

IX. RESPONSABILIDAD COLECTIVA

DAÑOS CAUSADOS POR UN MIEMBRO NO IDENTIFICADO DE UN GRUPO DETERMINADO

1. Motivo determinante	305
2. Precedentes penales y civiles	306
3. Derecho comparado	308
4. Antijuridicidad	309
5. Dañosidad	311
6. Imputabilidad	312
7. Causalidad	313
8. Resarcimiento	314

IX. Responsabilidad colectiva

DAÑOS CAUSADOS POR UN MIEMBRO NO IDENTIFICADO DE UN GRUPO DETERMINADO

SUMARIO: 1. Motivo determinante. 2. Precedentes penales y civiles. 3. Derecho comparado. 4. Antijuridicidad. 5. Dañosidad. 6. Imputabilidad 7. Causalidad. 8. Resarcimiento.

Cuando el daño es causado por un miembro no identificado de un grupo determinado, todos sus integrantes están obligados *in solidum* a la reparación, si la acción del conjunto es imputable a culpabilidad o riesgo. — *Recomendación 13 de las Quintas Jornadas de Derecho Civil, Rosario, 1971.*

Pur che il reo non si salvi, il giusto péra (¿?)
Gerusalemene liberata, c. II, oct. 1; 12.

1. MOTIVO DETERMINANTE

Es por todos conocida la actividad de grupos de personas inadaptadas o antisociales que con cualquier pretexto ponen en grave peligro la vida o los bienes de los demás, sea con ocasión de un evento deportivo o de una celebración familiar o bien con el solo afán de entretenerse. Los medios masivos de información nos enteran a diario de los daños causados por los *hinchas* que se retiran de un partido de fútbol, por los participantes de una *picada* o componentes de una *patota*. Es verdad que hay otros ejemplos, brindados con relativa asiduidad por las manifestaciones, fueren o no de protesta, y también por las contramanifestaciones, etcétera.

Por lo demás, es innegable que el derecho debe coadyuvar a que todo daño encuentre su reparación adecuada, impidiendo que las víctimas inocentes queden insatisfechas. Tan justiciero afán no debe conducir, empero, a sancionar a quienes nada puede imputarse. Sobre ambas pautas se construye la responsabilidad colectiva o del grupo.

Las Quintas Jornadas de Derecho Civil se abocaron a la consideración de esta apasionante cuestión por iniciativa de Bustamante Alsina, que de *lege ferenda* propugnaba: "Deben establecerse legislativamente las bases siguientes de la responsabilidad colectiva para que la víctima de un daño cuando tiene enfrente muchos responsables no individualizados no se halle en peor situación que aquella que tiene un solo responsable reconocido: a) que el autor del daño no sea individualizado; b) que los responsables sean integrantes de un grupo; c) que el daño provenga de un grupo que ejecuta una acción riesgosa ya sea lícita o ilícita; d) que el resarcimiento pueda o no ser integral y la responsabilidad no solidaria según las circunstancias".

2. PRECEDENTES PENALES Y CIVILES

A diferencia del derecho penal en el cual la índole de la sanción dicta el principio de personalidad de la pena, que limita la punición al autor, cómplice, encubridor e instigador, el derecho civil con su sanción resarcitoria alcanza a quien ejecuta la acción antijurídica dañosa y también a responsables indirectos o reflejos a quienes se les imputa el hecho ajeno. Mientras el derecho penal fundamenta la punición en la reprochabilidad personal de la acción u omisión antijurídica, basada en el nexo espiritual que liga al sujeto con su acto,

el derecho civil admite además la atribución objetiva a título de riesgo creado.

De ahí que deba distinguirse con nitidez la responsabilidad penal de la responsabilidad civil por daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado.

El precedente penal más interesante lo brinda el art. 95 al tratar los delitos de homicidio o lesiones en riña: "Cuando en riña o agresión en que tomaren parte más de dos personas, resultare muerte o lesiones de las determinadas en los artículos 90 y 91, sin que constare quiénes las causaron, se tendrá por autores a todos los que ejercieron violencia sobre la persona del ofendido..." Ya en el Derecho Romano se recurrió a la ley Item Mela, que se tradujo en la máxima siguiente: "Si en una riña ha ocurrido un homicidio y se ignora cuál entre los corriñentes ha sido el matador, todos ellos son sometidos a la pena extraordinaria *quasi ipsi occidissent*". Pero en la regla del C.P. sólo es justo que "perezca el inocente con tal que no se salve el culpable" cuando, por lo menos, el inocente y el culpable han ejercido violencia sobre la persona del ofendido (1).

