreciación del daño moral incorpora aspectos punitivos, como se muestra en la consideración explícita o implícita que los fallos realizan de la gravedad de culpa. En tal sentido, el dolo y la culpa, e incluso la intensidad de esta última, suelen ser determinantes al momento de valorar al daño moral.⁴¹

Mariano Yzquierdo detecta la incongruencia de la tesis de la irrelevancia. Afirma:

A pesar de todo, y por más que esté claro que la diferencia se da en la práctica, no deja de sorprender un hecho: si en la esfera extracontractual se responde absolutamente de todas las consecuencias dañosas que guardan relación causal con el antecedente, sean previsibles o no, ¿es indiferente entonces que el comportamiento haya sido doloso o culposo? Si la distinción que a efectos de resarcimiento realiza el art. 1.107 entre el deudor incumplidor de buena fe y el doloso solo juega en responsabilidad contractual, hay algo que no encaja desde un punto de vista de pura justicia: el obligado extracontractualmente lo está hasta las últimas consecuencias, haya sido malicioso su comportamiento o haya sido meramente imprudente. Por ello creo que el artículo 1.107 también debe jugar en el terreno no contractual: “no parece desmesurado —opina De Ángel— sino al contrario, justo, que deba responder de más consecuencias de sus actos quien obró con ánimo de dañar que el que solo se comportó de manera negligente”.⁴²

Lo que parece estar en juego aquí, como en la jurisprudencia mencionada por Barros, es el influjo del sentido moral común en el derecho: se hace más responsable al que intenta hacer el mal que a quien sólo es negligente en cuidar de evitarlo según un determinado estándar. Por eso, el

⁴¹ Barros Bourie, Enrique, *Tratado...*, cit., pp. 163-167.

⁴² Yzquierdo T., Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 248 y 249.

que obra con dolo responde de más daños, y, en su caso, se le sanciona por el daño moral de manera agravada. Cabe decir, entonces, que también bajo este aspecto es relevante una de las distinciones subyacentes al PDE.

La consideración de la proporcionalidad o tolerabilidad de la producción de daños está implícita en otras dos situaciones, esta vez de responsabilidad por daños no intencionales, pero que pueden ser incluso previstos. Nos referimos a las hipótesis de responsabilidad estricta y a las reparaciones debidas por interferencias lícitas o molestias de vecindad.

Las hipótesis de responsabilidad estricta son claramente, en principio o al menos desde el punto de vista de lo que se exige probar, casos de responsabilidad civil por daños *no intencionales* causados como consecuencia de la ejecución de un hecho lícito. Una visión que hiciera depender la responsabilidad de un agente exclusivamente de sus actos intencionales o negligentes estaría dejando fuera un elemento importante de la ética clásica, presente en el PDE. En efecto, supuesta alguna vinculación del agente mediante su voluntad con los efectos colaterales malos, aun cuando no sean en sí mismos queridos, el PDE nos dice que puede ser lícito obrar si la acción no procura el efecto malo ni como fin ni como medio —es un efecto genuinamente secundario—, y una razón proporcionada exime al agente de la obligación positiva de evitar las malas consecuencias derivadas de su acción. Esta situación deja abierta la cuestión, como ya hemos dicho, de si el peso de esos efectos colaterales que el derecho y la ética permiten debe recaer solamente en la víctima o en la sociedad en su conjunto o también en parte o totalmente en el agente que, por hipótesis, se beneficia de la actividad lícita con efectos colaterales.

3. Consideración de la justicia de la responsabilidad estricta a la luz del PDE

Veamos nuevamente cómo se configura esta particular responsabilidad estricta. Como ya se dijo, sin perjuicio del carácter general del régimen de responsabilidad por culpa en sentido amplio (por hechos dolosos o daños intencionales o por hechos culposos o daños no intencionales causados por la infracción de un deber de cuidado), existen regímenes excepcionales de responsabilidad estricta, esto es, regímenes que contemplan hipótesis que generan responsabilidad civil no obstante que el hecho ejecutado sea lícito (en el sentido de que no existe ni dolo ni infracción a un

