

La responsabilidad colectiva por daños causados en el contexto de las manifestaciones públicas y la protesta social

Collective liability for damages caused in the context of public demonstrations and social protests

Magdalena Wyss Díaz

Concepción, Chile.

Correo electrónico: mwyss@gmail.com. <https://orcid.org/0000-0002-0138-0813>.

Recibido el 4/07/2022

Aceptado el 29/10/2022

Publicado el 31/12/2022

<http://doi.org/10.21703/issn2735-6337/2022.n41.05>

RESUMEN: Hay daños causados por un grupo determinados de personas, en que se puede establecer que la acción dañosa se produce por alguno de los miembros del grupo y que cualquiera de ellos, dado su comportamiento lo hubiera podido causar, aunque resulte imposible la identificación del culpable o responsable. En el marco de manifestaciones violentas, se han producido actos delictivos, donde muchas veces no es posible identificar al o los causantes del daño, pero sí al grupo o conjunto de sujetos, dentro del cual se encuentran el o los autores que cometieron la acción dañosa. Esta situación plantea el problema si la víctima podrá ser resarcida y de qué forma. El presente trabajo aborda el problema del daño causado por un autor desconocido que pertenece a un grupo determinado;

ABSTRACT: There are damages caused by a certain group of people, in which it can be established that the harmful action is produced by one of the members of the group and that any of them, given their behaviour, could have caused it, although it is impossible to identify the guilty or responsible. In the context of violent demonstrations, criminal acts have occurred, where it is often not possible to identify the tortfeasor or tortfeasors causing damage, but it is possible to identify the group or group of individuals, including the perpetrator or perpetrators who committed the harmful action. This situation raises the problem of whether and how the victim can be compensated. This paper deals with the problem of the damage caused by an unknown perpetrator who belongs to a certain group,

pero para un supuesto específico y, en general, descuidado por la doctrina: los daños causados en manifestaciones o protestas.

but for a specific case and, in general, neglected by the doctrine: the damage caused in demonstrations or protests.

PALABRAS CLAVE: Protestas sociales, autor indeterminado, daño.

KEY WORDS: Social protests, unknown perpetrator, damage.

I. INTRODUCCIÓN

El ejercicio del derecho de reunión exige que no lesione otros derechos sociales o individuales, no obstante, se ha podido verificar, que bajo el pretexto de participar en legítimas manifestaciones ciudadanas, algunas personas incurrir en conductas dañosas. Estas conductas deslegitiman el ejercicio de los derechos que la Constitución garantiza, y provocan graves consecuencias en Derechos igual o más importantes como la vida y la integridad física y psíquica y el patrimonio público y privado.

Es así, que las manifestaciones que hemos visto en el último tiempo dieron lugar a una serie de desmanes y perjuicios, causados por personas que actuaron a rostro cubierto o encapuchadas. Se produjeron considerables daños en la propiedad pública y en la privada, incluso la muerte de personas. Tales actos resultan de muy difícil persecución, como consecuencia de la imposibilidad de identificar quién ha causado el daño y debido a una serie de vacíos legales.

Los supuestos que pueden darse son los siguientes:

- 1.- Varios sujetos determinados causaron coordinadamente el daño, como ocurre por ejemplo en el caso del monumento al General Baquedano, en la Plaza Italia de Santiago de Chile.
- 2.- Un sujeto indeterminado causó el daño, en un grupo determinado o indeterminado, pero en una manifestación convocada y organizada por sujetos determinados, esto es, donde existen claros organizadores.
- 3.- Un sujeto indeterminado en actuación o grupo determinado, pero que no fue convocado o se desconoce quiénes convocaron, causó daños.

Pensemos, por ejemplo, en el caso de Denisse Cortes Saavedra ocurrido el 10 de octubre de 2021 en Santiago de Chile, donde la víctima fue alcanzada por un fuego artificial que se habría lanzado contra la policía, siendo imposible hasta ahora identificar al causante de su muerte. Todos dispararon en la misma dirección, pero solo uno le causó la muerte.

- 4.- Un sujeto indeterminado en un grupo indeterminado, sin organizadores o encontrándose estos ocultos, causó daños.

Nuestro trabajo no analizará el número primero, porque tiene respuesta en nuestra legislación, y ana-

lizará el supuesto segundo y especialmente el tercero, pues muchas veces ante la falta de prueba de los organizadores se producirá un desplazamiento al tercer supuesto. Tampoco se analizará el cuarto supuesto, porque para avanzar en tal sentido, se debe tener claridad en la solución de los anteriores objeto de este estudio.

II. EL DERECHO DE REUNIÓN Y LA PROTESTA SOCIAL COMO EXCLUYENTES DEL DAÑO A OTRO

Creemos como Rawls, que “un régimen democrático presupone la libertad de opinión y reunión, y la libertad de pensamiento y de conciencia”.¹ Tales garantías proponen un marco de libertad en el cual el individuo puede hacer demandas legítimas a las autoridades, e influir en las políticas públicas, desde su particular cosmovisión. Es inherente la calidad de animal social,² interesado en los asuntos de la polis, cuya primera forma de participación, es la unión con pares, para efectos de debatir, consensuar y dar a conocer opiniones válidas y coherentes a sus intereses.

Sin embargo, estos derechos han de ser ejercidos de forma tal que no dañen a otro. El principio de justicia más antiguo lo encontramos probablemente en Ulpiano quien, mediante tres ideas, nos invitó a la convivencia pacífica, respetando los derechos del prójimo: “vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo”.³ A lo largo de la historia, en cada fracaso de las libertades, siempre está presente la represión de los derechos mencionados por Rawls. Pero su ejercicio también propone ámbitos de ejercicio responsable de la libertad, de acuerdo al pacto social fundante, que otorga al derecho de reunión, su consagración y limitaciones.

No desconocemos que el derecho a la protesta social, ha tenido un desarrollo importante en las democracias occidentales y que al mismo tiempo ha provocado tensiones entre las movilizaciones que cortan calles, caminos o atentan contra bienes públicos, privados o personas y los derechos de los afectados.⁴ Sin embargo, más allá de un debate todavía en desarrollo, para efectos de este trabajo, nos parece adecuado poner nuestro interés en el pacto Fundamental y el Bloque Constitucional, para demostrar que los dañados, a menudo sin arte ni parte en el conflicto social, pueden tener derecho al resarcimiento, en su calidad de víctimas.

El artículo 19 Nº 13 de la Constitución establece el derecho de reunirse pacíficamente, sin permiso previo y sin armas, pero agrega que si la reunión tiene lugar en bienes nacionales de uso público, se regirá por las disposiciones legales de policía. El derecho tiene su consagración también de manera análoga en tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos,⁵ al igual

¹ RAWLS (1971), p. 372.

² ARISTOTELES (2018), p. 4.

³ La *tria precepta iuris* que se traduce del *honestere vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Ver MAUREIRA (2006), p. 275.

⁴ BASSA y MONDACA (2019), p. 105 a 136.

⁵ Artículo 15. “Derecho de reunión. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de tal derecho sólo puede estar sujeto a las restricciones previstas por la ley, que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional,

que en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁶ Y de las normas examinadas, surge de inmediato como límite de exclusión, el ejercicio de la violencia y la utilización de armas. El vocablo *pacífico*, lo encontramos en los tres órdenes normativos del bloque, por lo que nuestra primera afirmación al respecto es que no ejerce legítimamente el derecho de reunión, quien lo hace de manera violenta o con armas.

Obviamente el derecho de reunión, está relacionado también con otros igualmente importantes para el Estado de Derecho, como el de asociación. Sin embargo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (en adelante CIDH) se ha pronunciado en relación a ambas garantías, diferenciando el carácter fundamental del derecho de reunión sobre el de asociación, de tal forma que no existe el segundo sin el primero, pero no necesariamente concurren de manera coincidente.⁷ Sin embargo la CIDH incorpora el derecho de reunión, como protector del derecho a la protesta social,⁸ unido a la libertad de expresión, otorgándole legitimidad en la medida que no existan actos reprochables en su ejercicio,⁹ todas cuestiones que nos permiten sostener, a objeto de nuestro trabajo, que el ejercicio del derecho de reunión, limita con causar daño a otro.

III. EL INTERÉS DE LA VÍCTIMA Y EL PRINCIPIO PRO DAMNATO COMO EJES DE LA REPARACIÓN

Los últimos eventos dañosos sucedidos en el país desde el 18 de octubre de 2019,¹⁰ me han motivado a buscar una solución satisfactoria para el dañado, pero la aparente falta de norma en relación a este

de la seguridad o del orden públicos, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos o libertades de los demás”.

