

Responsabilidad extracontractual colectiva

Pablo Rodríguez Grez

Decano Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

I. Nuevas tendencias en el campo de la responsabilidad

La “responsabilidad extracontractual colectiva” no es un tema nuevo, no obstante ello poco estudiado en Chile y relacionado íntimamente con la economía de los daños. En este momento en el derecho moderno gravitan determinante-mente, a mi juicio, tres valores que recogen, en mayor o menor medida, todas las ideologías predominantes: **los derechos humanos, la defensa de la ecología y la democracia como sistema político**. Quien vaya contra cualquiera de estos nuevos principios sacrosantos incurre en una herejía que descalifica todo juicio crítico. A su vez, en el mundo posmoderno se perfilan tres fenómenos relevantes: **la masificación de la sociedad**, que ha transformado a los grandes centros urbanos en lugares de hacinamiento casi imposible de controlar, en los cuales la multitud ha devorado al individuo; el **prodigioso desarrollo de la tecnología**, que cambia constantemente el instrumental con que se produce y se vive; y la **globalización**, que ha revolucionado el desarrollo de la comunicaciones y el intercambio (facilitado por la tecnología), y convertido al mundo en una aldea. En apenas 50 años en nuestro planeta han cambiado los valores y la realidad dominante, y la sociedad ha adquirido proporciones y formas muy diversas de aquellas que nos caracterizaban hasta mediados del siglo pasado. Probablemente a esto se deba que cada día sea más ancha la brecha que existe entre las nuevas y las viejas generaciones (casi siempre asombradas por el curso que toman los hábitos, usos y costumbres).

Lo anterior, como es obvio, ha influido determinante en el derecho, abriendo nuevos espacios en la legislación, el derecho comparado, la doctrina y la jurisprudencia. En pocas décadas el sistema jurídico ha experimentado cambios profundos, luego de un siglo de inmovilismo en casi todas las áreas del derecho, proceso que parece proyectarse con la misma fuerza hacia el futuro.

Originalmente, en el derecho antiguo, la responsabilidad era, como lo destacan los autores, **grupal o colectiva**. El individuo fue considerado un actor secundario frente al clan, la tribu o la familia. El daño no se imputaba entonces al individuo, sino al grupo al cual éste pertenecía. Las corrientes liberales plantearon como

aspiración **personalizar** la responsabilidad. Fue así como se concibió un principio básico que subsiste firmemente arraigado hasta hoy: **sólo se responde del daño que el sujeto causa sin que la responsabilidad pueda extenderse a quienes son ajenos a la causación del mismo**. Asimismo, se concibió la responsabilidad sobre la base de un **reproche individual** (dolo o culpa), de suerte que todo daño producido sin uno de estos factores de imputación, era provocado por el “buen Dios” y debía soportarlo el que lo sufría. Sin embargo, la legislación decimonónica, se dice, concibió la llamada “responsabilidad por el hecho ajeno” y la “responsabilidad por el hecho de las cosas”. Nada de ello es efectivo. Ambos conceptos inducen a error. La llamada “responsabilidad por el hecho ajeno” se funda en la falta de cuidado por parte de quien tiene a su cargo a un incapaz o a un dependiente. Para demostrarlo basta constatar que siempre el presunto responsable (padre, madre, tutor, curador, jefes de colegio y escuelas, artesanos y empresarios) puede excepcionarse alegando que *“con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren podido impedir el hecho”* (artículo 2320 inciso final del Código Civil), o que el dependiente ejerció sus funciones *“de un modo impropio que los amos no tenían medio de prever o impedir, empleando el cuidado ordinario y la autoridad competente”* (artículo 2322 inciso 2° del mismo Código). En síntesis, sólo se responde por el hecho propio y los casos indicados castigan la falta de cuidado de quien tiene a su cargo a un incapaz o a un dependiente. Otro tanto, puede decirse de la llamada “responsabilidad por el hecho de las cosas”, cuyo fundamento es exactamente el mismo: la falta de cuidado, real o presunto, de quien tiene las cosas bajo su poder y custodia (artículos 2323, 2324, 2326 y 2328 del Código Civil).

Como es bien sabido, una sola norma se aparta de este lineamiento en nuestro Código Civil. Se trata del artículo 2327, relativo al *“daño causado por un animal fiero, de que no se reporta utilidad para la guarda o servicio de un predio”*. En este caso excepcional, es siempre responsable el que lo tiene, agregando la ley que *“si se alegare que no le fue posible evitar el daño, no será oído”*. Se introduce aquí un caso de responsabilidad fundada en el “riesgo”, lo que dará lugar, más adelante, a la **“responsabilidad objetiva”** que libera al dañado de acreditar un factor de imputación (dolo o culpa) y obliga al dañador a reparar los daños que se siguen de haber causado un perjuicio en un ámbito definido como de “riesgo”.

Podría decirse, entonces, que la responsabilidad regulada en nuestra ley originalmente se fundaba siempre en el hecho propio y, con escasísimas excepciones, sobre la base de un factor de imputación (dolo o culpa del dañador).

Se inicia entonces un proceso de “declinación de la responsabilidad individual” y de incremento de la “socialización de la responsabilidad”. No compartimos lo aseverado por Jorge Mosset Iturraspe, cuando dice que *“La responsabilidad*

grupal o colectiva es una especie de responsabilidad por el hecho ajeno. En la doctrina francesa se viene hablando con insistencia de la 'declinación de la responsabilidad individual' en beneficio de la 'socialización' o fraccionamiento de esa responsabilidad, que vendría a recaer en una pluralidad de personas: la víctima, victimario, asegurador, Estado, fondos, etcétera".¹ No creemos, por lo señalado precedentemente, que se pueda configurar una responsabilidad por el "hecho ajeno" e insistimos que siempre la responsabilidad proviene de "hecho propio", aun cuando éste se proyecte en muy diversas direcciones y la causalidad sea algo difusa. Nótese, por otra parte, que en los casos regulados en los artículos 2320 y 2322 existe una presunción de culpa, lo que se demuestra por el hecho de que el peso de la prueba que permite exonerarse del deber de reparar recae en la persona que se declara presuntivamente responsable.

II. La responsabilidad colectiva o grupal

En principio, este tipo de responsabilidad se plantea respecto de aquellos **daños causados por un colectivo** (conjunto de personas naturales no articuladas como sujeto de derecho) **cuando no es posible determinar qué individuo del colectivo es el autor del daño indemnizable**. En tales situaciones la víctima se enfrenta a la imposibilidad, impuesta por la naturaleza del grupo, de acreditar con precisión quién o quiénes son los autores directos del daño, pero sí que se sabe, con certeza, que éste proviene de aquellos que lo integran. Si se aplicaran estrictamente las normas tradicionales consagradas en nuestro Código Civil, cada miembro del grupo podría exonerarse aduciendo que no se ha probado la relación de causalidad entre su acción y el daño, excepción que tiene su fundamento en la naturaleza misma del grupo de que forma parte. De este modo, se llega a la conclusión que el grupo –entre cuyos integrantes está el autor directo del daño– sirve tanto para provocar el daño como para eludir la responsabilidad. Se justifica entonces lo que dice Mosset Iturraspe: *"Sacrificar a inocentes para que no escape el culpable, ¿es o no razonable en el estado actual de nuestra cultura jurídica? ¿Es avance o retroceso? ¿Es vuelta al primitivismo o culminación de la etapa de socialización de la responsabilidad?"*.²

En la vida moderna es cada día más frecuente que grupos espontáneos u organizados en forma ocasional generen situaciones de peligro que culminan en daños a terceros, sin que sea posible individualizar al autor (la relación de causalidad se hace difusa y confunde entre todos quienes integran el grupo), aun cuando es un hecho cierto que el daño proviene del colectivo. El mismo

¹ Jorge Mosset Iturraspe. *Responsabilidad por daños*. Tomo VI. Responsabilidad Colectiva. Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires, 1999. Pág. 13.

² Jorge Mosset Iturraspe. *Obra citada*. Pág. 15.

Mosset Iturraspe destaca que confluyen, en este supuesto, un factor **objetivo** que consiste en una “**actuación plural**” y un factor **subjetivo** que consiste en “**la deliberación de hacer con otros**”. Tal ocurre, por vía de ejemplo, con los daños provocados por los adherentes a equipos de fútbol que marchan hacia o desde los estadios, con los simpatizantes de artistas que concurren en masa a festivales públicos, con grupos que proclaman consignas políticas, incluso con manifestaciones religiosas, etcétera.

Esta responsabilidad –grupal o colectiva– debe asociarse a una de las tendencias actuales del derecho de daños, que consiste en ampliar los factores de imputación (o de atribución). Hoy se sostiene que son factores de imputación el abuso del derecho, la equidad natural, la norma de tolerancia entre vecinos, la solidaridad social, etcétera. En el caso que nos ocupa la cuestión es más evidente: el daño proviene de un grupo articulado, pero no es posible precisar con certeza cuál de sus integrantes es el autor material del mismo (recuérdese que la responsabilidad deriva siempre de un hecho propio). Sin embargo, “la responsabilidad colectiva” no conduce al establecimiento de un caso de “responsabilidad objetiva” (en que se da por supuesto el dolo o la culpa y se sustituye por el “riesgo”), puesto que el problema está dado por la relación de causalidad y no por el factor de imputación. De aquí que, como se demostrará, la cuestión apunta a un caso de “**causalidad objetiva**” (que no excluye el elemento subjetivo del ilícito civil), pero que permite superar la imposibilidad de acreditar la relación de causalidad entre el hecho objeto de un juicio de reproche y el daño que éste produce.

Dejemos, desde luego, en claro que no corresponde a este tipo de responsabilidad aquella que emana de la comisión de un delito, en el cual pueden participar varias personas, sea como autores, cómplices o encubridores. En estos casos nos hallamos ante una responsabilidad perfectamente configurada en la ley, en la cual se genera una obligación reparatoria de carácter solidario, que asume cada interviniente en virtud de su participación en el hecho que causa el daño. Tratándose de la “responsabilidad colectiva” lo que falta es la individualización de quien provoca directamente el daño, no obstante provenir de un colectivo debidamente determinado, enfrentándose la víctima a la imposibilidad de reclamarlo porque falta del vínculo causal entre la acción directa y el daño subsecuente.

En Chile José Bidart Hernández ha tratado este tema.³ En su obra sobre los sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual. En relación con la materia que nos ocupa señala: “*En los casos en que el sujeto pasivo está compuesto por*

³ José Bidart Hernández. *Sujetos de la acción de responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile. 1985.

*varias personas individualmente consideradas, esto es, cuando el hecho ilícito ha sido cometido por varias personas, es indudable que el sujeto activo puede ejercer su acción contra cada una de ellas. El aspecto a considerar es que si el causante del perjuicio no es una persona, sino un grupo de personas, están todas y cada una de por sí obligadas a reparar el daño. El tema da lugar a grandes debates en derecho comparado y respecto de él existe una sola cosa fuera de discusión: la víctima no puede demandar por el todo a cada uno de ellos, la indemnización total, pues para que se configure el daño a los efectos de la responsabilidad extracontractual es preciso que él no haya sido reparado. Este principio general impide que la víctima se resarza varias veces del daño sufrido. Pero, a parte de este punto, que está fuera de discusión, se han defendido en la materia que nos ocupa opiniones muy diversas”.*⁴ El mismo autor, enfrentado al hecho de que la legislación no contempla disposición expresa sobre la forma en que deben asumir los causantes del daño al pago de la indemnización, opta por integrar la respectiva laguna legal, accediendo a la equidad natural y los principios generales de derecho, aun cuando los enuncia como soluciones que se desprenden, aparentemente, del texto de la ley. Sobre lo anterior, luego de citar las disposiciones de varios códigos (entre ellas la del artículo 2317 del Código Civil chileno), señala: “Por este motivo, se plantea, a falta de texto expreso en dichas legislaciones, la cuestión de establecer si cada uno de esos autores responde sólo por su parte, o si se puede reclamar a cualquiera de ellos la totalidad del daño causado. En tales circunstancias el intérprete afronta un dilema entre la solución que aconseja la equidad y aquella que se desprende, aparentemente, del texto de la ley. De acuerdo a la equidad, en efecto, parecería que todos los que han concurrido con su voluntad o con su negligencia a producir un hecho ilícito dañoso deben ser obligados por el todo, correspondiendo que los unos respondan de la insolvencia de los otros, ya que sería injusto que el perjudicado por un hecho ilícito deba sufrir, en cuando a la actualización de su indemnización, las consecuencias de la insolvencia de algunos de los que lo dañaron”.⁵ Luego de una referencia a la legislación, la doctrina y la jurisprudencia francesa, el autor citado afirma que “En el momento actual la solución parece haberse logrado mediante el concepto de la obligación ‘in sólido’. De acuerdo a las enseñanzas de la doctrina contemporánea, existe esta obligación cuando cada deudor está obligado al todo, pero la obligación en sí misma no es solidaria, por cuanto los efectos secundarios de la solidaridad (interrupción de la prescripción, remisión, recursos entre deudores, cosa juzgada, etc.) no se conciben en este caso”.⁶ Como puede apreciarse el tema que ocupa preferentemente a este autor es la naturaleza de la obligación que pesa sobre el grupo responsable del daño y no lo concerniente a la relación de causalidad en la llamada “responsabilidad colectiva”.