deber de cuidado por parte del agente). Para fundamentar los regímenes de responsabilidad estricta se recurre principalmente a la teoría del riesgo: genera responsabilidad civil la causación de daños en ciertos ámbitos de riesgo definidos por la ley. Es decir, en las hipótesis de responsabilidad estricta, y no obstante que el agente ejecuta una acción lícita sin la intención de causar un daño, si se materializa el daño bajo ciertas condiciones se incurrirá en responsabilidad civil. Generalmente, el daño que generará responsabilidad civil será aquel daño que queda comprendido dentro del ámbito de riesgo que define la norma que establece el régimen de responsabilidad estricta. Pero ello no es siempre así.

Para los fines de este artículo —no se olvide que es un modesto aporte desde la filosofía jurídica a la comprensión del derecho civil de daños— consideremos solamente la lógica subyacente a las hipótesis de responsabilidad estricta más destacables: *a)* daños causados por animales fieros; *b)* daños causados por el uso de instalaciones nucleares; *c)* daños causados por accidentes aéreos; *d)* y otros semejantes (daños por tráfico automotor, daños por derrame de hidrocarburos, daños por la actividad de la construcción...).⁴³

Como dice Albaladejo, estos casos surgen por “exigencias de la vida moderna, que cada vez crea más riesgos”,⁴⁴ de manera que el derecho acoge, por excepción, “tal responsabilidad objetiva en amparo de quienes sufran los daños que los antedichos riesgos puedan provocar”.⁴⁵ Sin embargo, como dice Corral, “aunque la culpa no desempeñe en estos casos el rol de justificación de la responsabilidad, es necesario que *algún otro concepto la sustituya de manera de evitar una atribución de responsabilidad discrecional* y que puede aparecer como arbitraria e injusta”.⁴⁶ Todos los factores de imputabilidad (teoría del riesgo beneficio, teoría del riesgo creado o agravado, teorías mixtas)⁴⁷ —si se consideran a la luz del PDE— suponen que hay un agente que realiza una actividad voluntaria, que lo vincula a la situación en que puede producirse o se prevé que se producirá algún efecto colateral malo. El derecho —como la moral— estima que, por los

⁴³ Albaladejo, Manuel, *Derecho civil*, cit., pp. 501-525; Corral Talciani, Hernán, *Lecciones...*, cit., pp. 214-220.

⁴⁴ Albaladejo, Manuel, *Derecho civil*, cit., p. 501.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ Corral Talciani, Hernán, *Lecciones...*, cit., p. 214.

⁴⁷ *Ibidem*, pp. 214-220.

beneficios de esa actividad lícita, es mejor, consideradas todas las cosas, que sea permitida, aun tolerando los efectos colaterales dañinos. Esta lógica se puede aplicar incluso si la actividad, que genera responsabilidad estricta, conlleva no solamente riesgos probables de materializarse, sino incluso la certeza de que esos efectos colaterales se producirán (por ejemplo, la certeza de que una nueva industria contaminará un río o el aire en alguna medida que las evaluaciones de impacto ambiental consideran permisible). La responsabilidad estricta presupone la doctrina del doble efecto, pero decide una distribución de las cargas a favor de los afectados y en contra del beneficiado principal por la actividad riesgosa o indirectamente dañina.

Albaladejo cita la norma que obliga a indemnizar los daños causados por la navegación aérea. Ella afirma que se indemniza con “base en el accidente fortuito y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia”.⁴⁸ Es evidente, entonces, que se carga a la empresa aérea el costo de la actividad beneficiosa, incluido el costo de indemnizar los accidentes. Si se considera que los accidentes serán cubiertos por seguros, que a su vez serán parte de los costos pagados por los pasajeros, la decisión final ha equivalido a socializar la carga de los efectos colaterales previstos como accidentes aéreos entre todos los que se benefician directamente de la actividad.