⁶ Artículo 21: “Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

⁷ “El artículo 15 de la Convención Americana consagra el derecho de reunión pacífica y sin armas. A su vez, la libertad de asociación, prevista en el artículo 16 del mismo tratado presupone el derecho de reunión y se caracteriza por habilitar a las personas para crear o participar en entidades u organizaciones con el objeto de actuar colectivamente para la consecución de los más diversos fines, siempre y cuando éstos sean legítimos. A diferencia de la libertad de asociación, el derecho de reunión no implica necesariamente la creación o participación en una entidad u organización, sino que puede manifestarse en una unión esporádica o congregación para perseguir los más diversos fines mientras éstos sean pacíficos y conformes con la Convención.” (Corte IDH. Caso Escher y otros Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de julio de 2009. Serie C No. 200, N° 169)

⁸ “El derecho a protestar o manifestar inconformidad contra alguna acción o decisión estatal está protegido por el derecho de reunión, consagrado en el artículo 15 de la Convención Americana.” (Corte IDH. Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2018. Serie C No. 371, N° 177)

⁹ “Este derecho abarca tanto reuniones privadas como reuniones en la vía pública, ya sean estáticas o con desplazamientos. La posibilidad de manifestarse pública y pacíficamente es una de las maneras más accesibles de ejercer el derecho a la libertad de expresión, por medio de la cual se puede reclamar la protección de otros derechos. Por tanto, el derecho de reunión es un derecho fundamental en una sociedad democrática y no debe ser interpretado restrictivamente. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante el “Tribunal Europeo”) ha señalado que el derecho de reunión es de tal importancia que una persona no puede ser sancionada, incluso por una sanción disciplinaria menor, por la participación en una manifestación que no había sido prohibida, siempre y cuando no cometa actos reprochables durante la misma.” (Corte IDH. Caso López Lone y otros Vs. Honduras. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C No. 302, N° 163)

¹⁰ <https://www.biobiochile.cl/especial/bbcl-investiga/noticias/cronicas/2021/10/26/mas-de-100-millones-en-danos-publicos-hassler-se-querella-por-destrozos-en-conmemoracion-del-18-o.shtml>
<https://www.publimetro.cl/noticias/2021/10/19/la-serena-manifestantes-queman-un-auto-y-saquean-caja-los-heroes/>
<https://www.latercera.com/pulso/noticia/la-historia-tres-pymes-afectadas-los-saqueos/880118/>

tema es también una cuestión extra que ha captado mi interés para estudiar y escribir. Estoy cierta que el derecho no exige conducta de superhéroes, sino algo tan simple como no dañar a otro. Desde esta perspectiva, la pregunta clave tiene por objeto responder cuál es la regla o norma de conducta que debemos observar en nuestro trato con los demás, en la contingencia social. Y en este contexto, cualquiera sea el camino por el cual el juez llegue a la solución reparadora, la responsabilidad debe ser concebida como la retribución pecuniaria a la víctima.

A mi modo de ver, existe una colisión entre el legítimo derecho a la protesta social y el daño causado en su ejercicio, cuya solución tiene como matriz también al derecho civil.¹¹ Por esta razón, mi análisis parte de la existencia de un delito civil que cause perjuicios y por ende la obligación de reparar el daño a través de la correspondiente indemnización. Para lo anterior, el principio fundamental es que la responsabilidad civil persigue reparar a la víctima, no solo en su patrimonio sino además en su integridad física o psíquica.

Admitamos que los incidentes derivados de la protesta social, nos plantean el problema que ellos son causados por autores cuya identidad es muy difícil de determinar con certeza, porque actúan encapuchados y se esconden en el colectivo. Conviene sin embargo admitir que la autoría de la conducta lesiva, y con ello la constatación del nexo causal, se diluyen entre la pluralidad de personas que integran un mismo grupo.

Debe quedar claro, que el sentimiento básico de justicia lleva a las víctimas a exigir la reparación. Ante la imposibilidad de identificar a los autores, se puede optar por demandar al Estado por la falta de servicio, porque ante el desborde del proceso social, ni siquiera la policía es capaz de controlar el orden público y atribuir conductas. Así, el interés se orienta respecto de quienes participan y causan el daño, pero también hacia los autores intelectuales que organizan y llaman a la protesta social.

Como plantea Corral, reparar los daños es un principio inmanente a nuestro derecho. Y el sistema está implícitamente concebido en la Constitución, al menos en su pretensión del Artículo 1º, relativo a que el Estado está al servicio de la persona humana y promueve el bien común.¹² En el amplio catálogo de garantías, es necesario mencionar también como parte del sistema reparatorio, el Derecho a la vida y a la integridad física y psíquica, la indemnización por error judicial, el Derecho a desarrollar actividades económicas y el Derecho de propiedad, entre varios otros.

La consideración anterior, es una justificación para condenar a todos los integrantes de un grupo determinado dentro del colectivo, pero ello no es suficiente, debe existir una fundamentación técnica basada en elementos normativos que se encuentren en nuestro Código Civil, cuestión que ha sido

¹¹ Estoy cierta que en el ámbito penal, además de instituciones como las salidas alternativas, existe un catálogo de tipos que permiten castigar las conductas dañosas, pero la orientación de este trabajo es puramente civil, tal como se plantea en la introducción. Por cierto, son aplicables en sede penal en aquellos casos en los cuales sea posible la interposición de acciones civiles, y los supuestos fácticos del hecho que se juzga, sean compatibles con las hipótesis examinadas.

¹² CORRAL (2011), p. 70.

abordada de manera indirecta por varios autores nacionales.¹³ En todo caso, existe un esfuerzo serio de Barría, quien propone un mecanismo de integración del vacío que se observa en la legislación chilena, justificando la reparación de este daño a partir de diversas disposiciones contenidas en el propio Código Civil, referidos al artículo 2328 cc y artículo 2317 cc y en otros textos legales.¹⁴

IV. LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA

Según Hans Kelsen “se habla de responsabilidad colectiva cuando la sanción se dirige contra los individuos miembros de la misma comunidad jurídica de que forma parte el sujeto que, como órgano de tal comunidad, cometió el acto antijurídico, si la relación entre el infractor y los responsables esta constituida por el hecho de que aquél y éstos pertenecen a dicha comunidad jurídica. La responsabilidad individual se produce cuando la sanción se dirige exclusivamente contra el infractor”.¹⁵

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*”.¹⁶

Se trata de un concepto que hace referencia a la manera en que afecta la comisión del ilícito a sus autores, quienes deberán asumir la responsabilidad en conjunto por el daño causado por uno de sus integrantes y por el comportamiento individual de cada uno de sus integrantes al generar una situación de peligro para la víctima.

A partir de lo anterior, no podemos olvidar que existen ciertos requisitos concurrentes a la responsabilidad colectiva, que es necesario examinar, para una mejor comprensión del problema: ¹⁷

1.- A mi modo de ver el requisito mas importante y que es determinante para el nexo causal, es la existencia de un grupo o pluralidad de sujetos, que debemos considerar como el autor del riesgo que genera, lo que constituye un verdadero principio de ejecución del daño. La identificación del grupo debe ser clara y precisa, en cuanto a un conjunto de personas naturales. La actividad grupal, debe crear una situación de riesgo, sobre la base de la actuación de carácter plural.

Respecto a la identidad de los individuos que forman parte del grupo previamente concertado o no,

¹³ CORRAL (2003), pp. 179 y ss.; RODRÍGUEZ (1999), pp. 98 y ss., RODRÍGUEZ (2010), pp. 9 y ss.; ARAYA (2003), pp. 126 y ss.; BIDART (1985), pp. 128 y ss.; BARROS (2006), pp. 421 y 422, y pp. 426 y 427.

¹⁴ BARRÍA (2008a), pp. 273-289. BARRÍA (2011b), pp. 151-183. El citado autor trata la doctrina española donde se observan importantes opiniones, fundadamente dispares, que corresponden a dos de los autores que más tiempo, páginas y esfuerzo han dedicado a la materia, como son los profesores Ricardo DE ÁNGEL y Virginia MURTULA. Expone el pensamiento de cada uno, a fin de desarrollar su propia idea sobre este aspecto tan importante de la responsabilidad colectiva.

¹⁵ KELSEN (1983), p. 75

¹⁶ MOSSET (1999), p. 13.

¹⁷ Seguimos en esta materia a RODRÍGUEZ (1999), pp. 98 y ss.; y a BARRÍA (2008a), pp. 273-289. BARRÍA (2011b), pp. 151-183, en sus obras citadas.

estamos frente a una actividad grupal de perfil peligroso, el cual no persigue un fin de beneficio público, sino la expresión voluntarista de una consigna a cargo de un colectivo plenamente identificado y que se concreta en un daño por la actividad de uno de sus integrantes. Todos los sujetos pertenecen al grupo y la víctima está en condiciones de superar la dificultad probatoria inicial, toda vez que aquel sindicado como autor que ha causado el daño, deberá probar que no ha cometido ningún ilícito civil.