⁴ José Bidart Hernández. Obra citada. Pág. 128.

⁵ José Bidart Hernández. Obra citada. Pág. 129.

⁶ José Bidart Hernández. Obra citada. Pág. 131.

III. Caracterización de la responsabilidad colectiva

El primer problema que surge consiste en determinar si la responsabilidad colectiva queda **excluida**, como lo sostiene una corriente doctrinaria, cuando se individualiza al responsable, de modo que probada la autoría material del daño por parte uno de los integrantes del grupo queda eliminada de raíz la responsabilidad de los demás; o bien la determinación del autor del daño **no exonera** de responsabilidad a todos quienes integran el grupo. Como puede apreciarse la cuestión difiere sustancialmente en uno y otro caso. En el **primer supuesto**, la responsabilidad parece fundarse en la imposibilidad de determinar la causación individual del daño, permitiendo que la víctima accione en contra de todos los que componen el grupo. En el **segundo supuesto**, a la inversa, se da cierta unidad orgánica al grupo y se le atribuye plena responsabilidad (que se extiende a todos sus integrantes), sin perjuicio de que se precise quién de ellos provocó directamente el daño.

Si la responsabilidad colectiva **exige el anonimato del autor del daño**, pero, paralelamente, prueba de su integración al grupo del cual proviene, ella debe fundarse en la **“causalidad alternativa”**, ya que el daño es obra de cualquiera de los miembros del grupo aun cuando no sea posible individualizarlo, y en la **“solidaridad con la víctima”**, que, de esta manera, no se verá impedida de resarcimiento.

Si, por el contrario, **es indiferente la determinación de quién causó el daño** para los efectos de imputar la responsabilidad a todos los integrantes del grupo, la responsabilidad debe fundarse en la **“causalidad común”** y la **“sanción del riesgo”** que genera el grupo dañador.

Se trata, entonces, de dos hipótesis muy diversas, basadas en distintas concepciones y valores, que determina, en cada supuesto, a quién alcanza la responsabilidad y el deber de resarcir de los daños causados.

A. Necesidad de que el daño sea anónimo y no pueda individualizarse al causante directo.

Las razones que aducen los autores para sostener esta tesis son las siguientes:⁷

1. **“Estar con otros hizo factible el hecho orientado a la causación del daño”**. Se produce un fenómeno psicológico que se conoce con el nombre

⁷ Seguimos en esta materia a Jorge Mosset Iturraspe en la obra citada.

de **"inconsciente colectivo"**, en el cual la persona pierde individualidad y ésta se desplazada hacia quienes lideran el **"grupo"**. De allí que exista un **"impulso grupal"** y la ausencia de inhibiciones naturales. Está comprobado científicamente que el comportamiento colectivo difiere del comportamiento individual. En el primero, pueden desencadenarse instintos animales que es difícil controlar; en el segundo, se acrecienta el recato y la timidez. En este aspecto pareciera que en el fondo más profundo de la personalidad de cada individuo perdura la percepción de Thomas Hobbes y, en alguna medida, subsista el estado de **"guerra de todos contra todos"**...

2. En la soledad el agente **se habría abstenido de obrar**, habrían operado en él las inhibiciones imperantes en el medio en que se desenvuelve. Estas inhibiciones son de carácter social, impuestas por la cultura, por lo tanto, propias de cada época. En la medida en que se debilita el bagaje cultural, emergen con más fuerza las tendencias disociadoras que la raza humana no ha podido erradicar.

3. El coraje y la fuerza que revela el miembro del grupo es dado por la colectividad que **"contagia"** a cada uno de sus integrantes. La decisión es común y no individual. El individuo se subsume en el grupo, perdiendo su identidad.

4. El obrar ajeno impulsa a actuar a los demás, produciéndose una **influencia o retroalimentación recíproca**, que se caracteriza por la pérdida de la capacidad de decidir por sí mismo. El individuo es mansamente arrastrado por el colectivo.

5. El **grupo justifica los excesos comunes** y el descontrol en que se incurre individualmente. Los padrones de moderación no responden al sentir de cada uno de sus miembros, sino a la reacción colectiva.

6. Predomina, entre quienes forman parte del grupo, una **esperanza de impunidad**, basada en el hecho de que lo que hace el grupo no lo hace nadie en particular. Por lo tanto, desaparece el sentido de responsabilidad individual.

7. El anonimato se funda en un **principio de solidaridad** entre todos quienes intervienen en el grupo. Este principio impone a sus miembros el deber de no delatarse, lo cual va implícito en el comportamiento común.

8. Predomina en el grupo un **"sentido de imitación"**, que se sigue de los excesos en que se incurre y no en la prudencia. Siempre se imita al más audaz y agresivo, nunca al más recatado y pacífico.

9. Cada individuo **actúa sobre seguro** (alevosamente), bajo un manto de pro-

tección que dispensa el grupo, incluso ante la represión se genera un vínculo de apoyo y cooperación.

10. El que se integra al grupo **pierde su individualidad** y es dominado por aquél, al extremo de que los actos que se ejecutan son dictados por el colectivo y no por sus integrantes separadamente.

Como puede apreciarse, opera en el individuo una especie de transformación inconsciente gobernada por un colectivo informal que, sin embargo, actúa como si fuera una entidad organizada. Atendido el hecho de que no puede determinarse quien causó el daño, la responsabilidad recae en el “grupo”, porque se sabe, positivamente, que el menoscabo producido proviene de él y de su comportamiento colectivo, agresivo y violento. De aquí que se insista en **“sacrificar inocentes para que no escape el culpable”**. Lo señalado porque, como es obvio, la causa del daño recae en un individuo, pero la responsabilidad se impone a todos los integrantes, incluso quienes pueden ser ajenos a la causación del perjuicio.

El “grupo” a que nos hemos referido constituye una realidad sociológica, gobernada por sus propias leyes, cuyo efecto más significativo es subsumir al individuo en un colectivo que opera como si tuviera una voluntad común.

De las razones esgrimidas por los partidarios de considerar el “anonimato” como sustento fundamental de la “responsabilidad colectiva”, parece inferirse, más bien, una cierta **unidad personalizada del grupo**, lo cual hace pensar que éste debe ser siempre responsable como tal y no en sustitución del autor director del perjuicio.

B. El daño proviene del “grupo”, razón por la cual es indiferente determinar al autor directo del daño.

Para quienes postulan esta posición, las razones esgrimidas son las siguientes.

1. La responsabilidad colectiva se funda, provisionalmente, en la **“causalidad alternativa”**. Como no puede determinarse cuál es el autor del daño, se opta por **extender la causalidad a todos los integrantes del grupo**. De modo que mientras está en duda quien realizó el daño, la causa del mismo debe imputarse al colectivo, vale decir, a todos sus miembros.

2. La responsabilidad colectiva se funda, además, en la **“culpa común”**. Ella impone responsabilidad al autor del daño **“por haberlo causado”** y a los integrantes de grupo **“por haber contribuido o facilitado el causarlo”**. No puede

prescindirse de uno ni de otro, porque ambos elementos se complementan en la producción del daño.

3. El daño debe atribuirse al "grupo", porque fue él **quien lo hizo posible**. El dañador individualmente no habría podido obrar de ese modo ni estaba en situación de causar el efecto dañoso. **Excluida la actuación del "grupo" desaparecería el daño**.

4. Los integrantes del "grupo" están individualizados (al menos algunos de ellos, aun cuando no todos) y entre éstos **debe presumirse que se encuentra el causante del daño**. Lo anterior porque **cualquiera de los miembros del "grupo" pudo ser el causante**, pero se desconoce, como consecuencia del manto (velo) que se tiende sobre todos ellos.

5. El **"grupo" tiene objetivos propios** (aun cuando difusos). Sea que se trate de desórdenes, alteraciones del orden público, manifestaciones dirigidas contra ciertos sectores, venganza, actos de respaldo o de condena, etcétera. El daño se encuadra dentro de estos límites y se produce en función de dichos fines. No es el fin perseguido por uno de los integrantes del "grupo", sino por todos.

6. En el grupo **no hay jefatura ni jerarquías ni obediencia**. Cada cual actúa integrado a él de manera casi inconsciente y en el marco de los fines difusos antes indicados. Por lo mismo, no puede existir un responsable natural (aquel de quien proviene el daño).

7. Lo característico del "grupo" es su **capacidad de generar una situación de peligro o riesgo que predispone al daño**. Todo colectivo reviste peligro por la alteración que en su interior experimenta cada miembro, por la pérdida de las inhibiciones naturales, y el sentido de imitación respecto del más audaz y agresivo.

8. Si se optara por sancionar sólo al autor del daño, **quedarían en la impunidad todos quienes crearon la situación de peligro que hizo posible la consumación del daño**. En otras palabras, los autores de la atmósfera en que el daño era posible escaparían indemnes. Repárese en el hecho de que, al margen del obrar del "grupo", el daño no podría haberse producido.

9. Es **física y jurídicamente imposible medir en qué grado los demás miembros del grupo contribuyeron a la producción del daño**. Lo único cierto es que sustrayendo mentalmente la existencia del grupo, el daño no se habría producido. Pueden los demás haber sido coautores, instigadores, cómplices o encubridores del ilícito, pero no es dable precisarlo con rigor. Por lo mismo, reservar a uno de ellos solamente la sanción resulta injusto.

10. El daño tiene un **“principio de ejecución”** en la constitución y acción mancomunada de un grupo que es capaz de generar un ambiente de peligro. La **“unidad de acción”** que caracteriza a sus miembros obliga a generalizar la sanción a todos sus integrantes.

Como puede comprobarse, existen razones en uno u otro sentido para tomar posiciones en esta materia.

A nuestro juicio, atendiendo al hecho de que el fundamento de la responsabilidad colectiva radica en la **situación de peligro** que se gesta antes de la consumación del daño y que, en definitiva, lo hace posible, creemos que no es requisito esencial de la responsabilidad colectiva la indeterminación de quien provoca el daño. El grupo constituye un **“principio de ejecución”** del ilícito e, indudablemente, existe una **“culpa común”** entre todos quienes lo integran, debiendo representarse los efectos que pueden seguirse conforme el orden natural de las cosas. La circunstancia de poder identificar al autor del daño no exonera de responsabilidad a todos aquellos que tácitamente se confabularon para generar la situación de riesgo que culmina con la producción del daño. Coincidimos con la afirmación de que este último no habría sido posible si el grupo no se hubiera formado ni sus miembros experimentado en su interior la transformación antes mencionada. De la misma manera, nos parece evidente que es imposible establecer con exactitud y precisión cuál es la contribución al daño de cada uno de los miembros del colectivo.

No puede negarse, tampoco, que de acuerdo a las nuevas tendencias del derecho de daños, la situación de la víctima es preocupación preponderante de la ley y la doctrina moderna. No parece razonable limitar el derecho a ser resarcido por uno o más integrantes del grupo, cuando ello es posible por haberse acreditado su pertenencia al colectivo o tratarse de alguna persona solvente. Menos podría prescindirse en la vida moderna de la proliferación de grupos de la más diversa índole que ponen a menudo en riesgo la convivencia social. Tal ocurre, por vía de ejemplo, en celebraciones, protestas, triunfos y derrotas deportivas, manifestaciones sindicales u homenajes de signo político. Por regla general, las consecuencias de ello recaen en personas desvinculadas de aquellas expresiones sociales, obligándolas a enfrentar los daños sin que pueda reprochárseles la más mínima provocación. El derecho no puede mantenerse ajeno a esta realidad.

IV. Derecho comparado

La materia planteada tiene antecedentes en el derecho comparado. Varios países se han ocupado de este problema y optado por una regulación legal expresa. Se trata, entonces, de una cuestión de *lege lata* y no de *lege ferenda*.

El artículo 830 del BGB dispone que: *“Si varias personas han causado un perjuicio por una acción ilícita hecha en común, cada una de ellas es responsable del daño. Lo mismo ocurre cuando no puede descubrirse cuál ha causado el perjuicio por sus actos particulares. Deben asimilarse los instigadores y los cómplices a los coautores”*. La primera parte de este artículo no hace más que consagrar un principio generalmente aceptado, en orden a que un daño causado por varias personas las hace a todas ellas solidariamente responsables. Lo original se halla en la segunda parte, inspirada en la corriente que estima necesario, para que exista “responsabilidad colectiva”, que no pueda individualizarse al causante directo de los daños. Por consiguiente, esta legislación admite la exoneración de responsabilidad de los demás miembros del grupo cuando es posible determinar quién es el causante del daño.