Albaladejo parece perder de vista esta lógica de los daños colaterales de actividades lícitas cuando comenta que la responsabilidad objetiva por daños causados por animales y cosas “se basa en la presunción de que el responsable es, en definitiva, quien —materialmente, a través del animal o de la cosa— causó el daño mediante actos suyos consistentes en falta de vigilancia o en omisión de las medidas (reparaciones, precauciones, etcétera) adecuadas a cada caso”.⁴⁹ Naturalmente tal puede ser la lógica si todavía se considera que la razón práctica sólo puede vincular responsabilidad de reparar daños con el factor subjetivo que origina la acción libre —dolo o culpa—; pero no es necesaria esa presunción *iuris et de iure* —porque la responsabilidad es objetiva— cuando se comprende que en realidad la vinculación mínima del agente se da por su actividad voluntaria, lícita, diligente, pero que los daños colaterales tolerados no tienen por

⁴⁸ Albaladejo, Manuel, *Derecho civil*, cit., pp. 505 y 506.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 520.

qué cargarse a las víctimas (aunque podrían cargarse a ellas, lo cual es la regla general para los inconvenientes ordinarios de la convivencia).

4. *El PDE y el caso especial de la responsabilidad por daños de vecindad*

La hipótesis de la responsabilidad civil por problemas de vecindad es un caso más claro todavía de relevancia de las distinciones propias del PDE, y resulta inexplicable a la luz de la teoría del riesgo. En efecto, se da responsabilidad civil por molestias que se producen con certeza mediante actividades de vecindad lícitas, e incluso autorizadas por razón de bien público. La hipótesis fáctica básica es la siguiente: incurre en responsabilidad civil aquel que interfiere con el uso y goce de un inmueble de otro, no obstante que la interferencia tiene lugar en virtud de la ejecución lícita de una actividad (sin dolo ni culpa, e incluso contando con permisos administrativos), en la medida en que dicha interferencia sea sustancial, esto es, en la medida en que la interferencia (o molestia) exceda los límites ordinarios que requiere la vida en sociedad (*i. e.*, que excedan las obligaciones ordinarias de vecindad).

Si se piensa bien en la situación, teniendo a la vista el PDE, se advertirá el paralelismo en los hechos y en la justificación de la responsabilidad. En primer lugar, lo que genera la responsabilidad es la circunstancia de que la interferencia (las molestias) excede cierto límite (daño excesivo). Igual que en el PDE, debe realizarse un juicio de proporcionalidad de los efectos colaterales tolerables. El carácter excesivo de la interferencia se determina con arreglo a un conjunto de criterios (carácter de la vecindad, etcétera).

En segundo lugar, la existencia de permisos o autorizaciones administrativas para ejercer la actividad no obsta a que se determine que la interferencia es excesiva y, por ende, a que se incurra en responsabilidad civil. Dicha autorización puede incidir en la determinación del remedio otorgado (orden de cesación de la actividad versus indemnización de perjuicios). Esto parece equivalente a la condición básica de que la acción de doble efecto sea lícita. No solamente lo es, sino que cuenta con autorización de la autoridad. Esta licitud, no obstante —lo reiteramos también respecto de esta hipótesis como de las anteriores—, aunque implica que los daños colaterales son suficientemente proporcionados como para que sea tolera-

ble la actividad que los produce, no exige que el vecino —quizá no beneficiado por la actividad— padezca totalmente los costos asociados.

Se discute el fundamento de esta hipótesis de responsabilidad (teoría del riesgo, abuso del derecho, forma específica de culpa, etcétera). A nosotros nos parece que el fundamento está en la justicia distributiva de los costos asociados a los efectos colaterales de actividades lícitas: mientras más beneficie dicha actividad solamente al agente, o al conjunto de la sociedad, menos se justifica que la carga de sus efectos colaterales sea sobrellevada solamente por el vecino afectado. Las similitudes en el tratamiento de esta hipótesis por parte del derecho inglés (*private nuisance*) y del derecho francés (*troubles de voisinage*) nos permiten conjeturar que puede haber una semejanza de razonabilidad práctica subyacente.