2.- La imposibilidad de identificar al único autor material del daño, constituye un factor subjetivo que consiste en “*la deliberación de hacer con otros*”, toda vez que, de no existir el grupo, lo más probable es que al autor no habría actuado contra los bienes de otro, toda vez que el anonimato es su escudo protector.

La dificultad para identificar al sujeto que obró dañosamente, tiende a impedir que la responsabilidad se pueda radicar en un individuo. Se diluye en medio de cuestiones probatorias imposibles, y en varias ocasiones a partir de la poca efectividad de las agencias estatales para determinar culpables.

El tema tratado, apunta precisamente a intentar superar las dificultades probatorias en relación a la causalidad. El anonimato, la violencia, el actuar a rostro cubierto, con cierta organización de defensa, son cuestiones que por cierto impiden la individualización de quien daña a otro.¹⁸

3.- La necesaria conexión causal entre la actuación del grupo y el daño.

Entiendo este requisito, como aquel según el cual el resultado no se habría producido de no mediar el carácter grupal de la actividad. El individuo dentro de la masa, potencia su irresponsabilidad, violencia e irracionalidad.¹⁹

Hay que precisar, además, que según Mortula, siguiendo a Díez Picazo, la responsabilidad del grupo deriva de las condiciones de imputación subjetiva u objetiva. La misma autora plantea el siguiente ejemplo relativo a la culpa de todos, y del riesgo creado: el de quien lanza un objeto por la ventanilla del autobús y hiere a alguien: si el resto va tranquilamente sentado, sólo quien ejecuta la acción es responsable, pero responden todos, si han provocado un juego peligroso, en el cual un objeto sale volando por la ventanilla, hiriendo a un transeúnte.²⁰

4.- La unidad de tiempo y espacio.

Ambos elementos concurrentes, sitúan al grupo, lo identifican en cierta actividad, que sólo puede ser atribuida al colectivo, porque ellos estaban ahí, en el tiempo coetáneo al cual se produjeron los daños.

¹⁸ Por cierto, el uso actual de medios tecnológicos, tales como cámaras fijas, drones y programas de reconocimiento facial, han venido a aportar pruebas que en otro tiempo habrían sido imposibles de obtener.

¹⁹ ORTEGA Y GASSET es el autor clásico que estudió el comportamiento del hombre en el grupo, como uno distinto del considerado individualmente. Se puede consultar ORTEGA Y GASSET (2019).

²⁰ MURTULA (2006), p. 20.

V. PROBLEMAS QUE PLANTEA LA INDETERMINACIÓN DEL AUTOR PARA EL DAÑADO, EN TORNO A LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD Y LA CULPA

Con el ánimo de aclarar mejor esta cuestión, hay que recordar que la culpa y la relación de causalidad son dos elementos fundamentales de la responsabilidad civil y por ende de la responsabilidad extracontractual. Y por lo general, la respuesta a la causalidad resulta extremadamente simple, como ocurre por ejemplo en la colisión de dos vehículos porque uno de ellos cruza con luz roja o cuando un transeúnte sufre lesiones por la caída de un objeto desde un edificio en construcción.

No basta la mera imputación material de la acción al sujeto. Para investigar la procedencia o no de una obligación indemnizatoria, debemos analizar por separado dos cuestiones de distinta índole, la primera se ocupa del lazo material, de la influencia objetiva, es decir, de la causalidad de una acción sobre un resultado lesivo; pero la existencia de dicha relación causal no será suficiente, según el principio general existente en materia civil, para hacer responsable por ese daño al autor, será preciso, además, que el autor haya obrado culpablemente.

En todo caso, no podemos olvidar que la causalidad es compleja cuando no es posible identificar el autor material de la acción dañosa, como ocurre en la generalidad de los casos derivados de la protesta social.

Las normas del Código Civil, tienden más bien a permitir la exoneración del presunto autor, en la medida que no se prueba la relación causal entre la conducta y el daño producido, lo que reduce el problema a uno de causalidad.

Así, Rodríguez nos habla de una causalidad no probada, distinguiendo la “*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. Citando a Mosset, hace referencia a la “*causalidad acumulativa*”,²¹ 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. Y finalmente se decanta la “*causalidad objetiva*”, que 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 y han creado el riesgo.²²

Actualmente, la forma de soslayar la dificultad de la prueba de la causalidad entre el daño y su autor exige acreditar la existencia de un nexo de causalidad entre el daño sufrido y la actividad del grupo

²¹ Ver BARRÍA (2011), p.174. No es lo mismo la causalidad concurrente (un daño causado por varios individuos a través de actos independientes entre sí, sin mediar cooperación ni concierto entre ellos, siendo cada uno de esos actos suficiente para provocarlo); y la causalidad adicional o acumulativa (el daño es la consecuencia de diversas actuaciones independientes, siendo cada una insuficiente para causarlo, pero la suma de todas ellas deriva en el resultado dañoso).

²² RODRÍGUEZ (2010), p. 35.

que incrementa el riesgo. Los que forman parte de la colectividad transitoria, crean las condiciones que favorecen su anonimato, lo que dificulta la individualización del verdadero causante. El autor, propone dos soluciones, la primera es optar por una presunción de causalidad hacia la responsabilidad individual por el hecho grupal y la otra no recurre a la presunción, sino que atribuye el nexo causal únicamente a la actuación del grupo como entidad unitaria, distinta de los integrantes individualmente considerados, quienes no podrían alegar falta de responsabilidad por ningún motivo.²³

Por otra parte, Tamayo, aborda la prueba del nexo causal, en el daño causado por autor desconocido que pertenece a un grupo determinado. Parte por reconocer la dificultad que propone la doctrina tradicional, para luego reconocer que la doctrina y la jurisprudencia han acudido a criterios tales como “*la falta o culpa común*”, “*el riesgo colectivo*”, “*la personalidad jurídica del hecho*”, “*la creación de una situación riesgosa o peligrosa*”, reconociendo que se debe actuar con cuidado, para prevenir injusticias tales como condenar a quien no tiene que ver con los hechos.

En el intento por solucionar el problema, reconoce en primer lugar que varios códigos latinoamericanos optan por la responsabilidad colectiva de todos los autores del daño, como en el caso de las cosas que caen de un edificio, estimando que puede ser viable la extensión analógica a casos similares. Sin embargo, no renuncia a la posibilidad de que la persona imputada pueda probar que no tiene participación en el hecho, porque el autor es otro o porque no pudo realizar el acto. Y existiendo culpa de varios, se puede presumir la causalidad de todos ellos.²⁴

Para la visión que comentamos, la causalidad tiene un elemento de hecho y un elemento jurídico.²⁵ El incremento del riesgo, no es un elemento material, sino puramente jurídico. Lo anterior en el contexto de la imputación objetiva, sirve para restringir y seleccionar al autor, dentro de la pluralidad del grupo, bajo el prisma de que quien causa el riesgo no permitido, debe responder de lo causado. En suma, la imputación objetiva atribuye responsabilidad a quien no fue el autor material del hecho. De esta forma, superamos la visión romanista del daño *corpore corpori*, se exigía una causalidad física directa e inmediata, es decir, un inmediato contacto físico entre el autor del daño, sobre el cuerpo de la cosa dañada.²⁶

En la misma línea de lo planteado, el criterio de imputación objetiva aplicable a la causalidad puede restringirse en su dimensión material. Si bien estas personas no causaron el daño directamente, sin embargo crean las condiciones para que otros sean autores, incrementando el riesgo e impidiendo la identificación del sujeto, derivando hacia la responsabilidad subjetiva.

Pero también existen casos que abrieron la posibilidad de nuevas formas de responsabilidad, como el llamado “*del aceite de colza*”, donde la causalidad fue determinada a través de sucesivos pronun-

²³ BARRÍA (2010), pp. 244-245.

²⁴ TAMAYO (2011), pp. 269-272.

²⁵ Véase FUENTES (2010), pp. 23-32.