El artículo 719 del Código Civil de Japón expresa: *“Cuando varias personas han causado daño a otra por un acto ilícito cometido en común, están obligadas solidariamente a la reparación del daño. Lo mismo ocurre cuando es imposible reconocer cuál de los coautores del acto ha causado el daño”*. La filosofía que trasunta esta norma es la misma del BGB, ya que se distingue cuando el o los autores del daño están identificados y cuando ello no es posible.

El Código Civil holandés, en su Libro 6, Obligaciones, Capítulo III, artículo 3 dispone: *“Si un ilícito puede ser atribuido a cualquiera de dos o más personas y el daño sufrido por el perjudicado puede ser consecuencia del ilícito, son solidariamente responsables, si es seguro que el daño es consecuencia del acto de uno de ellos, pero incierto cuál de ellos lo ha causado. Cualquiera que pruebe que la pérdida no es consecuencia de su acto, no es responsable”*. Esta norma avanza terreno en lo que concierne a la responsabilidad fundada en la “causalidad alternativa”, ya que atribuye responsabilidad a cualquiera de las personas que integran el colectivo, siempre que “sea seguro” que el daño provenga de “uno de ellos”. En otros términos, puede sancionarse a un inocente a cambio de que no escape el culpable, como lo destacan algunos autores. Por nuestra parte, agregaríamos que se ampara a la víctima frente a la impunidad de que podrían valerse los miembros del grupo gracias a la imposibilidad de probar cuál de ellos es el autor del daño.

El artículo 1480 del Código Civil de Quebec señala: *“Cuando varias personas han participado de un hecho colectivo riesgoso que acarrea un perjuicio, o con actitudes culposas diferentes, siendo cada una susceptible de haberlo causado, no siendo posible, en ningún caso, determinar quién efectivamente lo originó, todas son responsables de su reparación”*. Debe destacarse, en primer lugar, la alusión a “un hecho colectivo riesgoso”. Ello implica reconocer que el fundamento de la “responsabilidad colectiva” radica en el peligro que representa la acción de un grupo inorgánico en la vida social. Por lo mismo, basta que sea posible que el daño provenga del grupo para imponer responsabilidad a cualquiera de aquellos

que “pudo” causarlo. No obstante lo anterior, la norma queda subordinada a la imposibilidad de “*determinar quién efectivamente*” originó el daño.

Como puede constatarse, ninguna legislación aplica derechamente el principio de que la “responsabilidad colectiva” se funda en el hecho de haberse generado un “riesgo”, que es, en definitiva, lo que da fisonomía propia a esta normativa. Las legislaciones citadas optan por el camino de imponer responsabilidad a los integrantes del grupo, como consecuencia del anonimato del causante directo del daño.

V. Exención de responsabilidad

La responsabilidad colectiva lleva aparejada la forma en que es posible al demandado exonerarse de responsabilidad, vale decir, evitar ser obligado a reparar los perjuicios causados por el “grupo”. Esta cuestión está condicionada por la naturaleza jurídica que se asigne a este tipo especial de responsabilidad.

A. Si estimamos que la responsabilidad colectiva exige el anonimato del autor del daño y la imposibilidad de individualizarlo, una forma de exonerarse de responsabilidad sería probando **cuál o cuáles de los integrantes del grupo son los autores del daño**, puesto que de esa manera se imputaría la autoría a persona cierta y determinada. Se trata, entonces, de una **cuestión probatoria** que recae en aquellos que, formando parte del “grupo”, aducen no ser causantes del perjuicio que debe repararse. El fundamento último de esta responsabilidad se radica en la “**solidaridad**” con la víctima, quien se vería impedida de obtener el resarcimiento por el hecho de que se ha construido una barrera que impide identificar al autor directo del daño.

Sobre esta materia se plantean varias interrogantes. En Chile el peso de la prueba (*onus probandi*) corresponde a quien pretende exonerarse de responsabilidad, no obstante el hecho de que conforme las reglas de la responsabilidad extracontractual la prueba debería recaer en el pretensor (artículo 1698 del Código Civil). Nótese que la víctima ha acreditado la relación causal entre el actuar del grupo (colectivo) y el daño. En tal supuesto, a nuestro juicio, basta al dañado con **probar la pertenencia del demandado al grupo**, para hacer operante la presunción de responsabilidad (causalidad alternativa). Dicho de otro modo, el daño proviene del “grupo” y mientras no se determine al autor, todos tienen esta condición. No cabe duda que el anonimato se mantiene gracias al silencio cómplice de los miembros del “grupo” que impide establecer quién causó el daño. Por lo mismo, no puede una persona valerse de su propio dolo para eludir su responsabilidad y permitir la impunidad de quienes están ligados a él a través de un designio común. Creemos, por ende, que es plenamente aplicable lo que dispone el artículo 2317 del Código Civil, según

el cual *“Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito...”*. Agrega el inciso 2° de esta norma que: *“Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso”*. **Ninguna duda asiste sobre que los integrantes del grupo, al negarse a individualizar al autor del daño y ampararse en el anonimato, obran dolosamente, en procura, como se dijo, de la más plena impunidad.** Asimismo, se ha consumado un ilícito civil (delito o cuasidelito), y mientras no pueda precisarse quién –entre varios sujetos– es causalmente el autor, debe considerarse que todos ellos tienen esta calidad.

En verdad, lo que ocurre en la hipótesis de la llamada “responsabilidad colectiva”, es que nos hallaríamos ante una **“causalidad incompleta”** (de acuerdo a las normas tradicionales de responsabilidad), ya que se encuentra acreditado que el daño proviene de un conglomerado, pero no puede precisarse cuál de sus integrantes es el autor directo por impedimentos imputables al mismo conglomerado.

La otra forma de exonerarse de responsabilidad consiste en acreditar que el demandado no integraba al “grupo”, caso en el cual desaparece toda presunción posible de causalidad. Como es obvio, el daño proviene del grupo o, más precisamente, de la actividad de quienes lo componen. Si el demandado prueba que no formaba parte de él, se destruye la base en que se sostiene la presunción de causalidad.

Cuanto hemos señalado se basa en un hecho plenamente acreditado del cual no puede prescindirse: **el daño proviene del “grupo”**, en él se radica la **“causalidad alternativa”** (cualquiera puede ser autor del daño, aun cuando, necesariamente, uno de sus miembros es el autor directo del mismo). La **“causalidad alternativa”** reemplaza la **“causalidad individual”**, la cual no puede determinarse, como se dijo, por obra del mismo grupo al cual se asigna responsabilidad en razón de aquella indeterminación.

B. Si, por el contrario, la responsabilidad colectiva se funda en la “culpa común” y el daño se considera “grupal”, aun cuando pueda determinarse con precisión quien lo provocó directamente, ello no exonera de responsabilidad a los demás integrantes del grupo. No se trata de solidarizar con la víctima, sino de **sancionar una situación de peligro** que predispone al daño por el solo hecho de la formación del colectivo o pandilla.

Esta posición ha suscitado comentarios adversos, al extender la responsabilidad a personas que bien pueden ser ajenas a la causación directa del daño. No obstante ello, nosotros estimamos que la sola circunstancia de integrar el “grupo”, el cual, atendida su naturaleza, genera un “riesgo” que posibilita y hasta

hace inevitable un daño, es razón suficiente para extender la responsabilidad a todos quienes forman parte del mismo. Creemos, además, que la constitución del grupo (sin jerarquía ni liderazgo conocido), constituye un “**principio de ejecución**” del ilícito civil, puesto que el daño tiene como antecedente necesario lo obrado por el “grupo” o la “pandilla”. Hemos sostenido a este respecto que el dolo civil no puede limitarse al “dolo mediato” (llamado también dolo directo) y que éste se extiende al “**dolo eventual**”. De aquí que hayamos señalado que este tipo de dolo “*se caracteriza porque el resultado de la acción u omisión voluntaria del agente se representa, pero sólo como POSIBLE. La certeza que acompaña indefectiblemente al dolo mediato o directo se diluye en este caso, ya que el autor de la acción (en el sentido positivo y negativo) si bien se representa mentalmente el daño, no lo considera cierto y fatal sino sólo probable*”.⁸ Ahora bien, afirmamos que el “dolo eventual” cabe en la definición del artículo 44 inciso final del Código Civil, porque la previsibilidad del daño (como posible) y su aceptación, absorbe la intencionalidad. La vida moderna, creemos nosotros, concordando con las tendencias predominantes, exige extender los parámetros de la responsabilidad. Una concepción demasiado rígida del dolo sólo alcanza, en este momento, a conductas propias de desconformados cerebrales que dañan por dañar.

Puede afirmarse, entonces, que, por el hecho de pasar a formar parte del grupo o la pandilla, sabiendo o debiendo saber (de acuerdo a los estándares generales de prudencia y cuidado que predominan en el ámbito social) que con ello se genera una situación de peligro, cada uno de sus integrantes compromete su responsabilidad respecto de las consecuencias que de ello se siguen. Es simplemente pueril ignorar la peligrosidad que representan estas pandillas, espontáneamente organizadas, que se movilizan tras objetivos indefinidos y que pierden toda medida de cuidado, prudencia y respeto por las personas y los bienes ajenos. El derecho no puede permanecer al margen de esta realidad ni puede dejar de encararla con las armas de que dispone. En este caso las normas de la responsabilidad extracontractual colectiva.

De lo expuesto se infiere que para exonerarse de responsabilidad en la hipótesis expuesta, **es necesario probar que no se formaba parte del grupo ni se participó en sus actos**. Es indiferente, por lo mismo, precisar cuál de los miembros del grupo es el autor directo del daño, ya que esa determinación no exonera de responsabilidad a los demás. La responsabilidad solidaria recae en todos quienes integraban el “grupo” al momento de producirse el daño. La justificación de la responsabilidad radica en el “riesgo” o “peligro” que genera el grupo.

⁸ Esta materia ha sido planteada y analizada en nuestro libro *La obligación como deber de conducta típica*. Facultad de Derecho. Universidad de Chile. Año 1992. Págs. 36 y ss.

VI. Requisitos de la responsabilidad colectiva

Los elementos propios o específicos de la responsabilidad colectiva, sin perjuicio de los requisitos generales de la responsabilidad extracontractual, son los siguientes: existencia del grupo, el anonimato del autor directo del daño (para una corriente doctrinaria), la antijuridicidad en el obrar del grupo, la individualización de uno o más de sus integrantes, y la ajenidad de la víctima. Trataremos cada uno de ellos separadamente.

1. El “grupo”

Es sabido que la responsabilidad individual está en crisis y que emerge poderosamente una tendencia hacia la “socialización” de los daños. Lo anterior es consecuencia principalmente de las exigencias de la vida moderna, del surgimiento de daños difusos y de la masificación de la sociedad. No puede regularse la responsabilidad de la misma manera en una ciudad de escasa población que en una ciudad de millones de personas. Por cierto, en esta última, los habitantes están expuestos a sufrir toda suerte de daños que, hasta cierto punto, son propios de las grandes concentraciones urbanas. Los daños que sufren las personas representan una consecuencia casi connatural de la realidad en que nos hallamos inmersos. Piénsese sólo en los enormes parques automotrices, en las complejas redes viales, en las urbes sobrepobladas y rodeadas de sectores marginales, en la cadena de servicios básicos, en la polución que provocan los centros industriales, en el aumento del narcotráfico, etcétera. Es en esta cruda realidad social donde surge el “grupo”, la “pandilla”, la “caterva”.

Los grupos pueden ser de dos categorías: los formales y los informales, atendiendo a su composición, representación y dirección.

Los **primeros** –formales– corresponden a manifestaciones realizadas bajo el patrocinio de instituciones o personas jurídicas que asumen públicamente su identidad. Tal ocurre, por ejemplo, con los desfiles y eventos organizados por gremios, clubes deportivos, centros de enseñanza media o universitaria, organizaciones de beneficencia, organismos públicos, etcétera. Lo característico de estos “grupos” es la **tuición** que, presuntivamente, ejercen sobre ellos las instituciones u organismos que los amparan. Todo daño que provenga de la acción descontrolada de estos “grupos” compromete la responsabilidad civil de sus patrocinadores. Puede discutirse, caso a caso, si se trata o no se trata de un grupo formal, ya que no siempre la invocación de un nombre, un emblema o un símbolo será suficiente. La cuestión, entonces, dice relación con la convicción probatoria que adquiera el Tribunal. Un ejemplo puede resultar útil para comprender lo que queremos señalar. Es frecuente que los partidarios de un equipo de fútbol se agrupen y, bajo sus banderas, provoquen perjuicios y daños de importancia (lo que se ve frecuentemente no sólo en Chile, sino en

la mayor parte de los países occidentales). Nos parece evidente que no puede considerarse, a priori, que este “grupo sea formal”. Lo contrario ocurre si un gremio llama a una manifestación masiva, en la cual participan sus dirigentes, de suerte que el “grupo” actúa bajo la égida y dominio de quienes lo gobiernan. Sostenemos que tratándose de “grupos formales” no puede aludirse a la “responsabilidad colectiva” y que todo daño provocado por él recae en la persona jurídica, entidad u organismo que controla o representa el grupo.⁹

No faltan los que alegan que los dirigentes de sindicatos, gremios, organizaciones sociales, etcétera, no pueden ejercer sobre sus miembros una tuición efectiva que impida tropelías, estropicios y daños. Atendido lo cual, extender la responsabilidad a estos organismos podría significar una limitación al derecho a reunirse, expresarse públicamente y formular peticiones a la autoridad. Aun siendo efectivo este inconveniente, forzoso resulta reconocer que los daños colectivos deben ser asumidos por quienes no sólo los provocan materialmente, sino también por aquellos otros que crean o contribuyen a crear las condiciones de “riesgo” que, en definitiva, los desencadenan.