Henri Mazeaud y André Tunc, reconociendo la multitud de casos en los que “no es dudoso que se ha incurrido en una culpa por el propietario que, al ejercitar su derecho, perjudica a sus vecinos”,⁵⁰ advierten que

...con mucha frecuencia, tal culpa no puede darse por probada con cargo al dueño del inmueble. El perjuicio, por el que padecen sus vecinos, *es inherente a la explotación misma del fundo*. No sólo no ha obrado aquél con la intención de causar un daño, sino que ha adoptado todas las precauciones posibles.⁵¹

Se ha de hacer, pues, una distinción para saber en qué casos —de estos no dolosos ni culposos— “debe el propietario reparación a sus vecinos por los daños que les cause”.⁵² La distinción jurisprudencial es la siguiente “de manera invariable”: que se debe reparación cuando el daño “exceda de la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad”.⁵³ Más adelante, los autores afirman:

¿No hay que concluir de eso que quien haya obtenido la autorización, quien se haya ajustado a las medidas ordenadas y quien, eventualmente, haya tomado todas las medidas complementarias que sean razonables y posibles no

⁵⁰ Mazeaud, Henri y Tunc, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 293.

⁵¹ *Ibidem*, p. 294.

⁵² *Ibidem*, p. 297.

⁵³ *Idem*. Se omite la cita interna.

puede tolerar que se le exija responsabilidad? La cuestión de determinar cuál puede ser el fundamento de la responsabilidad es muy delicada. Pero es claro que, de hecho, la Administración, al otorgarle la autorización, *no ha resuelto implícitamente que el beneficiario no creara una molestia que excediera de los inconvenientes ordinarios de vecindad*. Ha tomado su decisión considerando el interés general, tal vez pese a la molestia anormal causada a los vecinos. Esa molestia anormal es suficiente para que los tribunales declaren que el concesionario es responsable, no sólo cuando no haya adoptado todas las precauciones útiles para restringir aquélla lo más posible, sino también cuando no cabe formularle ningún reproche.⁵⁴

Cabe sintetizar esta peculiar situación afirmando que en materia de daños de vecindad operan las dos distinciones básicas del PDE, que dan origen a cuatro situaciones diversas. 1) Por una parte, el que dolosamente daña al vecino —salvo en los casos de justificación directa como el estado de necesidad— comete un ilícito intencional, de suyo más grave, y que exige mayor reparación. Las demás situaciones (2, 3 y 4) son de daños no intencionales, pero no necesariamente justificados. En efecto, 2) la situación de quien daña con culpa en sentido estricto es aquella en que no concurre la justificación propia del PDE, porque el agente debió evitar el daño con más diligencia: el daño es colateral, pero tan desproporcionado que la conducta no se justifica. No se trata de un daño que resulta tolerable por una razón proporcionada, sino de un daño que no debió haberse producido, aunque no sea tan reprochable al agente como si lo hubiera intentado.

Los dos casos más interesantes, sin embargo, son los de molestias o interferencias de vecindad que se producen mediante actuaciones lícitas: sin intención de dañar y sin negligencia en el debido cuidado, aunque con diferente grado de molestia o daño al vecino. Si se observa con atención, aquí sucede que el derecho valora de modo diverso la situación según se supere o no un cierto umbral de molestia, es decir, según un criterio de proporcionalidad en el daño causado. En cualquier caso, la conducta es lícita y los daños o molestias son no intencionales; *i. e.*, las molestias no son de tal entidad que hagan desproporcionado autorizar la conducta. El

⁵⁴ *Ibidem*, p. 310. Énfasis añadido. Se omiten citas internas. Para la doctrina anglosajona, véase Beever, Allan, *The Law of Private Nuisance*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 100 y 101; Nolan, Dolan, “A Tort Against Land”: Private Nuisance as a Property Tort”, en Nolan, Dolan, y Robertson Andrew (eds.), *Rights and Private Law*, Oxford, Hart Publishing, 2014, pp. 459-490, y Winfield & Jolowicz, *Tort, cit.*, pp. 450-461.

afectado ha de sufrir las molestias, su materialización —pero no necesariamente todo su costo sin compensación—, como el efecto malo colateral y proporcional, asociado a una actividad valiosa del agente. Sin embargo, aquí se entiende la distinción según la proporcionalidad del efecto malo colateral.