²⁶ Véase AEDO (2011), pp. 3-30.

ciamientos de tribunales españoles, condenando finalmente al Estado. El caso es más o menos así: el producto, era importado por el Estado español para la industria en la década del setenta, con expresa prohibición de consumo humano, para lo cual se lo mezclaba con ricino. Con la autorización estatal se utilizaron otros desnaturalizantes y a un empresario se le ocurrió la idea de invertir el proceso para hacerlo comestible. Murieron personas y otras tantas se intoxicaron. Aun cuando no fue posible allegar la prueba de la causalidad, los indicios condenaron penalmente a los responsables.²⁷ Con posterioridad fueron condenados civilmente algunos funcionarios de aduanas y el Estado,²⁸ en un caso que marca precedente, atendida la falta de causalidad contenida en las sentencias.²⁹

Es el caso en el cual se pudo soslayar la cuestión de la causalidad, fundando desde ese eslabón, la teoría reparatoria. Por cierto, aquello puede ser resistido por quienes exigen la concurrencia estricta de los elementos que dan lugar a la responsabilidad por el daño, especialmente de la causalidad. En términos académicos, es un avance para fundar la indemnización, más allá de la causalidad estricta.

De todos modos, cuando en nuestro sistema consagramos la teoría clásica y subjetiva, establecimos estándares muy precisos y exigentes para probar la culpa. De aquí surge la crítica más importante, toda vez que esta teoría pone el acento en la conducta del autor por sobre la protección de la víctima.³⁰ Esta sólo puede obtener la reparación, en la medida que pruebe el dolo o la culpa, si así no lo hiciera, la demanda será rechazada y será imposible alcanzar la tutela solicitada.³¹

No está demás señalar brevemente que una de las tareas más arduas del demandante en sede civil, consiste en probar su pretensión. Una vez abierto el término probatorio, el sistema pone sobre el pretensor, un conjunto de limitaciones para acreditar los hechos a probar. En mi opinión, el sistema de prueba legal o tasada, es un obstáculo importante para alcanzar el objetivo reparatorio, en cuanto determina de antemano el valor para cada prueba, a diferencia de la sana crítica, que de acuerdo a los ejes de la lógica, la máxima de la experiencia y el conocimiento científicamente afianzado, permite que la creatividad del litigante, ofrezca la prueba más acorde a su teoría del caso .

En el objetivo de dar solución al problema de la reparación, nos enfrentamos por una parte a la restauración de todo perjuicio sufrido injustamente por la víctima y por otro lado a la determinación de la relación de causalidad. El principio de reparación integral no es borrado por las excepciones y por ello puede siempre afirmarse que éste constituye la idea directriz del sistema indemnizatorio chileno,³² pero debo admitir que el *pro damnato*, no es suficiente sin la fundamentación normativa. Como todo principio del Derecho, debemos tener presente que es una herramienta interpretativa, que orienta hacia la reparación por sobre cualquier otra alternativa aplicable.

²⁷ Afectados del Síndrome Tóxico con RAPSA y RAELCA (1992).

²⁸ Afectados del Síndrome Tóxico con Laboratorio Central de Aduanas, Manuel H. y Federico P. (1997)

²⁹ Sugiero revisar SALVADOR (2006), p. 2.

³⁰ ABELIUK (1993), p. 191.

³¹ ALESSANDRI (1943), p. 109.

³² DOMÍNGUEZ (2010), pp. 9-28.

De esta manera, más allá de los problemas que nos plantea la causalidad, el conflicto siempre debería resolverse teniendo como elemento interpretativo el *pro damnato* y el interés de la víctima.

VI. APLICACIÓN POR VÍA INTEGRADORA DE LOS ARTÍCULOS 2317 Y 2328 DEL CÓDIGO CIVIL

Lo cierto es que más allá de los problemas que nos plantea la causalidad, el verdadero desafío consiste en superar la dificultad en la determinación de la identidad del sujeto, a través de la fundamentación normativa. Una de las respuestas posibles, tiene lugar en la responsabilidad objetiva.

Esta clase de responsabilidad, está tratada en el ordenamiento jurídico nacional, a propósito de la caída de objetos desde un edificio donde todos deben responder por el hecho de una persona, también a propósito de actos causados por animales, y para el propietario del vehículo por los daños ocasionados por el conductor, entre varios otros.

Las fuentes originales del Derecho Romano nos lleva a las acciones *effusis vel deiectis* y *positum vel suspensum*, que eran concedidas por el Pretor a quienes hubiesen sufrido el daño derivado de la caída de objetos de un edificio. El sujeto pasivo era el *habitor* o jefe de familia, sin que fuera relevante que aquel hubiera causado el daño. La responsabilidad objetiva derivada del acto hacía abstracción del verdadero autor, siguiendo el carácter propio de la autotutela, en cuanto el sujeto afectado buscaría de manera absolutamente impulsiva la reparación, cuestión que en la actualidad es contraria a un Estado de Derecho.³³

Pero es claro que las mayores dificultades se presentan cuando el daño es causado por el hecho culpable de alguno entre varios candidatos, sin que resulte posible determinar quien desencadenó esos efectos. Ante este panorama, es necesario analizar si existe legislación especial y si está consagrada la responsabilidad del grupo.

Además debemos ponderar si alguna norma establece de forma expresa la responsabilidad objetiva, de tal forma que el actor quede liberado de demostrar la negligencia o intención dolosa del causante. Se trata de orientar la responsabilidad al grupo participante, en lo que Barros trata y denomina “*responsabilidad difusa*”, a partir de la cual, son varias personas las obligadas a indemnizar.³⁴ El autor sostiene que la causalidad difusa conlleva serias dificultades y que en Chile sólo se conocen las normas por ruina de edificios del artículo 2323 del Código Civil, sobre la responsabilidad por cuota de dominio y caída de objetos del artículo 2328 del mismo cuerpo legal, en calidad de simplemente conjunta. Estos casos determinan reglas de distribución proporcional de la responsabilidad, lo que constituye una excepción al principio de solidaridad del artículo 2317. Ella tiene lugar cuando dos o más personas

³³ BARRÍA (2008), p. 202.

³⁴ BARROS (2010), p. 426.

son autores de un mismo hecho. Pero no es el caso en comento, porque el autor del hecho punible es uno solo, pero responden todos.

¿Cómo llegamos a la responsabilidad solidaria? En principio podríamos establecer que es simplemente conjunta de acuerdo al artículo 2328, pero el problema es que no sabemos cuántos sujetos son, y la cuota va a depender de cuantos individualizamos, acto a menudo difícil para el ofendido. Al respecto se ha planteado la responsabilidad *in solidum* o concurrente,³⁵ fórmula *pro damnato* que no está en el artículo 2317, porque éste se refiere a un solo hecho en que varios son autores y aquí hay uno solo que es autor y los otros han sido una condición para que el hecho ocurra. Nuestra doctrina y jurisprudencia han aceptado la idea de la responsabilidad concurrente.³⁶ Pero debemos recurrir a ella, si no existe un concurso de causas, porque todos podrían ser coautores, desde el momento que crearon las condiciones y por ende el hecho tendría cabida dentro del artículo 2317. También podríamos plantear una negativa, porque el autor es uno solo y los otros facilitaron el acto, y en ese caso podría aplicarse la teoría de la responsabilidad concurrente, desarrollada por la doctrina, y con recepción mediana por parte de la jurisprudencia.³⁷

De cualquier forma, debemos recordar que los requisitos determinantes de la solidaridad legal extracontractual reconocen que el hecho haya sido “cometido por dos o más personas”. Aquí habría dos alternativas, seguir la responsabilidad simplemente conjunta, pero esto perjudica al dañado, y lo otro es avanzar en la idea de la responsabilidad concurrentes o solidaridad imperfecta, es decir, de situaciones que normalmente serían simplemente conjuntas para ir por la responsabilidad concurrente.

El autor Corral, analiza el planteamiento jurisprudencial de la Corte Suprema a propósito de casos de responsabilidad por daño al medio ambiente, algo similar ocurre en responsabilidad por accidentes del trabajo, ocurridos en faenas regidas por el régimen de subcontratación.

En cuanto a la coautoría, ésta es reconocida por Reglero, quien plantea como una cuestión pacífica que, existiendo varias personas concertadas para cometer una acción dañosa o culposa, todas responden solidariamente del daño, de manera íntegra y solidaria, de acuerdo al criterio de imputación recíproca del resultado entre coautores. La posición que comentamos nos abre en lo doctrinal, un amplio abanico de responsabilidades, teniendo como base el acuerdo previo. No vemos la posibilidad de imputar a quienes se han convertido en colectivo dañoso por las circunstancias fácticas que les llevan a reunirse de manera no acordada previamente, como puede ocurrir en una asonada que se ha formado de manera casual.

Ante la imposibilidad de probar el nexo causal entre el daño y el grupo, siguiendo a Pantaleon, el autor se decanta por la absolución de todos, con excepción de la existencia de un seguro obligatorio, como por lo demás se obliga en la Ley de Caza española. Por oposición a lo anterior, nos habla de la respon-

³⁵ Véase CORRAL (2015), pp. 455-471.