Los **segundos** –informales– se caracterizan por generarse en forma espontánea, estar dotados de una composición heterogénea, carecer de control y dirección unificada y actuar inorgánicamente. Este tipo de agrupación constituye un “riesgo”, por todas las razones antes expuestas, y, sobre todo, porque los daños que se provocan pueden quedar en la impunidad, gracias a la imposibilidad de establecer la relación de causalidad individual, la cual, por lo general, queda diseminada entre todos los integrantes del colectivo. Podría sostenerse que cada integrante del grupo, en igual medida, contribuye al anonimato del autor del daño, razón por la cual obra dolosamente, lo que permite imputarle responsabilidad, según se señaló precedentemente.

En esta materia subsisten algunos problemas. ¿Qué ocurre con grupos compuestos por personas que están al cuidado de otras? ¿Qué relación existe entre una asociación ilícita (delito) y un grupo informal?

Respecto de los grupos de personas que se hallan al cuidado de otras, la “responsabilidad colectiva” permite aplicar las normas de derecho común. Por lo tanto, responderán los guardadores a menos de probar que “con la autoridad y el cuidado que sus respectiva calidad les confiere y prescribe, no hubieren

⁹ Es frecuente que la autoridad encargada del orden público, antes de conceder autorización para una manifestación masiva, exija a sus organizadores constituir garantías para responder de los daños que puedan causarse. Aun cuando nunca –que se sepa– esta exigencia se haya hecho realidad, su sola invocación revela que efectivamente la responsabilidad recae en los organizadores de los “grupos” causantes de daños a las personas y los bienes públicos y privados. Nos parece que esta política es lo que corresponde para resguardar el derecho ajeno.

podido impedir el hecho" (artículo 2320 inciso final del Código Civil). En este supuesto podrá accionarse contra la persona misma del pupilo siempre que sea capaz de delito o cuasidelito civil (artículo 2319 del mismo Código). En relación al delito de asociación ilícita, él queda excluido de plano, ya que la espontaneidad, falta de organicidad y de definidos propósitos del "grupo informal" revela que no concurre ninguno de los elementos que tipifica este delito (artículo 292 del Código Penal).

Concordamos con aquellos que piensan que en el "grupo informal" hay una cierta **identidad de propósitos, un lazo solidario, pero primitivo y, aun cuando rudimentaria, una voluntad común**. Se trata, entonces, de la conjunción de elementos **subjetivos** (identidad y solidaridad) y elementos **objetivos** (voluntad de integración). La fusión de estos elementos genera una actividad riesgosa que es, precisamente, el fundamento de la "responsabilidad colectiva".

Conviene aclarar, desde ya, que la intervención del grupo en la comisión de un delito penal excluye la "responsabilidad colectiva", debiendo aplicarse las normas del derecho sancionador para los efectos de identificar al responsable. Por lo tanto, tratándose de autores, cómplices o encubridores de ilícitos penales, deberá la cuestión someterse a las reglas de aquel tipo de responsabilidad, excluyéndose la sanción al "grupo", puesto que en materia penal rige el principio de la tipicidad. Indudablemente existen figuras penales que se aproximan a los presupuestos de la "responsabilidad colectiva". Así, por ejemplo, los artículos 402 y 403 del Código Penal sancionan las lesiones en riña. El inciso 1° del artículo 402 expresa: *"Si resultaren lesiones graves de una riña o pelea y no constare su autor, pero sí los que causaron lesiones menos graves, se impondrá a todos éstos las penas inmediatamente inferiores en grado a las que hubieren correspondido por aquellas lesiones"*. En esta parte, la ley penal recurre a una presunción. Establecida la autoría respecto de las lesiones menos graves, se extiende la responsabilidad y se sanciona a éstos como autores de lesiones graves, pero atenuando la penal mediante la rebaja en un grado. El inciso 2° de la misma norma agrega: *"No constando tampoco los que causaron lesiones menos graves, se impondrán las penas inferiores en dos grados a los que aparezcan que hicieron uso en la riña o pelea de armas que pudieron causar esas lesiones"*. Esta vez la presunción se desplaza al uso de las armas que pudieron causar las lesiones. El artículo 403 del Código Penal, que sin duda se aproxima a la hipótesis de la "responsabilidad colectiva", señala: *"Cuando sólo hubieren resultado lesiones menos graves sin conocerse a los autores de ellas, pero sí a los que hicieron uso de armas capaces de producirlas, se impondrá a todos éstos las penas inmediatamente inferiores en grado a las que hubieran correspondido por tales lesiones"*. Como puede apreciarse, en las figuras penales citadas, ante la incertidumbre acerca de quién es el autor de las lesiones, el legislador optó por introducir una presunción, rebajando las penas aplicables, pero siempre sobre

la base de la responsabilidad individual (autores de lesiones menos graves y uso de armas capaces de provocar dichas lesiones).

De lo expuesto se desprende que el Derecho Penal no nos proporciona elementos que sirvan para asignar "responsabilidad colectiva" al grupo, proyectándose más bien al área probatoria. Lo anterior plantea el problema de calificar la constitucionalidad de estas disposiciones, toda vez que ellas pueden hallarse en abierta contradicción con lo previsto en el artículo 19 N° 3 inciso 6° de la Carta Fundamental.

2. El anonimato del autor directo del daño y la generación de riesgo

Como se señaló en lo precedente, el "anonimato" constituye un elemento esencial de la "responsabilidad colectiva", pero sólo para aquellos que la fundan en la imposibilidad de acreditar el autor de los daños y que admiten, paralelamente, que su individualización excluye la responsabilidad de los demás integrantes del "grupo". Al parecer adhieren a esta tendencia, como se señaló en lo precedente, varios códigos como el alemán (BGB), el japonés y el polaco y una ley francesa de 1970, susceptibles, sin embargo, de ser interpretados en otro sentido. Lo indicado como consecuencia de que una cosa es el "daño anónimo" y otra muy distinta el "daño colectivo", como lo reconocen los autores. Puede, por lo tanto, fundarse la "responsabilidad colectiva" en la imposibilidad de identificar al autor del daño, caso en el cual la "solidaridad" con la víctima nos obliga a imputar responsabilidad a todos quienes potencial y necesariamente han debido intervenir en su causación. No podría dejarse de lado el hecho de que el daño proviene del "grupo", que forzosamente uno de sus integrantes lo ha provocado, pero, por efecto de la unidad funcional del mismo grupo, reina la impunidad entre sus componentes. En las leyes del hampa (si es que el hampa puede tener leyes) es frecuente referirse al "delator" como el peor de los enemigos y el más abyecto de los traidores. El "anonimato", en este orden de cosas, constituye una verdadera "condición de procesabilidad" de los responsables. Claro está que, superada la barrera de la individualización del causante del daño, cesa automáticamente la "responsabilidad colectiva" y cobran todo su vigor las normas de derecho común en materia de responsabilidad extracontractual.

No puede decirse lo mismo cuando la responsabilidad se fundamenta en el "daño colectivo". En este supuesto el "anonimato" es indiferente y no constituye un elemento de su existencia. Para esta corriente el daño es producido por el "grupo" (daño grupal) y, por lo mismo, responden solidariamente todos quienes lo integran, siendo indiferente su grado de participación. Como se anotó en lo precedente, el fundamento de la responsabilidad radica en el "riesgo" que genera el "grupo", atendidas sus características.

Un autor, Zabala de González,¹⁰ citado por Jorge Mosset Iturraspe, en un párrafo particularmente esclarecedor, señala lo siguiente: *“De anonimato podría hablarse en dos sentido: a) como imputación de responsabilidad al grupo, como tal, con prescindencia del papel de sus integrantes. Dentro de este punto de vista, la responsabilidad colectiva en la antigüedad era efectivamente anónima, atendiendo a una perspectiva individual: repercutía indiferenciadamente sobre quienes componían el grupo, sin necesidad de esclarecer sus identidades. En cambio, en la responsabilidad colectiva moderna, en cualquiera de sus facetas (daño causado por un miembro no identificado de un grupo determinado, o bien daño causado grupalmente), no cabe nunca hablar de responsabilidad anónima, ya que los obligados son, en cuanto tales, claramente individualizables y cada uno de ellos responde por un título propio, aunque compartido (sea de manera disyuntiva o alternativa, sea por vía conjunta o común, según el sistema); b) en segundo término, cabe referirse a la causalidad anónima cuando se ignora quién, entre varios, ha sido el autor del daño. Tal es lo que se verifica en la institución del daño ocasionado por un miembro no identificado de un grupo determinado. Por el contrario, cuando se trata de daños de origen colectivo, stricto sensu, no media anonimato ni siquiera en sustrato de la imputación, es decir, en la faceta causal; si bien puede desconocerse cuál sea el autor de alguno de sus anillos, todos los miembros del grupo han contribuido a la causación del daño al crear el riesgo. En segundo término, la responsabilidad colectiva que estudiamos tampoco es subsidiaria o excepcional, porque no cede aunque se conozca quién cometió el perjuicio y la culpa del autor directo no borraría sino que concurre con el título solidario por riesgo referible a todos los componentes del conjunto”.*

Como puede apreciarse, ambas corrientes de pensamiento se divorcian absolutamente, postulan fundamentos distintos y consecuencias también diferentes. Mientras para unos **el anonimato es condición esencial de imputación al grupo, para otros carece de importancia y el daño debe atribuirse a todos sus integrantes** cualquiera haya sido su participación en el resultado dañoso y la indeterminación de quienes provocaron la causación. Para unos, lo esencial es el anonimato, para otros, lo esencial es la generación del riesgo.

3. Antijuridicidad en el obrar del grupo

Jorge Mosset Iturraspe alude a la “actividad del grupo”, como elemento de la “responsabilidad colectiva”. A juicio nuestro, lo que interesa no es la actividad que éste despliega, sino la antijuridicidad de su acción. En otras palabras, se trata de que lo obrado por el grupo es “antijurídico”, en el sentido de opuesto a derecho (así sea formal o material). En efecto, si se constituye un grupo

¹⁰ Zabala de González. “La responsabilidad colectiva y el artículo 119 del Proyecto de Código Civil”.

espontáneamente (informal) para defenderse de una agresión injusta, a juicio nuestro, puede operar una causal de justificación, atendido el hecho de que lo obrado puede no ser antijurídico. Desde esta perspectiva, se refuerza el requisito general de la responsabilidad extracontractual que exige que el hecho que provoca el daño sea antijurídico, vale decir, contrario a derecho. En la hipótesis que examinamos queda en evidencia que no todo daño es contrario o derecho, así provenga de un individuo o de un grupo de individuos.

En esta materia la doctrina distingue “grupos de riesgo” y “grupos de no riesgo” para terceros (peligrosos y pacíficos). Los primeros constituyen un peligro latente, porque influye en ellos el “inconsciente colectivo” que, como dijimos, transfigura al sujeto pacífico en agresivo y violento, al inhibido en desinhibido, perdiendo toda capacidad de resistencia frente al daño. La experiencia revela que ciertas actividades son particularmente proclives a este tipo de reacciones, tales como espectáculos deportivos (barras bravas) y manifestaciones políticas (especialmente protestas provocadas contra políticas públicas y reuniones internacionales). En todo grupo informal es posible observar un **elemento material** (yuxtaposición de personas) y un **elemento volitivo** (adhesión a una causa, identidad con un propósito o finalidad común). Nos parece de toda evidencia que el elemento volitivo es la fuerza que impulsa la yuxtaposición de los sujetos que integran el “grupo”, razón por la cual es este factor el que da fisonomía al colectivo. De aquí que haya dicho un autor que la “**autoría del riesgo**” se confunde con la “**autoría del daño**”.

No es exagerado sostener que en el derecho moderno el riesgo es una nueva manifestación de la “culpa”, ya que la sola circunstancia de crear las condiciones para que se produzca un daño es una manifestación de descuido, imprudencia o aprovechamiento que contraviene el interés social. No cabe duda que el concepto de culpa (negligencia, imprudencia e impericia) no cubre, por así decirlo, todo el amplio espectro de actividades propias de la sociedad moderna (masificada y tecnologizada). La creación de situaciones de “riesgo” (aproximación al daño) es cada día más frecuente. De aquí que no sea excesivo sostener que aumenta nuestra exposición al daños como consecuencia de los peligros que genera la actividad económica y demás manifestaciones sociales.