En el Derecho Civil son precedentes relevantes los supuestos de responsabilidad por el hecho ajeno, en particular aquellos en los que no cabe imputar culpabilidad alguna al coobligado a resarcir; como acontece en la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (art. 1113 1ª parte). Es destacable, asimismo, la norma del art. 1119 última parte: "Cuando dos o más son los que habitan la casa y se ignora la habitación de donde procede (la cosa arrojada), responderán todos del daño causado". Y muy sugerente la

(1) NÚÑEZ, Ricardo C., *Homicidio o lesión en riña o agresión*, en LL 35-1120; SOLER, S., *Derecho penal argentino*, t. 3, ps. 163 y ss., La Ley, Bs. As., 1945.

solidaridad, ahora expresamente establecida, entre los varios autores de un cuasidelito.

3. DERECHO COMPARADO

La idea de una verdadera responsabilidad por el hecho ajeno, recuerdan los Mazeaud, es una idea anti-*quísima* ⁽²⁾. “En efecto, agregan, armoniza con una organización muy sólida de las agrupaciones sociales. El grupo, el clan, la tribu, la familia, por absorber la individualidad de sus miembros, resulta responsable en su generalidad. . .”

Si bien es verdad que la mayoría de las legislaciones actuales no siguen aquella orientación histórica y que la responsabilidad por el hecho ajeno ha cambiado en ellas de carácter —“no se trata ya de hacer a un grupo solidario de los hechos de cada uno de sus miembros, sino solamente de obligar a ciertas personas a usar de la autoridad que se les concede sobre otras para impedirles a estas últimas que causen daños”— no lo es menos que un conjunto calificado de Códigos sancionan la responsabilidad del grupo:

Para el C.C. alemán “si no puede descubrirse quien de entre varios partícipes ha causado el daño por su acto” (art. 830 ap. 1 prop. 2), la culposa participación en una conducta peligrosa hace responsables de indemnización a todos, si el peligro que implica esta conducta llega a tener realidad en virtud de un acto cuyo autor no puede ser descubierto. La expresión *participar* significa aquí, nos aclaran Enneccerus-Lehmann ⁽³⁾, la cooperación en una actividad que de momento sólo determi-

(2) MAZEAUD, H. y L. - TUNC, A., *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*, t. I, II, trad. Alcalá-Zamora y Castillo, Ejea, Bs. As. 1962, p. 466.

(3) ENNECCERUS - LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, V. II, 2ª ed., p. 692, Bosch, Barcelona, 1950.

na un peligro, pero que en su desenvolvimiento ulterior conduce al acto causa inmediata del daño.

Según el CC. japonés, art. 719: "Cuando varias personas han causado un 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".

Finalmente, el Código de Etiopía, en su art. 2142, bajo el título *Daño de autor indeterminado*, nos dice: "Si un daño ha sido causado por culpa de uno u otro entre varias personas, sin que sea posible establecer precisamente cuál de esas personas es el autor, los jueces pueden, fundados en la equidad, condenar al grupo de personas a la reparación del daño causado, si en el grupo se encuentra ciertamente el autor del daño".

Precisemos, para concluir esta breve pero sustanciosa revista, que a falta de una norma legal, la doctrina y jurisprudencia francesa justifican una responsabilidad de grupo "cuando la acción del conjunto a la que han cooperado los participantes es por sí misma una acción culposa" (4).

4. ANTIJURIDICIDAD

"El primer elemento o presupuesto de la responsabilidad civil es la acción u obrar humano, conducta o comportamiento que, dados los restantes elementos, engendra la obligación de reparar" (5). Esta conducta debe ser contraria a derecho o mejor aun antijurídica; he aquí el segundo presupuesto.

(4) POSTACIOGLU, *Les faits simultanés et le problème de la responsabilité*, en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1954, ps. 438 y ss.; DEMAREZ, J., *L'indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe déterminé*, Paris, 1967.

(5) MOSSET ITURRASPE, J., *Responsabilidad por daños*, p. 9, Ediar, Bs. As., 1971.

Ahora bien, en el supuesto examinado el daño no ha sido causado por la acción u omisión de todos los integrantes del grupo, ni es el caso de una causalidad acumulativa o concurrente que no impide demostrar que la actuación independiente de cada uno hubiera conducido al mismo resultado; el daño es, en la hipótesis, la consecuencia directa del quehacer de una persona anónima, miembro no identificado de un grupo determinado.

¿Cuál es entonces el comportamiento antijurídico de los restantes miembros del grupo? ¿Son ellos ajenos al resultado?