³⁶ Véase AEDO y MUNITA (2021), pp. 434 -435. Los autores se inclinan por la opinión de aquellos que estiman la concurrencia de la solidaridad. Ver MENDOZA (2021), pp. 257-288.

³⁷ Véase CORRAL (2015), pp. 468-469. También MENDOZA (2018), pp. 387-392.

sabilidad solidaria de todos, con excepción de aquel que pueda probar su total falta de participación en el hecho. Sin embargo, manifiesta dudas en relación al nexo causal, sólo en cuyo caso podemos plantearnos un régimen de responsabilidad solidario o no. Para superar el problema, propone invertir la carga de la prueba, haciendo recaer ésta en los presuntos autores. Deberán ellos probar que no tuvieron participación en los hechos.

Pero convengamos al menos, que quien se suma al grupo y participa de la reunión, lo hace de manera libre y voluntaria, otorgando al menos un acuerdo tácito ante los violentos, si no se retira del lugar o no impide o repudia mediante actos expresos, los actos que causan el daño.³⁸

Por su parte, Mendoza propone los siguientes criterios de delimitación siempre dentro del ámbito de aplicación del artículo 2317. Nos habla en primer lugar de “*actuación conjunta concertada*”, considerando que la expresión “*cometido por dos o más personas*” nos remite a la coautoría, pero nos recuerda que no es requisito esencial de la coautoría el que las actuaciones sean simultáneas si es que existe el elemento subjetivo de estar de acuerdo para actuar conjuntamente. También se refiere a la “*actuación no concertada*”, cuya característica relevante es la simultaneidad y/o la finalidad común de las actuaciones, donde no existe acuerdo previo y sin que el ilícito causado por uno, suponga su automática imputación a otro. Y también considera la “*causalidad complementaria*” o “*concausalidad*”, en la cual un mismo delito o cuasidelito puede ser cometido por dos o más personas, mediante actuaciones simultáneas e independientes que por sí solas no son suficientes para causar el mismo daño.

Para Mendoza, la coautoría es condición suficiente para aplicar la solidaridad del artículo 2317, toda vez que el grado de participación es relevante solo para las relaciones internas. La misma norma se aplica a la actuación no concertada, en el caso de que exista simultaneidad en las actuaciones, o de ser sucesivas, exista una finalidad común que las unifique. No excluye a los terceros civilmente responsables, cuando concurren a la realización del daño por omisión del deber de cuidado.³⁹

Por otra parte, los autores Aedo y Munita, plantean que existen casos en los cuales no existe la solidaridad del artículo 2317, como en la responsabilidad de sujeto indeterminado de grupo determinado, a diferencia de Mendoza, quien propone que la solidaridad emana del carácter de regla general que tendría el artículo 2317. Los autores se decantan por estimar que el artículo en cuestión, en su génesis apunta a la responsabilidad del sujeto indeterminado del grupo, agregando que existe la responsabilidad por el hecho ajeno en los artículos 2320 y 2322, además que, en los casos de responsabilidad por el mismo hecho, pero por distintos regímenes, la doctrina ha ido asumiendo como válida la responsabilidad concurrente.⁴⁰

En una visión parecida, Barros propone que la responsabilidad de cada candidato por el total, opera como garantía respecto de la víctima, lo que resulta consistente con los criterios sobre responsabili-

³⁸ REGLERO y BUSTOS (2014), pp. 1038-1040.

³⁹ MENDOZA (2021), p. 281.

⁴⁰ Véase AEDO y MUNITA (2021), pp. 434-435.

dad por negligencias múltiples. Agrega que es probable que las soluciones jurisprudenciales, dependan de la naturaleza de los casos que deban resolverse.⁴¹

Así por ejemplo, en la caída de objetos, responden todas las personas que habitan la misma parte del edificio, dividiendo la indemnización entre todas ellas. La regla general es que sean responsables, sin necesidad de probar la culpa por parte de la víctima, ni derecho a exonerarse del pago a través de la prueba de la debida diligencia. Habría que decir también, que la norma permite que los responsables se exoneren de la indemnización, si prueban que el hecho se debe a la culpa o mala intención de una persona determinada, a quien se le debe imputar en forma exclusiva la conducta dañosa.⁴²

El razonamiento anterior es lógico, toda vez que la forma de responsabilidad en estudio surge de la imposibilidad en la determinación del autor del daño. Una vez despejada esta variable, es decir, pudiendo individualizar al autor, no es posible sostener la responsabilidad del grupo, sin atentar contra el principio de culpabilidad, en el cual el reproche ha de hacerse a quien ejecuta el acto u omisión.

En esta línea de reflexión jurídica, se precisa que las cosas que se arrojan, dan lugar a una responsabilidad que no es por el hecho de las cosas, sino por el hecho ajeno. La responsabilidad recae sobre todas las personas que habiten la misma parte del edificio, en calidad de dueño, arrendatario, comodatario, usufructuario, etc. Y los responsables dividirán entre todos la indemnización.⁴³

En mi opinión, y para la cuestión en estudio, esta clase de responsabilidad obedece a una clasificación propia del Derecho civil, bajo las acostumbradas distinciones sistemáticas de nuestra ciencia, pero lo que subyace detrás es la conducta activa u omisiva de una persona que infringió un deber de cuidado o simplemente decidió dañar a otro, aceptando el resultado. La imputación colectiva, es la manifestación más pura del principio *pro damnato*, lo que demuestra la aseveración de que los principios del Derecho, son la herramienta más eficaz para interpretar normas jurídicas, en este caso, en clave reparatoria.

Por todo lo anterior, en el ámbito civil, nada impide singularizar la responsabilidad en una o más personas, previa acreditación que el hecho ocurrió por dolo o culpa. Y es muy importante considerar que cuando no es posible probar quien ha causado el daño, se genera, en opinión de Rodríguez Grez, un caso de responsabilidad objetiva subsidiaria consistente en la obligación de reparar sin atender a la causa física que lo provoca, ni al elemento subjetivo de la responsabilidad. En este caso, el legislador privilegia la situación de la víctima, que de otra manera se habría visto privada de toda reparación posible.

⁴¹ MENDOZA (2021), p. 281.

⁴² El Inciso 1°, artículo 2.328 del Código Civil señala: “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 exclusiva mente, en cuyo caso será responsable esta sola”.

⁴³ ORREGO (2021), p. 40.

La responsabilidad objetiva propuesta por Rodríguez Grez no exige vinculación material con el daño. Basta que la cosa haya caído o haya sido arrojada de una parte del edificio para que la responsabilidad afecte a todos quienes moran o residen en él. Se podría decir que el riesgo es inherente a los edificios en altura. La responsabilidad no tiene otro fundamento que el amparo a quienes sufren el daño. Por lo mismo, se excluye la prueba de diligencia o cuidado que niega la autoría. Este es un caso típico de responsabilidad objetiva.⁴⁴

Se trata de una responsabilidad colectiva, donde la ley entiende responsable al grupo dentro del cual se encuentra el autor único, pero anónimo. La obligación de responder no es solidaria, ya que la indemnización se divide, por partes iguales, entre todos los presuntamente culpables.⁴⁵

El autor Barría coincide con Díez-Picazo en “*la desindividualización del Derecho de Daños*”, que corresponde a la evolución observada en esta rama del derecho. La responsabilidad civil nacida por la comisión de hechos ilícitos deja de ser exclusiva consecuencia de una relación entre sujetos y pasa a formar parte de los posibles efectos que nacen a propósito de la realización de actividades colectivas o grupales, como productores o víctimas de los hechos dañosos.⁴⁶

Lo que importa observar es que el Derecho civil ha evolucionado hacia la responsabilidad objetiva, construyendo elementos para fundamentar la responsabilidad del grupo, derivada de uno o más autores cuya individualización es dudosa o imposible.⁴⁷

VII. LA PRESUNCIÓN DE CAUSALIDAD, COMO BASE PARA UNA TEORÍA REPARATORIA EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

Si bien los autores que han tratado este evento dañoso lo analizan a la luz de distintos mecanismos, razonamientos y teorías que aporta la doctrina y el derecho comparado. Me inclinaré siguiendo a Barria a través del mecanismo de la presunción de causalidad. En ella simplemente se presume que cualquiera pudo haber causado el daño, en cuanto el autor forma parte del colectivo que ha causado el riesgo no permitido. Esta cuestión está influida sin duda por el pensamiento de los autores De Angel y Reglero Castro, citados en el artículo que referimos al pie del texto, siendo en todo caso una presunción de causalidad que deriva en responsabilidad solidaria, simplemente legal, que admite prueba en contrario.⁴⁸

⁴⁴ ORREGO (2021), p. 36.