De lo que llevamos dicho se desprende que no es la actividad del grupo lo que tipifica la “responsabilidad colectiva”, sino la **antijuridicidad de su obrar**, ya que desde el momento en que se autoconvoca con fines difusos y hasta la producción del daño, actúa contra derecho lo que queda en evidencia por la “situación de peligro” que genera. En definitiva, la causalidad común que caracteriza la “responsabilidad colectiva” se refiere al “riesgo” y no al daño, efecto que se sigue en la cadena de consecuencias previsibles.

4. Individualización de uno o más integrantes del grupo dañador

El cuarto elemento, a nuestro juicio, reside en el hecho de que el daño debe tener origen en la actividad del "grupo" como tal, y no en la actividad de un sujeto desvinculado o ajeno al grupo. Por ende, deberá identificarse, a lo menos, a uno o más integrantes del grupo. Esta cuestión, eminentemente fáctica, deberá ser acreditada, demostrando dos cosas: que la **acción dañosa proviene del "grupo"** y no de una causa ajena a su actividad; y que **en el grupo participaba uno o más de los sujetos demandados**. En el supuesto, nada extraño, de que concurren en la producción del daño "concausas", deberá aplicarse alguna de las teorías sobre la relación de causalidad, propias de la responsabilidad extracontractual, todo ello conforme las normas generales que gobiernan esta materia. Tal sucederá, por vía de ejemplo, en el evento de que, aprovechando la actividad del grupo, un sujeto ejecute una agresión premeditada y proyectada previamente. Claro está que mientras se mantenga el "anonimato" antes referido, es difícil hablar de concausas, puesto que ello sólo surgirá con ocasión de la individualización del autor del daño. Referir las concausas a la acción del grupo es un nuevo escollo que presentará muchas dificultades para explicar la adecuación de la conducta colectiva al daño producido. Individualizado que sea el autor, la "responsabilidad colectiva" sólo subsiste para quienes afirman que su fundamento reside en el "**riesgo creado**" y no en el "**anonimato**", como se estudió con antelación. De aquí que pueda afirmarse que la aparición del grupo constituye, para estos últimos, un verdadero "**principio de ejecución del daño**". La secuencia causal, entonces, no comienza con el daño ni con la acción directamente dañosa, sino con la "creación del riesgo" que representa la actividad del grupo.

Partiendo de la hipótesis de que el daño corresponde a la actividad del grupo, deberá excluirse toda posibilidad de que el mismo pueda tener origen en una causa diferente, desvinculada al actuar colectivo de quienes lo integran.

De lo expuesto se desprende que para hacer valer la "responsabilidad colectiva" deberá individualizarse a uno o más integrantes del grupo, ya que no se puede dirigir la acción resarcitoria en contra del colectivo, puesto que éste carece de personalidad jurídica.

5. Ajenuidad de la víctima respecto del grupo

Finalmente, para que proceda la responsabilidad colectiva es necesario que la víctima sea ajena al grupo, no forme parte del mismo, no haya experimentado el daño como consecuencia de estar incorporado o vinculado a él. Si la víctima es dañada por el grupo en que interviene, no puede invocarse este tipo especial de responsabilidad, porque causalmente el daño ha sido provocado en todo o

en parte por la conducta de quien lo sufre. No se trata sólo de exponerse imprudentemente al daño, sino de participar en su causación por actos positivos y directos (generación de riesgo en el marco en que se produce el daño). En efecto, como se dijo en lo precedente, el daño proviene del grupo, de modo que debe considerarse que todos quienes participan en él contribuyen a provocarlo. Puede, por lo mismo, considerarse que quien reclama la calidad de víctima se ha autoinferido el perjuicio cuyo resarcimiento reclama. **A nuestro juicio, cualquier vínculo entre la víctima y el grupo interrumpe el nexo causal y elimina de raíz la posibilidad de invocar la “responsabilidad colectiva”.**

Hasta aquí los requisitos que, a juicio nuestro, deben concurrir para que pueda configurarse la llamada “responsabilidad colectiva”.¹¹ Estos requisitos, por cierto, no pueden ser los mismos en aquellas legislaciones en que se regula esta situación, ya que entonces nos hallamos ante un caso de *lege lata*. Entre nosotros la cuestión es de *lege ferenda*, imponiendo al intérprete la tarea de resolver, sin un texto expreso relativo a esta materia, los casos relativamente frecuentes en que debe sancionarse la actividad antijurídica de grupos informales. No está de más reconocer una deficiencia grave en nuestra jurisprudencia y en las decisiones de las autoridades administrativas, siempre renuentes a reaccionar ante este tipo de daños por hallarse vinculados a diversos grupos de presión.

VII. La sanción

La legislación chilena no regula ni alude a la “responsabilidad colectiva”. Lo señalado induce a pensar que nos hallamos ante una laguna legal. En Argentina, Llambías, citando diversos artículos de los Códigos Penal y Civil, “ensamblados por las coordenadas del espíritu de la ley, la analogía y el principio general de justicia”, estructura la responsabilidad colectiva sobre la base de cuatro requisitos: a) falta de individualización de autor del daño o de la cosa dañosa; b) participación del o los responsables en el accionar culposo o riesgoso del grupo; c) relación causal entre el daño y la acción particularizada del grupo; d) exclusión de la responsabilidad para quien prueba que aun participando en la acción del grupo no causó el daño. Acto seguido, expresa: “*El principio de analogía, que constituye un medio normal de integración del derecho, autoriza al intérprete acerca del presente asunto a efectuar una construcción jurídica, que par-*

¹¹ Algunos autores –entre ellos Jorge Mosset Iturraspe–, recogiendo lo expuesto en la literatura jurídica, señalan que los requisitos de la responsabilidad colectiva son otros: el grupo, el anonimato, la actividad del grupo, el origen del daño, la víctima, la sanción y la liberación. Nosotros creemos que en esta enumeración se implican elementos que no pueden ser considerados propiamente requisitos de este tipo especial de responsabilidad.

tiendo de determinadas soluciones particulares permite inducir el principio general, del cual esas soluciones no son sino aplicaciones". Agrega el mismo autor: "La construcción jurídica mencionada en el texto es un logro científico que se basa en la razón que tuvo el legislador para instituir una determinada solución particular. Si el intérprete llega a una clara persuasión de que no hay en esta solución particular nada que sea peculiar a su particularidad, es legítimo proyectar el mismo criterio a otras situaciones no contempladas por el legislador pero sustancialmente semejantes a la primera. La ley no se contradice y habría contradicción si sólo por la omisión de tratamiento por el legislador hubiera que regular diversamente a situaciones semejantes. Lo que importa es la semejanza sustancial que pide una regulación uniforme. Por tanto, siempre que alguien ha integrado un grupo de personas determinadas, una de las cuales es autora indeterminada de un daño, ha de estimarse que ese alguien es presuntivamente autor del daño, mientras él no pruebe lo contrario".¹² Concordamos plenamente con el maestro argentino en la necesidad de invocar preferentemente, como elemento de integración del derecho, a la analogía, habida consideración de que debe partirse de una premisa esencial: la coherencia y unidad del sistema normativo. La invocación de los "principios generales de derecho" (o espíritu general de la legislación al decir del artículo 24 del Código Civil), no es ajena a la analogía si aceptamos que ellos se extraen inductivamente del análisis de la legislación positiva.

En nuestro derecho algunas normas se "aproximan" al problema que encara la "responsabilidad colectiva". Tal ocurre, a juicio nuestro, con el artículo 2328 del Código Civil, según el cual: "El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas; a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente, en cuyo caso responderá esta sola". Esta disposición recoge la doctrina que funda la "responsabilidad colectiva" en el anonimato del dañador, reduciéndola a un problema esencialmente probatorio, puesto que, acreditada la culpa o dolo de uno de los habitantes de la parte desde la cual la cosa cae o se arroja, la responsabilidad se radica sólo en aquel sujeto, quedando exonerados los demás. En otras palabras, la causalidad es "alternativa" y no común y subsiste mientras perdura la indeterminación del dañador. No creemos posible integrar la laguna legal invocando el artículo 2328 del Código Civil, ya que en aquella situación se encuentra ausente uno de los requisitos esenciales de la "responsabilidad colectiva" que apunta a la naturaleza del grupo. No puede extrapolarse a los integrantes de un grupo informal (como el descrito en las páginas anteriores), la circunstancia de habitar en una cierta parte de un edi-

¹² J.J. Llambías. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Editorial Perrot. Buenos Aires. 1980. Págs. 284 y ss. Citado por Jorge Mosset Iturraspe en la obra citada.

ficio. Por lo tanto, el artículo comentado se distancia absolutamente del vacío que intentamos llenar.

La Ley N° 19.327, que fija normas para la prevención y sanción de hechos de violencia en recintos deportivos con ocasión de espectáculos de fútbol profesional, alude al problema que comentamos, pero sólo tangencialmente. El artículo 2° se refiere a espectáculos calificados por el Intendente Regional "de alto riesgo", imponiendo algunas medidas de carácter preventivo. Pero todo su texto gira en torno de la responsabilidad individual, no obstante el hecho de contener algunas disposiciones destinadas a individualizar, por ejemplo, a los "miembros" de las barras, pero sin extender la responsabilidad a los clubes a que ellos pertenecen, como habría correspondido. El artículo 6° de dicha normativa acentúa este carácter al referirse a *"El que, con motivo u ocasión de un espectáculo de fútbol profesional, causare lesiones a personas o daños a bienes en el recinto en que tiene lugar o en sus inmediaciones, antes, durante o después de su desarrollo, será castigado con presidio menor en su grado medio, salvo que el hecho delictual merezca una pena superior..."*. Así las cosas, tampoco creemos posible invocar esta ley especial para integrar una laguna legal.

También hemos excluido de antemano los artículos 402 y 403 del Código Penal, comentados con antelación, ya que ambas disposiciones introducen elementos limitativos que no cabe considerar tratándose de la "responsabilidad colectiva".

Finalmente, la Ley de Seguridad del Estado N° 12.927 (cuyo texto refundido consta del Decreto N° 890 del Ministerio del Interior) contiene algunas disposiciones que podrían relacionarse, aun cuando remotamente, con la responsabilidad colectiva. Así, por ejemplo, el artículo 6° señala que *"Cometen delito contra el orden público: a) Los que provocaren desórdenes o cualquier otro acto de violencia destinado a alterar la tranquilidad pública"*. Sin embargo, nos hallamos ante la tipificación de un delito que exige la individualización del responsable del daño y siempre que éste actúe con dolo específico, lo cual excluye toda posibilidad de invocar dicho precepto en la tarea de integración normativa.

Por consiguiente, en la perspectiva de fundar esta responsabilidad en el anonimato del autor del daño, sólo cabe invocar los "principios generales de derecho" y la "equidad natural" y extraer de ello la justificación para imponer, mientras perdure la indeterminación del autor del daño, responsabilidad a todos quienes integran el "grupo" dañador.

Distinta es la visión del problema si la "responsabilidad colectiva" se funda en la "**culpa común**" como elemento creador del riesgo. No nos hallamos, en este supuesto, ante una "causalidad alternativa", puesto que, aun cuando se identifique al autor del daño, subsiste la responsabilidad de los integrantes del

grupo. Se trata, entonces de una “**causación conjunta**” que compromete a todos sus miembros. En verdad el ilícito civil tiene, a juicio nuestro, “**principio de ejecución**” al formarse el grupo de peligro y es esa la causa del daño, puesto que desde su interior actúa el dañador, amparado en la impunidad y protección que le brinda el grupo. Tienen entonces aplicación los artículos 2317 y 2329 del Código Civil.

No es ajeno a esta solución nuestro planteamiento sobre lo que hemos llamado “**teoría de la causalidad diferida**”, en virtud de la cual es dable retroceder en la cadena causal para imponer responsabilidad a todos quienes contribuyen, así sea en forma remota o próxima, a la producción del daño. A este respecto en nuestro estudio sobre la responsabilidad extracontractual hemos escrito: “*En materia extracontractual (responsabilidad por el hecho ilícito, cuasicontractual y legal), debe extenderse la responsabilidad por la vía de la relación causal diferida. Esto significa imponer la obligación de reparar los perjuicios a todos quienes intervienen, aun cuando remotamente, en la realización del daño causado. En otras palabras, entregar a la decisión del juez la determinación de la relación causal que provoca el daño, de manera de envolver en el deber reparatorio a todos los que razonablemente han contribuido a producirlo*”.¹³ No hay duda alguna sobre que la “responsabilidad colectiva” es un buen ejemplo de lo útil que resulta acoger esta teoría para deferir la causalidad, en el caso que se analiza, a la formación y actuación del grupo, la generación del riesgo y la producción del perjuicio. Se satisface de esta manera una de las nuevas tendencias del derecho de daños, que consiste, precisamente, en extender la responsabilidad y ampliar la cobertura de los daños. En el día de hoy se piensa más en el dañado que en el dañador y, por lo mismo, se busca la manera de no dejar en la impunidad los daños difusos, de autoría indeterminada o provenientes de riesgos imposibles de imputar a personas debidamente individualizadas.