Contestando estos interrogantes básicos, en respuestas que luego se ampliarán con motivo de los presupuestos restantes, digamos que el comportamiento antijurídico se desprende de la participación activa en el grupo y, muy en especial, en el quehacer riesgoso del grupo. En buena medida como se verá luego, la actuación grupal posibilita el resultado dañoso. De donde, en parte al menos, basamos el juicio de antijuridicidad en el menosprecio del resultado (*).

Muy por el contrario, si el comportamiento del grupo se muestra acorde con los mandatos o prohibiciones del ordenamiento jurídico, si puede afirmarse la prudencia y diligencia de su accionar, sin crear riesgos para los bienes jurídicos de terceros, la antijuridicidad del obrar individual de un miembro no se refleja en el conjunto.

Parafraseando a Tasso sólo es justo condenar a los "inocentes" a resarcir, "para que el culpable no se sal-

(*) Para Bonasi Benucci el acto ilícito es un "comportamiento del hombre, positivo o mera omisión, del que deriva una lesión a un derecho subjetivo absoluto y que de ordinario se califica ulteriormente con el elemento subjetivo de la culpa". (*La responsabilidad civil*, traducción de J. V. Fuentes, p. 28, Madrid, 1958). Para De Cupis, por el contrario, es la antijuridicidad de la acción la que vuelve antijurídico el daño y no a la inversa (*Il danno*, Milano 1954, p. 9).

ve”, cuando ellos integrando un grupo han participado de acciones culpables o riesgosas, en relación causal con el evento dañoso (7).

Descartamos que pueda hablarse del obrar del grupo, considerado éste como titular de una especie de personalidad moral (8) como un ente distinto de sus integrantes con capacidad para actuar por medio de sus órganos.

Y, por lo demás, no confundimos el “grupo” con cualquier reunión accidental de personas, puesto que “aun cuando no estén organizados”, los grupos constituyen “unificaciones”, “complejos” y “cohesiones” más o menos “cimentadas”, al decir de Gurvitch (9), que autorizan a definirlos como “una unidad colectiva real”.

5. DAÑOSIDAD

“El daño es el presupuesto central de la responsabilidad civil y ello explica que pueda hablarse de un *derecho de daños* o de una *responsabilidad por daños*, al referirse a ella” (10).

Y la teoría de la responsabilidad en su puesta al día exhibe, al lado de la declinación de la responsabilidad individual en aras de la colectiva (11) y de la crisis de la imputabilidad subjetiva, un marcado afán por no dejar un daño sin su debido resarcimiento; nos refe-

(7) Discrepamos con Bustamante Alsina en la medida que admite que la acción del grupo “sea lícita o ilícita”, no obstante ser riesgosa. Pensamos que el comportamiento de quien crea un riesgo, sea individual o colectivo, no se justifica y de allí que, en la medida que se traduce en un daño, ese comportamiento merezca ser calificado de antijurídico.

(8) Explicación a que recurre CARBONNIER, *Droit Civil*, t. 2, p. 599.

(9) GURVITCH, G., *Tratado de sociología*, t. I, ps. 211 y ss., Kapelusz Bs. As. 1962.

(10) MOSSET ITURRASPE, J., *ob. cit.*, p. 137.

(11) VINEY, Geneviève, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, 1955.

rimos, claro está, al denominado “daño jurídico” o “daño resarcible”.

La víctima del daño es, ella sí, un verdadero “inocente”, al cual nada puede imputarse, como no sea el riesgo de vulnerabilidad que acompaña a todo sujeto por el mero hecho de existir ⁽¹²⁾. La mirada de la justicia se dirige ahora a esta víctima inocente, y de allí la búsqueda de un criterio que permita encontrar al responsable que se escuda en el anonimato del grupo.

6. IMPUTABILIDAD

La *conditio iuris*, para que la *acción del conjunto* sea imputable a todos y cada uno de los miembros del grupo, es que el autor del daño no pueda ser identificado; si se conociera quién fue el dañador su responsabilidad sería exclusiva e inimputable la participación de los demás en la *acción del conjunto*.

Dado el extremo apuntado, daño de autor anónimo, el derecho imputa a todos los miembros del grupo un *hecho propio* que debe ser claramente demostrado por la víctima: su participación en la acción común conjuntamente con el agente directo del daño.

Los factores de atribución del hecho unitario son, indistintamente la culpa y el riesgo. Los miembros del grupo participan de la culpa del conjunto o bien de la *comunidad de peligro* o mejor de riesgo. Y la prueba del accionar culposo o riesgoso es a cargo de quien invoca la responsabilidad del grupo.