⁴⁵ CORRAL (2011), pp. 247-249. Además, Barros reafirma su argumentación haciendo referencia a un conocido caso norteamericano “*Sindell v. Abbott Laboratories*” en que las demandantes eran mujeres cuyas madres habían tomado una droga durante el embarazo, sin que se pudiera identificar en el juicio cuál laboratorio había sido en cada caso el fabricante; la corte determinó que las demandantes no debían probar individualmente la causalidad sino que la indemnización podía ser cobrada de cada demandado en proporción a su *participación de mercado* (*market share liability*). Ver los artículos 2328 y 2317 del Código Civil.

⁴⁶ BARRÍA (2008), p. 1 y Díez-PICAZO (1999), p. 159 y ss.

⁴⁷ Debemos recordar que el Código Civil de 1855 en su art. 280 N° 5 establecía la posibilidad de condenar solidariamente al pago de dichos alimentos a todos los autores de la violación.

⁴⁸ BARRÍA (2011), p. 159.

En nuestro sistema, la responsabilidad subjetiva sigue siendo la regla general en materia de responsabilidad, pero este instituto está complementado, con evidentes fines de morigeración, por varios otros: las presunciones de responsabilidad, tanto legales como de derecho, los casos de responsabilidad objetiva fundados en el riesgo, el área de seguros y cauciones obligatorias y la noción del riesgo como una forma de culpa moderna.⁴⁹

En el problema que nos planteamos, hay que despejar también la interrogante de si es posible que otros miembros del grupo, los que sean identificables, responden por los daños causados por quienes no es posible individualizar. Así por ejemplo, en numerosas manifestaciones de carácter público, existen organizadores, caras visibles que piden los permisos o llaman a los actos que derivan en desmanes. Es claro que esta cuestión cabe en la responsabilidad por el hecho ajeno, lo que nos permite ampliar la acción indemnizatoria a todos los que contribuyen a causar el daño mediante actos dolosos o culposos.⁵⁰

Alude al problema que comentamos, a propósito de la responsabilidad en los eventos deportivos dice Abeliuk: *“en cuanto a los espectadores, la responsabilidad, en general, corresponderá a los organizadores del evento que no han adoptado las precauciones necesarias a fin de evitarles accidentes”*.⁵¹ También en la Ley Nº 19.327 de derechos y deberes en los espectáculos de fútbol profesional, el artículo 18 inciso 2º establece que: *“las organizaciones deportivas profesionales que, por negligencia de sus dirigentes, incumplan las medidas de seguridad impuestas por la autoridad, serán solidariamente responsables por los daños causados”*. Esta norma nos merece el siguiente comentario: la actividad deportiva se encuentra reglada y propone medidas de seguridad que están claramente establecidas, de tal forma que el sujeto tiene plena certeza de cuáles son sus obligaciones y las consecuencias de ellos. El concepto no es menor, a la hora de crear un estatuto de responsabilidades por el hecho ajeno.

Por supuesto que los ejemplos apuntados, apoyan la tesis de que tanto la causalidad, como la autoría han ido retirándose paulatinamente bajo los criterios *pro damnato*. Es posible afirmar que los hechos ilícitos acaecidos como consecuencia de la protesta social, en cuanto han causado perjuicios, reúnen todos los requisitos para ser constitutivos de un delito o cuasidelito civil, susceptible de ser indemnizados. Existe una idea que se repite en nuestra legislación, independiente de la materia que regulen,

⁴⁹ RODRÍGUEZ (2010), p. 86 Además, El profesor BARRÍA desarrolla en su tesis doctoral el derecho comparado principalmente en España donde en el ámbito doctrinal, merecen una mención especial los trabajos del profesor Ricardo DE ANGEL, principalmente, *“Indeterminación del causante de un daño extracontractual”*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Nº.1, Julio de 1983, *“Nota sobre el daño extracontractual causado por el miembro indeterminado de un grupo”*, en Estudios de Deusto, 1984, volumen 32, *“Actuación dañosa de los grupos”*, en Revista Jurídica de Catalunya, 1997, y el Tratado de Responsabilidad Civil, de Fernando REGLERO CAMPOS, Editor, en Cívitas, 1993. Pionero en España respecto del estudio moderno de la indeterminación del causante de un daño, y de Virginia MÚRTULA, autora de la única monografía dedicada por entero al tema del daño causado por el integrante no identificado de un grupo.

⁵⁰ Como señala ABELIUK (1993), pp. 240-241: La responsabilidad por el hecho ajeno, está reglamentada por el Código Civil, en los artículos 2320 a 2322. El primero comienza diciendo: *“toda persona es responsable no solo de sus propias acciones, sino del hecho de aquellos que estuvieren a su cuidado”*. En términos generales, y desde luego en los casos del Código, la responsabilidad por el hecho ajeno se funda en la culpa que la ley presume en la persona que tiene a otra a su cuidado y abandona su vigilancia. No se trata de responsabilidad objetiva, sin culpa; esta existe y por ella se responde y la negligencia es haber faltado al deber de cuidado

⁵¹ ABELIUK (1993), p. 280.

en cuanto no es relevante la determinación perfecta del autor, si es que la responsabilidad puede ser impuesta a una pluralidad de sujetos en particular.

Pero evidentemente en un sistema como el propuesto, se han de otorgar al Juez, las atribuciones que correspondan, a fin de administrar las consecuencias derivadas del daño. Asimismo, este autor propone consagrar la responsabilidad civil objetiva del Estado respecto de los llamados daños difusos o colectivos, vale decir, aquellos en que no es posible establecer quién es la persona causalmente responsable de los mismos.⁵² Admitamos que no podemos siempre sacrificar al Estado ante la falta de regulación en nuestro sistema de la responsabilidad colectiva. Como sucedió en el llamado caso “*aceite de Colza*” es un claro ejemplo de como puede ampliarse la causalidad, pero un mal ejemplo de técnica jurídica, porque se amplió de manera exagerada.

Como podemos ver, existe un abanico importante de posibilidades a través de las cuales es posible hacer valer la responsabilidad del colectivo, sin perjuicio del principio de inexcusabilidad de los órganos jurisdiccionales. Esta cuestión es relevante a la hora de estructurar y validar una teoría en la cual los organizadores de los actos que derivan en desmanes, sean los llamados a responder civilmente.

Hay que advertir que sin perjuicio de todo lo desarrollado, actualmente se discute en el Congreso un proyecto de ley que modifica varios cuerpos legales y norma el orden público. Por su novedad, más que por una vigencia que se encuentra pendiente, a continuación voy a revisar algunas de sus normas más destacadas.

VIII. EL PROYECTO DE LEY QUE ESTABLECE NORMAS EN MATERIA DE ORDEN PÚBLICO Y ALGUNAS NORMAS ÚTILES PARA LA REPARACIÓN DEL DAÑO

El Código Civil no contiene una regla que de manera general aborde el supuesto planteado y tampoco existe hasta el momento, legislación especial que incorpore en su preceptiva esta hipótesis. Es así, que la responsabilidad por estos actos, en la práctica se diluye, a menos que el sistema penal sea capaz de identificar a los autores, o los propios causantes sean obligados a reparar los daños, como ocurrió con la política del “*rompe paga*”, implementada por el ex alcalde de Santiago Felipe Alessandri quien, durante los desmanes causados en el año 2017, demandó a los apoderados de los alumnos causantes de los destrozos.⁵³

Actualmente existe en tramitación un proyecto de ley del ejecutivo el cual intenta normar el régimen de responsabilidad que surge a propósito de la comisión de estos actos, particularmente de mayor connotación social. Este proyecto está destinado a llenar el vacío actualmente existente en estas ma-

⁵² RODRÍGUEZ (2010), p. 112.

⁵³ <https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/educacion/colegios/rompe-paga-municipio-concreto-demanda-contralunas-y-apoderados-de/2017-06-12/134958.html>, <https://www.latercera.com/nacional/noticia/las-familias-detras-del-rompe-paga/244867/>, https://www.cnnchile.com/pais/gastos-liceos-santiago-reparacion_20190620/.

terias. Al revisar su articulado, podemos entender la voluntad del legislador, de otorgar un estatuto que obligue a reparar, el daño causado en el contexto de las manifestaciones sociales.

El Proyecto de Ley se encuentra en tercer trámite constitucional, ante el Senado y modifica diversos cuerpos legales, en materia de orden público y establece normas en materia de reuniones públicas que, entre otras materias y obligaciones, consagra la responsabilidad civil extracontractual de los Organizadores y Convocantes de toda reunión o manifestación pública a realizarse en plazas, calles u otros lugares de uso público, quienes deberán adoptar las medidas para el adecuado y pacífico desarrollo de las mismas.⁵⁴

A continuación, revisaremos las principales normas, que a nuestro juicio aportan al trabajo en desarrollo, abriendo caminos hacia la protección de las víctimas.