En ambas hipótesis (“causalidad alternativa” derivada del anonimato del autor del daño y “causalidad grupal” atribuida a todos los integrantes del conglomerado) la responsabilidad es **solidaria** por mandato del ya citado artículo 2317 del Código Civil. Todos los integrantes identificados del grupo responderán a la víctima por la totalidad de los daños sufridos. A su vez, aquel que sea obligado a reparar podrá reclamar de cada uno de los demás la parte o cuota que le corresponde, todo ello en conformidad al artículo 1522 del Código Civil.

La víctima del ilícito civil deberá acreditar, por su lado, como presupuestos de su acción indemnizatoria, los siguientes hechos: i) **la existencia del grupo y la circunstancia de que el daño proviene de él** (supuesto aplicable cualquiera

¹³ *Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica. Año 1999. Págs. 102 y ss.

que sea la concepción que se sustente sobre la “responsabilidad colectiva”); ii) **la situación de “riesgo” generada por el grupo** (debiendo probarse que se trata de un conjunto de individuos, informalmente congregados, organizado en forma espontánea, sin jerarquías, sin control interno, ni autoridades); iii) **pertenencia del demandado o demandados al grupo** (si sólo se aceptara este tipo de responsabilidad cuando el daño es anónimo, debería acreditarse la imposibilidad de identificar al autor del daño atendidas las circunstancias imperantes).

La respectiva indemnización estará sujeta a las normas generales, sin que la “responsabilidad colectiva” dé lugar a un tratamiento especial.

VIII. Las cuestiones más controvertidas

La doctrina jurídica pone acento en varias cuestiones discutibles en relación a la “responsabilidad colectiva”.

En **primer lugar**, se destaca el hecho de que, fundando este tipo de responsabilidad en el anonimato, no parece justo imponer las consecuencias del hecho dañoso a quien, precisamente, no está identificado como autor del daño. La responsabilidad implica el incumplimiento de una obligación preexistente y, en este caso, **el responsable puede no ser el infractor**, sin embargo de lo cual se le impone el deber de reparar perjuicios que bien pudo no haber provocado. Esta argumentación adolece, a juicio nuestro, de una falencia evidente. Lo que se sanciona en la “responsabilidad colectiva” es el hecho de haber participado en la constitución de una “**situación de peligro**”, de formar parte de un grupo del cual proviene probadamente el daño que debe repararse, de la imposibilidad de identificar al responsable por efecto de la dinámica propia del mismo grupo que hace imposible su individualización. Desde el punto de vista de la víctima, la **solidaridad** (socialización de los daños) sustituye la rigidez de la responsabilidad subjetiva basada en un juicio de reproche (factor de imputación) individual. El derecho moderno debe encarar situaciones que exceden largamente el **acendrado sentido individualista de la responsabilidad en su concepción clásica**. Sostener que el integrante del grupo es siempre inocente del daño provocado por éste, es perfectamente equivalente a sostener que el integrante del grupo es siempre culpable del daño. Por lo tanto, ni uno ni otro argumento sirve para imponer o exonerar de responsabilidad. De allí que el fundamento de la responsabilidad colectiva debe asentarse en la “**creación del riesgo**” que lleva consigo la sola constitución de un grupo informal de las características antes definidas. De aceptarse esta crítica, llegaríamos a la necesaria conclusión de que siempre se sacrificaría a un inocente: la víctima.

En **segundo lugar**, se afirma que la “responsabilidad colectiva” se **basa en una causalidad no probada**. Sobre este punto debe considerarse la llamada “**causalidad conjunta**” (que comprende a todos los integrantes del grupo), la “**causalidad alternativa**” (que opera sobre todos los miembros del grupo por el hecho de que el daño necesariamente proviene de alguno de ellos, al menos, mientras no pueda determinarse quién es su autor), la “**causalidad acumulativa**” (que atribuye el daño a “varias personas que intervienen en el proceso causal de tal modo que sus actos, independientes entre sí, habrían producido el mismo daño de haber intervenido aisladamente”).¹⁴ ¿Qué tipo de causalidad debemos considerar? Creemos nosotros que quienes fundan la “responsabilidad colectiva” en el **anonimato** del autor del daño, optan por la “**causalidad alternativa**”; y quienes la fundan en el **riesgo** que genera la actividad del grupo, optan por la “**causalidad conjunta**”. Se habla también de “**causalidad subjetiva**”, referida a la acción individual del dañador; y de “**causalidad objetiva**”, que se desprende de un hecho que por su naturaleza la supone. No cabe duda que en la “responsabilidad colectiva” la causalidad es **objetiva** porque se deduce que el daño proviene del grupo, aun cuando no pueda precisarse quien es individualmente el que lo ha provocado. En consecuencia, esta crítica es infundada, ya que puede invocarse la causalidad alternativa o conjunta –según la posición que adopte– y la causalidad objetiva –radicada en la acción del grupo–. Las diversas posiciones expuestas revelan el grado de complejidad que conlleva esta materia, ya que para sancionar la “responsabilidad colectiva” deberá adoptarse uno de los criterios señalados. Aun más, podría sostenerse, incluso, a la luz de las exigencias de las normas generales de derecho sobre responsabilidad, que nos encontramos ante una “**causalidad incompleta**”, ya que nos vemos forzados a sustituir la “causalidad individual” por la “causalidad conjunta”. Cuestión sobre la que volveremos más adelante.

En tercer lugar, se alude al hecho de que la “responsabilidad colectiva” podría estar referida a un obrar “jurídicamente discutible en su ilicitud”. A nuestro juicio, como quedó registrado en las páginas anteriores, **la acción del grupo es antijurídica** –sea formal o materialmente–, razón por la cual supone la ilicitud de su actuar. Nótese que si el grupo no provoca perjuicio alguno, obrará lícitamente, pero, desde el mismo instante en que causa el daño, cae en ilicitud porque no puede estar ajustado a derecho el obrar de esa manera. La antijuridicidad del obrar del grupo surge con ocasión del daño.

Son estas las objeciones que con más fuerza se plantean sobre la procedencia de la “responsabilidad colectiva”.

¹⁴ Definición dada por Jorge Mosset Iturraspe en la obra citada. Pág. 63.

IX. Algunas manifestaciones jurisprudenciales

En España el Tribunal Supremo ha conocido algunos casos de “responsabilidad colectiva”. Se cita, por ejemplo, la sentencia de 8 de febrero de 1983, la cual versó sobre el siguiente caso: *“el menor Eduardo B.M. resultó lesionado en el ojo derecho al pasar por el lugar en que otros menores, los hijos de los demandados, jugaban lanzándose entre sí pequeños trozos metálicos punzantes, uno de los cuales alcanzó a Eduardo. No se pudo determinar cuál de los menores, hijos respectivamente de los seis demandados, fue el autor del lanzamiento que motivó las lesiones de Eduardo, sin que queda duda alguna de que fue uno de ellos”*. La sentencia, analizando las facultades de la Corte y algunas disposiciones legales, en lo que interesa, acoge la “responsabilidad colectiva”, aduciendo que de los hechos *“...a) deriva inequívocamente, en cuanto a los autores materiales de los daños, que jugaban en la calle de una manera muy peligrosa para los propios jugadores y para las personas que pasaran por el lugar, dando lugar ante esta negligencia y riesgo que creaban a que el menor, hijo del demandante, resultara alcanzado con uno de los objetos lanzados en el ojo derecho; derivando de este breve resumen del hecho la indudable culpabilidad de los menores.....b) la circunstancia de que no se haya probado cuál de los menores hijos de los recurrentes fue el causante material de la lesión padecida por Eduardo Bermejo no obsta a la responsabilidad de los demandados, ya que el CC, arts. 1910, 1564, 1683 y 1784, y la Ley de caza, de 4-4-70 (art.33.5), contempla supuestos en que se declara la responsabilidad de ciertas personas por los daños causados por otras desconocidas pero pertenecientes a grupos determinados (la familia que convive con el responsable, los miembros de la partida de caza, etc.), consecuencia, como pone de relieve la doctrina científica, de matiz objetivista que desecha por inequitativo exonerar de responsabilidad por esos daños, acudiendo a la fuerza mayor, que dejaría sin indemnización a las víctimas, con lo que, además, se orillan las dificultades de prueba atribuyendo la responsabilidad al grupo a que pertenece el desconocido autor de la infracción dañosa, y a su vez se fundamenta la solidaridad de los responsables personalizando la responsabilidad de todos y cada uno de los miembros del grupo a través de sus representantes, en el caso contemplado, los padres de los menores causantes del daño; solidaridad que ha declarado esta Sala en casos en que participando varias personas en la causación del daño a terceros no es posible deslindar la actuación de cada una de aquéllas en el evento nocivo”*. *“Por ello se declaró la responsabilidad solidaria de los padres de los seis menores que formaban un grupo del que procedió el objeto que había causado el daño”*.¹⁵

En una sentencia posterior –de 13 de septiembre de 1985–, se planteó un caso semejante. *“Se trataba de un niño que sufrió graves lesiones en el ojo izquierdo*

¹⁵ *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. Coordinador. R. de Ángel Yagüez autor. Editorial Bosch. Año 2008. Tomo I. Págs. 469 y ss.

al ser lanzado un proyectil cuando otros dos niños disparaban una escopeta de aire comprimido y sin que pudiera saberse cuál de ellos en concreto lanzó el balín causante del daño; ambos tuvieron una 'coparticipación directa', pues alternativamente uno cargaba y otro disparaba la escopeta con que tiraban a los pájaros. El Supremo dijo que es insistente la jurisprudencia en orden a que 'se produce solidaridad entre los sujetos a quienes alcanza la responsabilidad por el ilícito culposo, con pluralidad de agentes y concurrencia causal única, cuando no es posible individualizar los respectivos comportamientos ni establecer las respectivas responsabilidades''',¹⁶

En sentencia de 8 de julio de 1988, se falló otro caso de responsabilidad colectiva. *"Se refirió a un caso de daño producido por persona indeterminada. Siendo cinco los demandados, no se había probado cuál de ellos había sido quien causó graves daños a un niño (hijo del actor) que con otros niños estaba jugando en el lugar en que se desarrollaba una partida de caza. Ésta la integraban los cinco demandados, claro está. Dijo la sentencia que en aquel lugar 'no había otras partidas de caza' y que los demandados 'habían efectuado disparos', así como que 'huyeron del lugar', datos de los que –dijo la Sala– 'no cabe sino establecer por elemental percepción intelectual que los recurrentes fueron los autores materiales de los disparos que impactaron el grupo de niños...' Y añadió '...cuya misma es la razón determinante de la solidaridad cuando no se demuestre o no se den los suficientes elementos conducentes a diferenciar la concreta responsabilidad de cada uno de los agentes integradores de la pluralidad de sujetos de donde provenga el daño por la actividad común o concurrente a su acaecimiento'".¹⁷* Como puede apreciarse, el Tribunal da por acreditado, previamente, que entre los integrantes del grupo está el autor y, al no poder individualizarlo, se pronuncia en contra de todos sus integrantes.

X. La responsabilidad colectiva en el derecho chileno

Nuestra sistema legal no se refiere a la "responsabilidad colectiva", si bien, como se señaló, existen situaciones que se aproximan al problema como sucede con los artículos 402 y 403 del Código Penal y el artículo 2328 del Código Civil. En consecuencia, existe una "laguna legal" que el intérprete deberá integrar valiéndose de la analogía, los principios generales de derecho y la equidad natural.

A. Daños provocados por grupos formales

Como primera cuestión debe atenderse a la constitución del grupo y su irrupción en el área dañosa. Creemos que si el grupo es formal (porque se manifiesta

¹⁶ *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Obra citada. Pág. 470.

¹⁷ *Tratado de la Responsabilidad Civil*. Obra citada. Págs. 470 y ss.

bajo el patrocinio de una persona jurídica debidamente individualizada), no puede hablarse de “responsabilidad colectiva”, porque de los daños que puedan producirse responde su patrocinador o quien, debidamente facultado al efecto, convoca a la manifestación dañosa. Tal sucederá cuando el “grupo” actúa en nombre de una persona jurídica (sindicato, federación educacional, club deportivo, colectividad política, etcétera). La víctima, en tal caso, puede proceder contra la persona jurídica que patrocinó el acto dañoso y también en contra de quienes lo provocaron directamente. A todos ellos les son aplicables los artículos 2320, 2322 y 2317 del Código Civil y los “principios generales” que pueden deducirse de los mismos. Es frecuente que en estos eventos, los organismos que patrocinan las manifestaciones en que se consuman los daños, aleguen estar exentos de responsabilidad por el hecho de haber sido “infiltrados” por elementos ajenos a su control. Creemos que esta exención de responsabilidad sólo puede ser atendida bajo dos supuestos: que se identifique a los responsables directos de los daños y que se pruebe la ninguna vinculación entre el dañador y el grupo. Es, por lo mismo, indiferente que se determine con precisión al causante director de los daños, salvo que se acrediten los supuestos antes señalados, ya que en cualquier otra hipótesis el responsable será la persona jurídica y, por cierto, quien consumó el perjuicio. La responsabilidad en estos casos será solidaria.