Por una parte, 3) en muchos casos, donde las molestias no superan un cierto umbral de razonabilidad o proporción, definido como lo que se espera que un vecino deba tolerar como consecuencia de cualquier convivencia normal, el derecho no carga sobre el agente el deber de indemnizar por esas molestias. En realidad, esta situación es la más corriente y normal, numerosa: los vecinos soportan a los vecinos.

En cambio, 4) en algunos casos excepcionales, donde las molestias superan ese umbral de normalidad, todavía sigue siendo razonable que se estime legítima la conducta, conforme al PDE, pero ya no es razonable que el afectado sufra esas molestias sin ninguna compensación; es razonable que se reparen o indemnicen los daños que de la conducta lícita proceden colateralmente. En definitiva, está operando el elemento de proporcionalidad, típico del clásico 4o. requisito del PDE, de una manera muy diferenciada: no para definir si es tolerable o no la conducta con su daño colateral, sino incluso para discriminar entre conductas colateralmente dañinas que exigen indemnización posterior y aquellas que, estando dentro del umbral de los sacrificios normales de la convivencia, no otorgan al afectado ninguna compensación.

IV. CONCLUSIONES

Desde la filosofía del derecho hemos procurado proponer un principio práctico general, recuperado en la filosofía analítica de la acción, para iluminar un sector de la dogmática jurídica: el derecho de la responsabilidad por daños. Tras esta reflexión podemos sintetizar nuestras conclusiones de la siguiente manera.

1. El principio del doble efecto (PDE) recoge dos distinciones éticas de sentido común que permiten justificar el daño colateral de incluso los bienes más altos (por ejemplo, muertes indirectas): la distinción entre lo intentado (querido como medio o como fin) y lo

no intentado (efecto colateral o secundario) y la distinción entre lo proporcionado y lo desproporcionado. La principal aplicación de este principio tiene lugar como principio justificador de daños colaterales, que si fueran intentados directamente serían constitutivos de actos absolutamente prohibidos (por ejemplo, asesinatos, torturas, etcétera).

2. Con relación a los daños a bienes subhumanos como la propiedad, no es necesario el PDE para justificar esos daños directamente intentados en los casos de estado de necesidad. Sin embargo, en determinadas situaciones concretas, en las que no se justificaría el daño directo por estado de necesidad, todavía cabe deliberar si es tolerable el daño indirecto de acuerdo con los elementos del PDE. Se ha sostenido que, efectivamente, el derecho civil de la responsabilidad extracontractual por daños incorpora los elementos del PDE.
3. La distinción entre delitos y cuasidelitos civiles incorpora la distinción entre daños intentados (dolosos) y daños no intentados (culposos), pero que por su desproporción no eximen al agente de su responsabilidad, y también deben ser reparados. La relevancia de la distinción resulta, sin embargo, evidente en que tanto las normas legales como la jurisprudencia consideran si la responsabilidad es por dolo o culpa para imponer una responsabilidad más extensa (por ejemplo, por daños más remotos) o un *quantum* de indemnización mayor en caso de dolo que de culpa (un daño punitivo, a veces, enmascarado) o la consideración del daño moral o no patrimonial agravado en caso de dolo.
4. El criterio de proporcionalidad está presente para separar daños colaterales indemnizables de los no indemnizables en diversas hipótesis de responsabilidad estricta; o, mejor dicho, se impone responsabilidad estricta precisamente cuando los daños colaterales deben ser indemnizados aunque la actividad riesgosa sea lícita. La responsabilidad estricta no se justifica como retribución por una culpa del agente, sino como obligación de compensar por daños colaterales que quizá pueden ser tolerados como efectos no deseados de actividades lícitas (*i. e.*, que son proporcionados en el sentido de que hacen lícita la conducta), pero cuyo costo total no debe ser asumido directamente por las víctimas. Es un daño colateral des-

proporcionado respecto de ellas, aunque no lo sea respecto de la sociedad en su conjunto ni respecto de las ventajas que obtiene el agente, que por eso mismo debe reparar.