El artículo 4° inciso 2°, dice:

“Los organizadores y los convocantes responderán por los daños que se produzcan con ocasión de esas reuniones o manifestaciones, a menos que hayan adoptado todas las medidas razonables para evitarlos.

*Se presumirá que son organizadores y convocantes de una manifestación pública, las personas que comunican a la autoridad administrativa competente la realización de dicha actividad de conformidad a las disposiciones generales de policía. En caso que no haya habido tal comunicación, se presumirá que los organizadores y convocantes de una reunión o manifestación pública, son las personas, naturales o jurídicas, que hayan llamado, a través de los medios de comunicación o por cualquier otro medio, a reunirse o manifestarse; o quienes coordinaron el lugar y tiempo de la reunión o manifestación; o lideraron, dirigieron, guiaron o estuvieron a la cabeza de la actividad el día de su desarrollo”.*⁵⁵

Analizado el proyecto a la luz de las normas del Código Civil, los organizadores y convocantes de una manifestación pública pasarían a ser terceros civilmente responsables, como el guardián que responde del hecho ajeno. Así, la responsabilidad por hecho ajeno será realmente una solución cuando todos los miembros del grupo dependan por alguna razón de la misma persona o entidad, porque en ese caso la duda acerca de cuál de ellos provocó el daño pasa a ser irrelevante.

En este contexto descrito por la norma, a los organizadores y convocantes se les atribuye la calidad de guardián y se les otorga la calidad de tercero civilmente responsable. Ellos, responden por los daños causados por aquellas personas que tienen bajo su cuidado “los manifestantes”, pero en estricto rigor los organizadores y el convocante, responden por el hecho propio, por la falta de diligencia por no haber tomado las medidas de prevención, por su actuar negligente. Con la diligencia exigible se trata de prevenir esta situación, por lo tanto, la ley establece el buen criterio. Si usted organiza algo

⁵⁴ El proyecto y su tramitación legislativa se puede consultar en <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=8371&prmBL=7975-25>

⁵⁵ Oficio No 8282, 13 de agosto de 2009, de la Cámara de Diputados.

y causa un daño usted puede exonerarse probando quien causó el daño, pero probando, además, que usted actuó con diligencia, pero fue superado el daño. De lo contrario, sería fácil sacrificar a quien causó el daño quien puede no tener bienes y los que organizaron, no van a pagar.

No habrá problema para identificar a los terceros civilmente responsables, porque se les individualiza como “*las personas que comunican a la autoridad administrativa competente la realización de dicha actividad*”, pero su realización no de cualquier forma “*de conformidad a las disposiciones generales de policía*”. Lo anterior se traduce en dar cumplimiento con un trámite meramente administrativo que consiste en dar aviso por escrito con dos días hábiles de anticipación, a lo menos, al Intendente o Gobernador respectivo.⁵⁶

El artículo 4 inciso 2º establece que los organizadores y los convocantes responderán por los daños que se produzcan con ocasión de esas reuniones o manifestaciones, a menos que hayan adoptado todas las medidas razonables para evitarlos. ¿Cuáles son todas las medidas razonables para evitar los daños? La respuesta está en el inc. 3º del mismo art. “*han adoptado las medidas a que se refiere el inciso anterior, cuando cumplan las obligaciones impuestas por las disposiciones generales de policía*”

Por un lado, se acoge la observación formulada respecto de la responsabilidad de organizadores y convocantes, quienes deberán responder por hechos ajenos, sustituyéndola por la que les cabía por hechos propios como consecuencia de no adoptar las medidas de resguardo necesarias. Por otra parte, se revierte el carácter negativo de la presunción de responsabilidad permitiéndoles exceptuarse, si acreditan haber adoptado dichas medidas de resguardo.

En cuanto a la hipótesis descrita por la norma, al no existir el trámite administrativo previo de dar aviso. “*se presumirá que los organizadores y convocantes de una reunión o manifestación pública, son las personas, naturales o jurídicas, que hayan llamado, a través de los medios de comunicación o por cualquier otro medio, a reunirse o manifestarse; o quienes coordinaron el lugar y tiempo de la reunión o manifestación; o lideraron, dirigieron, guiaron o estuvieron a la cabeza de la actividad el día de su desarrollo*”.

En relación a la presunción de ser organizadores y convocantes las personas naturales o jurídicas que hayan realizado el llamado. Es necesario aclarar que si el grupo está legalmente constituido el problema de identificar quien es responsable, se diluye. 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.⁵⁷

⁵⁶ Decreto Supremo Nº 1.086 del Ministerio del Interior, publicado el 15 de septiembre de 1983.

⁵⁷ RODRÍGUEZ (2010), p. 38.

La indeterminación del autor directo del daño se mantiene, sólo que la ley traslada la identidad a aquellos a los organizadores y convocantes al igual como es el caso de la ley sobre violencia en los estadios.⁵⁸ Efectivamente esta norma, reglamenta la materia de la siguiente forma: Las organizaciones deportivas profesionales deben hacerse responsable de los daños ocurridos no solo con ocasión de un partido en el estadio, sino también a los perpetrados en sus inmediaciones y durante hechos conexos, como los llamados “banderazos” También abarca la venta de entradas, uso del transporte público y desplazamientos de los equipos, asistentes, medios de comunicación y otros intervinientes en la actividad, que por negligencia de sus dirigentes, incumplan las medidas de seguridad impuestas por la autoridad, a los que eran solidariamente responsables por los daños causados.⁵⁹

Si bien, las normas que han servido de sustento a la sanción, artículos 3 letra a) y 7 de la Ley N° 19.327 contienen obligaciones de naturaleza preventiva, exigen de parte del organizador el despliegue de una determinada conducta diligente para garantizar el desarrollo de un evento deportivo sin consecuencias dañosas para participantes y espectadores, y, por tanto, no están exentas del juicio de culpabilidad que supone su infracción.

Estas zonas de responsabilidad por riesgo o sin culpa son admitidas a veces expresamente por los textos legales. Más allá de eso, parece configurar una responsabilidad que ya no se funda únicamente en la culpa o negligencia individual, sino en el riesgo creado por ciertas actividades, en las cuales tienen cabida por cierto las que motivan el presente trabajo.

Sin embargo, a nuestro juicio persiste la indeterminación necesaria para señalar con éxito a los responsables, bajo ciertas condiciones que escapan al proyecto. Así por ejemplo, basta que los que lideran la manifestación se refugien entre la masa de personas ocultando su identidad o actúen en forma encapuchada, o que el llamado se efectúe por una aplicación de mensajería encriptada, para que los casos queden impunes. Por cierto aquellas hipótesis dependen más bien de la calidad de las investigaciones que pueda realizar la policía, y de las facultades que el sistema procesal penal otorga a las agencias estatales para tales propósitos. Pero sin duda habrá situaciones en las cuales será más difícil determinar “el guardián” o “tercero civilmente responsable” de los daños causados por los manifestantes.

A ello hay que agregar, que en el sistema de responsabilidad extracontractual chileno el problema del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, no se encuentra formalmente resuelto. El Código Civil no contiene una regla que de manera general aborde el supuesto, y tampoco existe legislación especial que incorpore en su preceptiva esta hipótesis. Como ya dijimos, esto es una cues-

⁵⁸ Ley N° 20.844 sobre derechos y deberes de asistentes y organizadores de espectáculos de fútbol profesional, de 2015.

⁵⁹ El Mercurio, 8 de Septiembre de 2018, Hinchas que lanzaron bengala a Herrera no podrán entrar a los estadios hasta 2030. Gracias a las imágenes entregadas por las cámaras de seguridad del recinto de Macul, y que Blanco y Negro (ByN) proporcionó al Departamento OS-13 de Carabineros en más de 14 DVD, se identificaron a los tres autores: Elian Cardoza, de 18 años; E.A.C.C., y B.A.O.V., ambos de 16 años. Ninguno tiene antecedentes penales ni órdenes de detención vigentes. Portar el lienzo y trepar el vidrio son actos sancionados severamente por la Ley 19.327 de derechos y deberes: seis meses sin entrar a ningún estadio donde se juegue fútbol profesional en Chile la primera y un año, la segunda. El de la bandera, sin embargo, no fue el único pecado cometido el sábado 25: además manejaron fuegos artificiales (3 años de sanción), incitaron a la violencia (1 año), cometieron desórdenes públicos (3 años) y lanzaron pirotecnia al campo de juego (3 años). Las infracciones suman 11 años y seis meses.

ción propia de la investigación penal y excede los límites y posibilidades del Derecho civil. El texto del artículo 4 propuesto por el Senado, que difiere del original del Mensaje, señala lo siguiente:

“Los organizadores y los convocantes a esas reuniones o manifestaciones responderán solidariamente de los daños que los participantes causen, a menos que hayan adoptado todas las medidas razonables para evitarlos”.