Suele ocurrir también que la persona jurídica que aparece como patrocinante del grupo niegue toda vinculación con los dañadores o bien que reclame que éstos usurparon sus emblemas (lo que acontece generalmente con las manifestaciones deportivas violentas, incluso en el interior de los estadios). Nuevamente, nos hallamos en el campo del *onus probandi*. Como es lógico, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad en dichos supuestos, ya que no pueden atribuirsele los daños perpetrados por un grupo apócrifo. Sin embargo, si los daños provienen de las llamadas “barras bravas” (aquellas a que se refiere el artículo 4° de la Ley N° 19.327) comprometen a la persona jurídica, puesto que, incluso, se trata de integrantes debidamente empadronados por el respectivo club deportivo.

Si la persona jurídica indemniza los perjuicios causados por el grupo que, con su aquiescencia expresa o tácita, invoca su nombre en la manifestación dañosa, podrá demandar a los integrantes del grupo la restitución de lo dado o pagado, por la parte o cuota que a cada uno corresponde.

El fundamento de esta responsabilidad reside en el hecho de que los miembros de la persona jurídica tienen un deber de acatamiento a lo estipulado en sus estatutos y puede ejercerse sobre éstos la “policía correccional” a que se refieren los artículos 553 y 554 del Código Civil.

B. Daños provocados por grupos informales

Lo que hemos llamado “grupo informales”, debidamente caracterizados en las páginas precedentes, son los que plantean el problema relativo a la “responsabilidad colectiva”.

Creemos que de los daños que causan sus integrantes responden todos los miembros del grupo, así se haya acreditado quien los provocó o subsista el anonimato respecto del autor directo. Lo que sostenemos se funda en las siguientes razones:

- i. El grupo informal es un **factor de riesgo**, situación creada por quienes lo componen. No se trata, entonces, de un ámbito de riesgo preexistente (como sucede con la navegación aérea o con deportes como el montañismo o el volovelismo o planeamiento). La aproximación al daño la genera intencionalmente el grupo y quienes lo conforman;
- ii. El grupo **no persigue un fin de beneficio público**, sino la expresión voluntarista de una consigna, una celebración o una condena. No hay en su actividad de altruismo ni generosidad, sino afán de dañar y perjudicar (lo que queda de manifiesto al producirse el perjuicio).
- iii. El autor del daño **actúa al amparo del anonimato** que les dispensa el grupo y como un instrumento o engranaje del mismo. El hechor obra sobre seguro (alevosía), porque cuenta con la solidaridad negativa de los demás componentes;
- iv. **El daño procede del grupo**, puesto que su accionar es la causa inmediata del perjuicio que experimenta la víctima. En otros términos, sin la organización y manifestación del grupo no habría habido daño que reparar.
- v. El grupo como ente natural (espontáneamente formado) absorbe a todos y cada uno de sus integrantes, determinando la existencia de una “**causación conjunta**” (es causa del daño lo obrado por sus componentes, sin que sea dado distinguir entre ellos). Por lo tanto, todos los integrantes del grupo son igualmente responsables del daño provocado.
- vi. Finalmente, la relación de causalidad, si bien no es individual sino grupal, **no queda radicalmente marginada de nuestra ley**, ya que si se atiende a lo previsto en artículo 2317 del Código Civil, todo delito o cuasidelito cometido por dos o más personas, hace solidariamente responsables a quienes intervienen en él. Para estos efectos debe entenderse que “comete” el delito o cuasidelito civil aquel que participa en el grupo que causa el daño. De aquí que hayamos

citado la “causalidad conjunta” que envuelve a todos los integrantes del colectivo dañador.

Como puede observarse, el anonimato no parece ser un elemento esencial de la responsabilidad colectiva. Dilucidada la autoría directa del daño, ello puede tener importancia para ejercer las acciones que correspondan a los miembros del grupo que se vean obligados a indemnizar los perjuicios causados con su intervención, pero sin ser ellos autores directos. Entre los miembros del grupo podría sostenerse una “causalidad alternativa”, pero respecto de terceros la “causalidad es conjunta”.

Forzoso resulta reconocer, luego de lo señalado, que la “responsabilidad colectiva” se basa en la **creación del riesgo**. Sin embargo, no nos hallamos ante un caso de **responsabilidad objetiva**, que requiere en la legislación chilena de un texto legal expreso para su reconocimiento, sino una “**causación objetiva**”. La causa del daño se la imponemos al grupo, más precisamente a todos los integrantes del grupo, siempre que el riesgo creado sea lo que justifica la producción del daño.

Bidart Hernández, aludiendo a este problema, ha señalado que *“Además de las personas jurídicas, existen otros grupos que no han recibido de la ley una existencia jurídica, ya sea porque ésta se encuentra en tramitación o porque sus asociados no gestionan la obtención de personalidad jurídica, por la naturaleza de sus fines, la transitoriedad de sus funciones o la escasa importancia de su actividad. También la autoridad puede haber negado el reconocimiento, manteniéndose pese a ello la agrupación. En casos más extremos no se solicita personalidad jurídica para evitar el control de la autoridad pública en el funcionamiento de la agrupación”. El mismo autor agrega acto seguido: “Estos grupos, pese a no poseer capacidad, tienen una existencia en la realidad misma de los hechos para los más diversos fines. Es el caso de una colectividad de auxilio o beneficencia, de una asociación de profesionales, de un equipo de jugadores de fútbol, etc. Nuestro legislador no ha reglamentado expresamente a las agrupaciones sin personalidad, salvo algunas disposiciones del C.C. que se refieren a ellas (arts. 546, 549 inciso final, art. 963). Sin entrar a analizar la naturaleza y estatuto jurídico de las agrupaciones en base a las normas comunes y principios generales que hemos desarrollado al tratar de la titularidad activa y pasiva de las personas jurídicas, sostenemos que al tratarse de entidades que no poseen personalidad jurídica, el doble problema de los derechos del grupo y de los derechos individuales de sus miembros se resuelve mediante soluciones opuestas a aquellas que atribuimos al analizar los grupos con personalidad jurídica”.*¹⁸ El análisis que precede no incide directamente en el tema que nos

¹⁸ José Bidart Hernández. Obra citada. Págs. 221 y ss.

ocupa, pero da una pauta importante para fijar la posición del "grupo" en el contexto general de la ley. El autor citado concluye refiriéndose a la "titularidad pasiva" del grupo informal: *"La solución que en esta situación debe admitirse dice relación, esencialmente, con su incapacidad para cometer hechos ilícitos. Si no existe una persona responsable, no puede haber, por consecuencia lógica, sujeto pasivo de la acción de responsabilidad. Pero ello no obsta a que pueda perseguirse la responsabilidad por los delitos y cuasidelitos que cometan sus miembros individual o colectivamente. Aplicando el artículo 2317 del C.C., en el caso que sean varios los que han concurrido a la ejecución del hecho ilícito, su responsabilidad será solidaria. Por lo demás, así lo dispone el artículo 549 inciso final del Código Civil"*.¹⁹ Al parecer existe coincidencia en el hecho de que es posible que un delito o cuasidelito civil sea atribuido a un grupo, no obstante el hecho de no estar reconocido como persona jurídica. En tal caso, salta a la vista que el tratamiento jurídico no puede ser igual de aquel que se da tratándose de una persona jurídica. Es este nuestro planteamiento.

C. La causalidad objetiva

En este concepto radica, a nuestro juicio, el verdadero alcance y contenido de la "responsabilidad colectiva". Los elementos de la responsabilidad extracontractual son los siguientes: un hecho del hombre (positivo o negativo, acción u omisión); la antijuridicidad; el juicio de reproche (factor de imputación); el daño y la relación de causalidad. Mientras en la "responsabilidad objetiva" se elimina el elemento subjetivo o juicio de reproche, el cual es sustituido por el "riesgo", en la "responsabilidad colectiva" **se elimina la relación de causalidad individual, dándose por establecida con la sola actividad del grupo informal ("causalidad común")**. Pero todos los demás elementos de la responsabilidad extracontractual subsisten y deben concurrir.

La "**causalidad objetiva**" implica atribuir un efecto dañoso a un hecho o a un sujeto, sobre la base del escenario en que se despliega la conducta, pero de manera alguna eliminando la antijuridicidad ni el juicio de reproche (factor de imputación). Un ejemplo aclarará lo que señalamos. Puede ocurrir que una manifestación de grupo informal cause un daño, pero como resultado del celo de sus integrantes por evitar un accidente vehicular en el sitio en que se desarrolla un evento. En tal caso, no hay un juicio de reproche al grupo (no hay culpa), ni antijuridicidad (porque la conducta no es contraria a derecho), pero hay "**causalidad objetiva**", debiendo imputarse el daño a la actividad del grupo. El daño se entiende provenir del grupo, pero no concurren en aquél los elementos de la responsabilidad.

¹⁹ José Bidart Hernández. Obra citada. Pág. 224.

Lo que caracteriza la “responsabilidad colectiva”, en consecuencia, no es la ausencia del juicio de reproche (responsabilidad subjetiva), o de antijuridicidad, sino la “**causalidad objetiva**” (atribución de la causa del daño a todos los integrantes del grupo). La “responsabilidad colectiva” libera a la víctima del deber de acreditar la causa individual del daño, la cual se da por establecida con el solo mérito de la situación de peligro.

Pero la cuestión es más compleja, ya que lo que hemos llamado liberación de la prueba de la relación causal (o causalidad objetiva) no es absoluta, sino relativa. En efecto, para que ella opere debe acreditarse un “**antecedente causal**” –que el daño provenga del grupo como tal y, por lo mismo, de cualquiera de sus integrantes–, no la estricta relación causal individual propia de la responsabilidad extracontractual. Más precisamente, deberá probarse que el daño tiene origen en la actividad del grupo, sin que sea necesario individualizar a quien lo causa en forma directa.

La diferencia reside, entonces, en la sustitución de la “relación de causalidad” (entre el hecho y el daño), por un “antecedente causal” que permite atribuir el perjuicio a un colectivo, un conglomerado o grupo y no a un individuo determinado. La cuestión no es fácil, pero ella deberá apreciarse, caso a caso, atendiendo a las características del hecho y la entidad del dañador.

La doctrina jurídica trata de la “<probabilidad cualificada> en la relación de causalidad”, pero en referencia a la responsabilidad profesional. R. de Ángel Yágüez ha escrito a este respecto: *“De ahí que en el terreno de la responsabilidad profesional, precisamente, haya hoy una tendencia considerable a afirmar que cuando sea imposible esperar certeza o exactitud en materia de relación de causalidad, el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”*.²⁰ Nótese la similitud de este planteamiento con las particularidades de la “responsabilidad colectiva”, en la cual existen “antecedentes causales” que no conducen a una conclusión absoluta sobre el autor o autores individuales del daño. Agrega R. de Ángeles Yágüez: *“Aplicando los cánones clásicos al caso de la responsabilidad civil del médico, pongamos por caso, un entendimiento riguroso y absoluto de la relación de causalidad conduciría a la conclusión de que corresponde al paciente demostrar sin lugar a dudas, es decir, con toda certeza, que si el médico hubiese actuado de una determinada manera (distinta de la que lo hizo) no se habría producido el resultado dañoso. Pues bien, a hipótesis como ésta responde una orientación jurisprudencial ya muy arraigada en bastantes países, según la cual cabe la condena del demandado, considerándose por tanto que la relación de causalidad se ha probado, cuando los elementos de juicio suministrados conducen a*

²⁰ *Tratado de Responsabilidad Civil*. Obra citada. Pág. 502.