5. Los casos de daños o interferencias de vecindad son particularmente ilustrativos, quizá a modo ejemplar entre otros que podrían estudiarse, porque son a la vez i) no intentados, colaterales; ii) de una actividad lícita, incluso beneficiosa socialmente y autorizada; iii) proporcionados, en cuanto a no ser tan excesivos que hagan preferible prohibir la actividad; pero iv) desproporcionados respecto de la víctima, cuando exceden las exigencias normales de tolerancia en la convivencia entre vecinos. Entonces son indemnizables; si no, no son indemnizables porque el PDE justifica su producción y no exige su indemnización. Mas en los dos casos aparecen nítidamente todos los elementos del PDE.

Con estas conclusiones esperamos ofrecer fundamentos de reflexión para mejor comprender y valorar los criterios éticos subyacentes a la dogmática civil en una de sus áreas.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel, *Derecho civil*, t. II, vol. II, Barcelona, José María Bosch, 1997.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, tomo I, Santiago, Ediar Editores Limitada, 1983.
- ALEX, Robert, *Derecho y razón práctica*, México, Fontamara, 1993.
- , *El concepto y la validez del derecho*, trad. de Jorge M. Seña, Barcelona, Gedisa, 1994.
- , *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.
- ALLAN, *The Law of Private Nuisance*, Oxford, Hart Publishing, 2013.
- BANFI DEL RÍO, Cristián, “El principio del doble efecto y la responsabilidad civil”, *Estudios de Derecho Civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, ed. a cargo de Álvaro Vidal *et al.*, Valparaíso, Thomson Reuters, 2014.

- BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.
- BOURKE, Vernon J., *Ethics. A Textbook in Moral Philosophy*, Nueva York, MacMillan Company, 1967.
- CARRASCO, María Alejandra, *Consecuencialismo. Por qué no*, Pamplona, Euns, 1999.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago, Legal Publishing-Thomson Reuters, 2013.
- DESCHEEMAER, Eric, *The Division of Wrongs. A Historical Comparative Study*, Oxford, OUP, 2009.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. V: *La responsabilidad civil extracontractual*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2011.
- y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1995.
- DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, traducción de Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, 2012.
- EWING, A. C., *Ethics*, Nueva York, MacMillan Publishing, 1965.
- FAGOTHEY, Austin, *Ética: teoría y aplicación*, trad. de Carlos Gerhard, México, Nueva Editorial Interamericana, 1984.
- FINNIS, John, “Intention in Tort Law”, en FINNIS, John, *Intention and Identity. Collected Essays*, vol. II, Oxford, OUP, 2011.
- GÓMEZ PÉREZ, Rafael, *Problemas morales de la existencia humana*, Madrid, Editorial Magisterio, 1993.
- GUTTERIDGE, Harold Cooke, *El derecho comparado*, trad. de Enrique Jardí, Barcelona, Instituto de Derecho Comparado, 1954.
- KAUFMANN, Arthur, *Filosofía del derecho*, 2a. ed., trad. de L. Villar y A. M. Montoya, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. de Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 1966.
- MAZEAUD, Henri y TUNC, André, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.
- MIRANDA, Alejandro, *El principio del doble efecto*, Hildesheim, Georg Olms, 2014.
- ORREGO SÁNCHEZ, Cristóbal, “Principio de proporcionalidad y principio de doble efecto. Una propuesta desde la filosofía del derecho”, *Dikaion*, vol. 24, núm. 1.

- PAPAYANNIS, Diego, *Comprensión y justificación de la responsabilidad extracontractual*, Buenos Aires, Marcial Pons, 2014.
- PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de derecho civil*, vol. II, Madrid, Tecnos, 1995.
- SALZMAN, Todd A., *Deontology and Teleology. An Investigation of the Normative Debate in Roman Catholic Moral Theology*, Louvain, Leuven University Press, 1995.
- THIROUX, Jacques P., *Ethics: Theory and Practice*, Upper Saddle River, Pearson Prentice Hall, 2007.
- WINFIELD & JOLOWICZ, *Tort*, 19a. ed., W. E. Peel & J. Goudkamp (eds.), Londres, Sweet & Maxwell, 2104.
- YZQUIERDO T., Mariano, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001.
- ZWEIGERT, Konrad, *Introducción al derecho comparado*, trad. de Arturo Aparicio, México, Oxford University Press, 2002.