Vale decir que si ningún achaque puede dirigirse contra el grupo en sí, si no se demuestra su obrar imprudente, negligente o creador de un riesgo potencial, son

⁽¹²⁾ LÓPEZ OLACIREGUI, *Notas sobre el sistema de responsabilidad del Código Civil. Balance de un siglo*, en *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 1964, I - IV.

sus miembros extraños al hecho dañoso de uno de sus componentes.

Queda claro, en consecuencia, que se responde por el hecho propio y no por el hecho ajeno a título de responsabilidad indirecta o refleja, pero no es bastante la participación en la conducta del grupo sino que, además, esa conducta debe ser calificada de culposa o riesgosa.

Ello evidencia que la inocencia de los miembros no dañadores no es total, puesto que se les atribuye una conducta que es precedente de aquella de la cual emana directamente el daño.

7. CAUSALIDAD

El daño se encuentra en relación causal adecuada con la acción del conjunto, a título de consecuencia mediata.

Nos parece claro que en la cadena causal se encuentra, en primer lugar, la conducta culposa o riesgosa del grupo; es ella la que posibilita la acción individual de uno de los miembros, acción que si bien aparece como un acontecimiento distinto, se inserta en el curso natural y ordinario de las cosas. Para ningún observador habituado el daño resultante de una manifestación tumultuosa o los destrozos que dejan a su paso grupos de mal entretenidos pueden considerarse extraños a la acción del conjunto, interruptivos de la cadena causal.

Son, es verdad, daños indirectos, pero, por lo demás, perfectamente previsibles según las reglas de la experiencia y el normal cálculo de probabilidades.

Y en nuestro derecho las consecuencias mediatas, "que resultan solamente de la conexión de un hecho —la

acción del conjunto— con un acontecimiento distinto” —la acción dañosa individual —“son también imputables al autor del hecho” (art. 904) en la medida que las hubiere previsto o haya podido preverlas (art. 904). La previsibilidad del detrimento o menoscabo a los bienes ajenos por los miembros del grupo es innegable, sobre la base de un pronóstico objetivo retrospectivo.

Aun cuando el daño no sea la obra inmediata del nosotros, el resultado de la acción colectiva, no es tampoco una consecuencia puramente casual (art. 905) y menos aun remota (art. 906) de dicho quehacer. No puede juzgarse como proveniente de un hecho que asume el carácter de caso fortuito, pues faltan las notas de extraordinariedad e irresistibilidad.

Y tampoco puede calificarse como mera consecuencia inmediata de un comportamiento anónimo, individual o del yo, pues este hecho si bien es causa próxima por hallarse temporalmente más cerca del resultado, se asocia a la cadena causal, al no ser completamente independiente del hecho anterior, la acción del conjunto.

Sin la acción culposa o riesgosa del grupo el daño no se hubiera producido; es, por ende, *conditio sine qua non*. Pero, por encima de ello, el daño aparece, a la luz de nuestra experiencia, como el efecto típico de ese quehacer imputable.

8. RESARCIMIENTO

Son sujetos pasivos de la acción por resarcimiento todos los integrantes del grupo, “obligados *in solidum* a la reparación” (13).

Y quien ha pagado la totalidad del daño causado a la víctima puede luego dirigirse a los restantes co-

(13) Sobre el tema, ANDORNO, L. O., *La responsabilidad civil y la obligación in solidum*, en DJA N° 3923, 29-11-71, p. 4.

deudores, que han sido liberados, a fin de exigirles la contribución correspondiente; la repartición de la indemnización, pensamos, debe hacerse por partes iguales, atento a la participación de todos en el grupo (14).

Digamos, para concluir, que esta responsabilidad “por daños causados por un miembro no identificado de un grupo determinado”, se funda en estrictas razones de justicia, no mediando motivos suficientes para fundarla en razones de equidad. De allí se sigue que, una vez demostrados por la víctima los extremos o presupuestos referidos precedentemente, el juez “debe disponer el resarcimiento”; quedando excluida la fórmula “podrá disponer un resarcimiento”. Y ese resarcimiento debe ser integral, como es regla en materia de actos ilícitos (15).

(14) Los demandados se liberan del pago del resarcimiento, claro está, probando quién es el autor del perjuicio. Las cosas ocurren como si la víctima tuviera delante de sí dos responsables por el hecho propio: el autor y el grupo; pero siendo excluyente una y otra obligación no puede accionar contra ambos.

(15) Para Bustamante Alsina “el resarcimiento puede o no ser integral y la responsabilidad no solidaria según las circunstancias.”.