'un grado suficiente de probabilidad'. Será en ocasiones una probabilidad próxima a la certeza, o bastará en otros casos la 'alta probabilidad', o será suficiente contar con una probabilidad de más de 50% (el principio more probable than not de la jurisprudencia norteamericana), pero en todo caso se aliviará de forma sensible la posición del demandante. En este punto es digna de mención la corriente jurisprudencial italiana (inicialmente penal, pero hoy también civil) en cuya virtud, en materia de responsabilidad por culpa profesional sanitaria, y en la búsqueda del nexo causal entre la conducta del imputado y el evento, el criterio de la certeza de los efectos de la conducta puede ser sustituido por el de la probabilidad, aunque limitada, de tales efectos y de la idoneidad de la conducta para producirlos. Por ello, se entiende que la relación de la causalidad subsiste incluso cuando la actuación del sanitario, si se hubiera llevado a cabo correcta y tempestivamente, habría no ya la certeza, sino solamente serias y apreciables posibilidades de éxito, de tal forma que la vida del paciente se habría salvado con una cierta probabilidad. Así se declaró, por ejemplo, en sentencia de casación penal de 17 de enero de 1992. Se trata de un caso en el que a una mujer que acababa de dar a luz le sobrevino una infección tetánica. Sobre la base de que los peritos informantes en el juicio dejaron sentado que un correcto y tempestivo tratamiento habría tenido un 30% de probabilidad de éxito, los médicos encartados fueron condenados. En su recurso, la defensa de los médicos habían alegado que era absurdo afirmar que, en presencia de un 30% de posibilidades de supervivencia, nada vale el restante 70% de posibilidades de muerte". Estas reflexiones concluyen aludiendo al "grado de probabilidad preponderante", que, a juicio nuestro, está estrechamente relacionado con la "responsabilidad colectiva". "En términos generales, y en relación con el 'grado de probabilidad preponderante' puede admitirse que el juez no considere como probado un hecho, más que cuando está convencido de su realidad. En efecto, un acontecimiento puede ser la causa cierta, probable o simplemente posible de un determinado resultado. El juez puede fundar su decisión sobre los hechos que aun sin estar establecidos de manera irrefutable, aparecen como los más verosímiles, es decir, los que presentan un grado de probabilidad predominante. No basta que un hecho pueda ser considerado sólo como una hipótesis posible. Entre los elementos de hecho alegados, el juez debe tener en cuenta los que le parecen más probables. Esto significa sobre todo que quien hace valer su derecho fundándose en una relación de causalidad natural entre un suceso y un daño, no está obligado a demostrar esta relación con exactitud científica. Basta que el juez, en el caso en que por la naturaleza de las cosas no cabe una prueba directa, llegue a la convicción de que existe una 'probabilidad' determinante".²¹

Estas ideas son perfectamente homologables al caso de la "responsabilidad colectiva". En verdad lo que hemos llamado "**causalidad objetiva**" se funda

²¹ Tratado de Responsabilidad Civil. Obra citada. Págs. 502 y ss.

también en **una probabilidad que sustituye la certeza**, a la cual no puede arribarse en razón de la naturaleza misma de las cosas. La víctima no podrá, por lo general, acreditar la relación de causalidad en relación a los daños provocados por el “grupo”, porque, entre otras cosas, el mismo conglomerado informal lo impedirá para eludir la responsabilidad de quienes lo componen.

En consecuencia, caracterizamos la “responsabilidad colectiva” por la sustitución de la **“causalidad subjetiva”** por la **“causalidad objetiva”**, sin perjuicio, como se dijo, de que se responda cuando concurren todos los demás requisitos de la responsabilidad extracontractual.

Creemos que en el derecho nacional no existe inconveniente alguno en introducir la **“causalidad objetiva”**, ampliando las atribuciones del juez, cada vez que en razón del “riesgo” que genera el grupo dañador, se dificulte o haga imposible acreditar la **“causalidad subjetiva”**. Lo anterior no obsta a sostener, como lo hemos manifestado en lo precedente, que puede imputarse responsabilidad al grupo y a cada uno de sus integrantes, a pesar de haberse establecido la identidad del autor directo del daño si éste formaba parte del colectivo.

XI. Tres grupos informales

Existen tres grupos informales que operan constantemente en el mundo social, no sólo en Chile sino en la mayor parte de los países occidentales, causando toda suerte de daños y estropicios. Las llamadas **“barras bravas”**, los **“huelguistas”** y los que **“ejercen su derecho de reunión o a peticionar”**.

A. Barras bravas

En esta materia rige en Chile la Ley N°19.327. El objeto de esta normativa es organizar los eventos deportivos, pudiendo imponer condiciones a sus organizadores, especialmente cuando el Intendente Regional califica el espectáculo como “de alto riesgo para la seguridad pública” (artículo 2°). Para identificar a los integrantes de las barras se exige a los clubes de fútbol **“contar con un padrón oficial actualizado de los miembros de la barra, el que llevará en sus oficinas centrales”** y entregar a cada integrante “una credencial numerada, individual e intransferible que contenga esos datos (que se mencionan detalladamente) y una fotografía del miembro de la barra, y reúna características que dificulten su adulteración” (artículo 4°). ¿Implica este enrolamiento que el club se hace responsable de los daños que puedan producirse por el comportamiento de sus barristas tanto dentro del recinto deportivo como fuera de él? A nuestro juicio, ello resulta evidente. El club deportivo sujeto a esta normativa no puede eludir una relación directa entre la “barra” y la institución. En consecuencia, si los integrantes de este **“grupo formal”** incurr

en desmanes, puede exigirse la reparación al club que prohija a los barristas, en el supuesto que debe ejercer sobre ellos un cierto control disciplinario. No se advierte qué otro alcance podría darse a la disposición imperativa que exige empadronar a los miembros de la barra –lo cual implica un cierto grado de aceptación y pertenencia a la institución– si no fuera imponer un deber de control y asunción de responsabilidad.

Desde la perspectiva de la seguridad pública, esta interpretación facilitaría dos cosas importantes: **un mayor compromiso recíproco entre los clubes de fútbol y sus adherentes** (barras), y **una mejor organización de eventos masivos** que, como la misma ley reconoce, pueden caracterizarse por ser de “alto riesgo”. Si los servicios policiales no han podido controlar estos excesos, ello puede alcanzarse con la participación de los implicados en este tipo de espectáculos.

Los daños que pueden producirse al interior del recinto deportivo, ocupado de la manera que la misma ley señala (artículo 2° inciso 3°), deben ser asumidos por el club y los barristas. Los daños producidos en el exterior comprometen al club en la medida que los “barristas empadronados” sean los que componen el grupo que provoca el daño.

Finalmente, confirma la interpretación que postulamos lo previsto en el artículo 6° de la Ley N° 19.327. En efecto, el inciso 1° de dicha normativa expresa: *“El que, con motivo u ocasión de un espectáculo de fútbol profesional, causare lesiones a las personas o daños a bienes en el recinto en que tiene lugar o en sus inmediaciones, antes, durante o después de su desarrollo, será castigado con presidio menor en su grado medio, salvo que el hecho delictual merezca una pena superior”*. Por su parte, el inciso 2° expresa: *“Con la misma pena será sancionado el que, en las circunstancias mencionadas, y sin cometer esos delitos, portare armas, elementos u objetos idóneos para perpetrarlos, o incitare o promoviere la ejecución de alguna de dichas conductas”*. Ahora bien, el inciso final del artículo 6°, aludiendo a las conductas antes descritas, señala que *“Los representantes legales de los clubes participantes en el espectáculo, que, por negligencia o descuido culpable en el cumplimiento de las obligaciones que les impone la presente ley, contribuyeran o facilitaren la comisión de las conductas tipificadas en los incisos primero y segundo, serán sancionados con multa de cincuenta a cien unidades tributarias mensuales, a beneficio fiscal, que se duplicará en caso de reincidencia”*. De lo analizado se desprende que la intención de la ley es clara, en orden a vincular la responsabilidad del club de fútbol a la conducta dañosa de los miembros de las barras empadronadas.

B. Los huelguistas

Respecto de los huelguistas, vale decir, aquellos que legal o ilegalmente provocan desmanes y daños en las manifestaciones que organizan con ocasión del

paro, la solución no puede ser distinta. Para estos efectos debe distinguirse las movilizaciones promovidas por sindicatos, gremios, organizaciones laborales y de funcionarios públicos. Todo perjuicio que se cause a las personas, bienes públicos o bienes privados, comprometen la responsabilidad de la respectiva institución. El carácter que se dé al movimiento no puede exonerarlas de reparar los daños que se causan a personas inocentes, víctimas de una violencia descontrolada que tiene origen en la referida institución y que bien pueda ella controlarla en ejercicio de sus facultades de policía interna.

Lo que señalamos, atendido el hecho de que siempre este tipo de manifestaciones tiene una significación y contenido político, resulta impracticable, porque es la misma autoridad pública la que promueve la impunidad. Pero lo cierto es que el daño provocado tiene origen en manifestaciones promovidas y dirigidas por los organismos señalados y que son estos últimos los que mejor pueden prevenir y evitar este tipo de conductas. Muy probablemente, el aumento desmesurado de esta clase de daños obedezca al hecho de que nunca resultan sancionados quienes se hallan detrás de los actos dañosos.

C. Grupos que ejercen el derecho de reunión o el derecho a peticionar

Estos grupos son, sin duda, los que mayor dificultad ofrecen a la hora de fijar responsabilidades. Generalmente se trata de manifestaciones tumultuosas, con convocantes muy escurridizos y adherentes de la más diversa índole. Es casi imposible identificar tras ellos instituciones u organismos con existencia legal y responsabilidad civil. Probablemente sean éstos los que justifiquen con mayor rigor los supuestos de la "responsabilidad colectiva". Por lo tanto, debe hacerse valer dicha responsabilidad a todos quienes puedan identificarse como componentes del grupo, los cuales responderán solidariamente a la víctima del daño.

Es curioso constatar que, a medida que mejoran los estándares de vida en el mundo occidental, son más frecuentes las manifestaciones deportivas, sindicales, políticas y de otro orden que agitan la convivencia social, desatando instintos primitivos y una violencia irracional. El derecho no puede mantenerse ajeno a esta realidad ni dejar de proporcionar los instrumentos de que dispone para controlar este fenómeno. La "responsabilidad colectiva" probablemente sirva esta finalidad y, sobre todo, pueda disuadir a actores descontrolados a ejecutar acciones dañosas que no deben quedar en la impunidad.

La extensión de la "responsabilidad colectiva" puede ser un antídoto importante para frenar daños y desmanes que pueden evitarse.

XII. Principales conclusiones

Aun a riesgo de quedar cortos, procuraremos alcanzar algunas conclusiones que recepcionen nuestro planteamiento.

1. La jurisprudencia debe encarar el problema de la responsabilidad colectiva, atendida la proliferación de los daños generados por grupos informales y la necesidad de poner fin a conductas reiteradas y abusivas contra personas e instituciones inocentes. Los daños causados por estos grupos son consecuencia de la certidumbre que abrigan sus integrantes de que quedarán en la impunidad.

2. El grupo dañador permite encubrir a quienes provocan los perjuicios y, al amparo de su propia funcionalidad, consiguen la impunidad de sus integrantes. No puede perderse de vista que el grupo es el que provoca el daño, el que encubre al autor directo, y el que hace posible que éste no pueda ser identificado.

3. Se trata de brindar amparo a la víctima cuando, por obra del grupo dañador, no es posible acreditar la relación subjetiva (individual) de causalidad (atribución del daño producido a un sujeto cierto y determinado). En tal caso, hallándose establecido que el daño proviene del grupo, como colectivo, no es dable precisar cuál de sus miembros es el autor directo del mismo.

4. La "causalidad alternativa" (que supone el anonimato del autor del daño) resuelve sólo parcialmente el problema porque, una vez determinada la persona responsable, quedan eximidos de reproche quienes hicieron posible la ocurrencia del daño. De esta manera, la posibilidad de obtener una reparación integral disminuye considerablemente al disminuir el número de sujetos responsables.

5. La "causalidad común" resguarda el interés de la víctima porque la responsabilidad recae sobre todos los integrantes del grupo. Por otra parte, sirve el interés social porque actúa como factor disuasivo respecto de quienes intervienen en este tipo de conglomerados.

6. El problema debe resolverse sobre la base de "causalidad objetiva", esto es, dar por establecida la relación causal entre todos y cada uno de los miembros del grupo y el daño, extendiendo la responsabilidad a todos quienes participan y hacen posible su ocurrencia. La causalidad objetiva no excluye la prueba de que el daño proviene y fue causado por el grupo, pero, a partir de esta premisa, la causalidad se extiende a quienes forman parte del grupo. Son autores del daño, en consecuencia, todos los que formaban parte del grupo al producirse.

7. La responsabilidad colectiva sólo cabe respecto de los grupos informales. De lo obrado por grupos formales responden las instituciones a que ellos pertenecen y los miembros del grupo cuando es posible individualizar a los autores directos del daño.

8. En la responsabilidad colectiva deben concurrir todos los elementos de la responsabilidad extracontractual, salvo la relación de causalidad individual o subjetiva, que se aprecia objetivamente, según quedó dicho.

9. La responsabilidad colectiva genera el deber solidario de indemnizar a la víctima. Este deber recae en todos los miembros del grupo sin perjuicio del derecho de cada uno de ellos de dirigirse contra los demás responsable por la parte o cuota que corresponde.

10. La responsabilidad colectiva apunta a favorecer a la víctima (“sacrificando a un inocente para que no escape el culpable”). El fundamento último de ello radica en que el “grupo”, además del daño, genera las condiciones que permitieron causarlo y las condiciones para procurar la impunidad del culpable.

11. En Chile es posible sostener la existencia de una “laguna legal” respecto de esta situación, En consecuencia, debe integrarse dicha laguna legal por medio de la analogía, los principios generales de derecho y la equidad natural. Todos estos elementos permiten sancionar el daño grupal por medio de la responsabilidad colectiva.

12. El grupo es una unidad orgánica, que obedece a sus propias leyes socio-lógicas, que se autoalimenta y que, por lo mismo, tiene identidad jurídica susceptible de calificarse.