Coincidieron con el hecho de que la responsabilidad debería ser subsidiaria y no solidaria, dado que lo correcto sería agotar la responsabilidad que cabe a los infractores directos. Por otra parte, creía necesario precisar qué debería entenderse por adoptar las medidas para el adecuado y pacífico desarrollo de las manifestaciones y si éstas medidas, calificadas de razonables, se referirían a la comunicación efectuada a la autoridad. Si así fuera, creía que ello debería establecerse en la disposición en análisis.

Sobre la base de lo debatido, el Ejecutivo presentó una indicación para sustituir este artículo eliminando la responsabilidad solidaria de los organizadores y convocantes.

Los representantes del Ejecutivo explicaron los términos de esta indicación señalando que, por un lado, se acogía la observación formulada respecto de la responsabilidad de organizadores y convocantes, quienes debían responder por hechos ajenos, sustituyéndola por la que les cabía por hechos propios como consecuencia de no adoptar las medidas de resguardo necesarias; por otro lado, se revertía el carácter negativo de la presunción de responsabilidad permitiéndoles excepcionarse si acreditaren haber adoptado dichas medidas de resguardo y, por último, se señalaba con precisión qué debería entenderse por organizadores y convocantes de la manifestación. Precisaron que, en todo caso, se trataría de presunciones simplemente legales.⁶⁰ Se aprobó la indicación con las observaciones formuladas, por unanimidad.

IX. CONCLUSIONES

Desde el Derecho romano hasta nuestros días, el principio *pro damnato*, ha sido una preocupación esencial de la comunidad jurídica. La ciencia del Derecho en continua evolución, ha debido hacerse cargo de los actos dañosos causados por colectivos que pretendiendo ejercer el derecho de reunión, desbordan los límites de éste. En nuestra realidad nacional, el tema ha tenido un desarrollo importante, a través de los aportes de Aedo, Alessandri, Barros, Barría, Corral, Mendoza, Munita y Rodríguez, principalmente, todos los cuales están de acuerdo al menos en que es posible que la víctima sea reparada. Estimo que puestos frente a un colectivo, aquel que causa el daño, no habría actuado de esa forma, de no mediar la existencia del grupo. Es el anonimato, el paraguas que cubre el acto, y todos los que participan en la masa, contribuyen a superar el riesgo permitido. Uno, dos o tres encienden el fuego, quiebran los vidrios, saquean, disparan o golpean, aprovechándose de las condiciones que se han creado por la turba, lo que además genera en el autor material la sensación de impunidad, que equivale a la barrera que impedirá su identificación.

⁶⁰ Boletín N° 4832-07, p. 16.

En tales condiciones, existe un vínculo causal de responsabilidad objetiva, cuando el daño es atribuido directamente a todos y cada uno de los individuos que forman el grupo. Al mismo tiempo, existe una dimensión subjetiva, en cuanto tales individuos actuaron aceptando que producto de la condición de turba, colectivo o grupo, era posible que derivado de actos violentos, pudiera causarse un daño a bienes jurídicos. Hoy por hoy, esta cuestión constituye prácticamente una máxima de la experiencia.

Es posible establecer una presunción judicial, cuando a partir de un hecho conocido, como es llamar o convocar a una manifestación, podemos determinar los organizadores, quienes deberán asumir su responsabilidad en la puesta en marcha. Puede establecerse incluso como máxima de experiencia que quien convoca una manifestación es quien la organiza, y la solidaridad en su responsabilidad puede establecerse a través de la labor que la doctrina ha desarrollado en relación a la solidaridad concurrente.

La inexistencia en nuestro derecho de una norma específicamente dedicada a la atribución de responsabilidades civiles al colectivo ha ido evolucionando hacia medidas integradoras de principios, que permiten sostener, que el dañado puede obtener reparación, a partir de la función integradora de los Tribunales de Justicia. Lo anterior especialmente a partir de los artículos 2317 y 2328 del Código Civil y principios de equidad y *pro damnato*, admitiendo por cierto, que existen limitaciones que los propios autores nacionales han reconocido en su aplicación.

BIBLIOGRAFIA

Doctrina citada

- ABELIUK, René (1993): *Las Obligaciones*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- AEDO, Cristian, (2011): “La interpretación jurisprudencial extensiva a los verbos rectores de la *lex Aquilia de damno*”, en: *Ius et Praxis* (año 17, núm. 1), pp. 3-30.
- AEDO, Cristian y MUNITA, Renzo (2021): “La obligación in solidum en el Derecho francés. Su proyectada adopción por el sistema chileno”, en: *Actualidad Jurídica* (núm. 44), pp. 411-447.
- ALESSANDRI, Arturo (1943): *De la responsabilidad extracontractual en el derecho chileno* (Santiago, Imprenta Universitaria).
- ARAYA, Fernando (2003): *La relación de causalidad en la responsabilidad civil* (Santiago, LexisNexis).
- ARISTÓTELES (2018): *Política*, (Ciudad de México, Universidad Autónoma de México).
- BARRÍA, Rodrigo (2008): *El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo*. (Salamanca, Universidad de Salamanca).
- BARRÍA, Rodrigo (2011): “El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y su posible recepción en el derecho civil chileno”, en: *Revista de Derecho Escuela de Postgrado* (núm. 1), pp. 151-183.
- BARROS, Enrique (2006): *Tratado de responsabilidad extracontractual*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BARROS, Enrique (2010): *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, reimpresión, 1ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- BASSA, Jaime y MONDACA, Daniel (2019): “Protesta social y derecho: una tensión irresoluble”, en: *Izquierdas* (núm.46), pp. 105-136.
- BIDART, José (1985): *Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CONTARDO, Juan Ignacio (2013): “Obligaciones y responsabilidad civil”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado*, (núm. 21), pp. 343-352
- CORRAL, Hernán, (2011): *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- CORRAL, Hernán (2015): “Obligaciones por el total no solidarias u obligaciones concurrentes”, en: VIDAL OLIVARES, Álvaro, SEVERÍN FUSTER, Gonzalo y MEJÍAS ALONZO, Claudia (editores), *Estudios de Derecho Civil X* (Santiago, Legal Publishing).
- DÍEZ-PICAZO, Luis (1999): *Derecho de daños* (Madrid, Cívitas).
- DOMÍNGUEZ, Ramón (2010): “Los límites al principio de reparación integral”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 15), pp. 9-28.
- FUENTES, Rodrigo (2010): “Las Teorías tradicionales sobre la causalidad”, en: *Revista de Derecho y Ciencias Penales, Universidad San Sebastián* (núm.14), pp. 23-32.
- KELSEN, Hans (1983): *TEORÍA GENERAL DEL DERECHO Y DEL ESTADO, MÉXICO Y “TEORÍA PURA DEL DERECHO”*, BUENOS AIRES, 1987.
- MAUREIRA, Max (2006): “La tripartición romana del derecho y su influencia en el pensamiento jurídico de la época Moderna”, en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* (vol. XXVIII), pp. 269-288.
- MENDOZA, Pamela (2021): “Pluralidad de causantes de un mismo daño. Régimen jurídico aplicable en Chile”, en: *Revista de Derecho Privado Univ. Externado de Colombia* (núm. 41), pp. 257-288.
- MENDOZA, Pamela (2018): “Obligaciones concurrentes o in solidum (Corte Suprema)”, en: *Revista de Derecho* (vol. XXXI, núm. 1), pp. 387-392.
- MOSSET, Jorge (1999): *Responsabilidad por daños. Responsabilidad colectiva* (Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni).
- MURTULA, Virginia (2006): “Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil”, en: *Revista para el Análisis del Derecho* (núm. 2), pp. 2-28.
- ORREGO, Juan (2021): *Responsabilidad Extracontractual*.
- ORTEGA y GASSET, José (2019): *La rebelión de las masas* (Ciudad de México, Edesa).
- RAWLS, John (1971): *Teoría de la Justicia* (Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica).
- REGLERO, Fernando y BUSTOS, José Manuel (2014): *Tratado de Responsabilidad Civil*, 5ª edición, (Pamplona, Aranzadi), t.I.
- RODRÍGUEZ, Pablo (1999): *Responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RODRÍGUEZ, Pablo (2010): *De la responsabilidad* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- RODRÍGUEZ, Pablo (2010): “Responsabilidad extracontractual colectiva”, en: *Actualidad Jurídica de la Universidad del Desarrollo* (núm.21), pp. 9-48.
- SALVADOR, Pablo (2002): “Causalidad y responsabilidad”, en: *Indret. Revista para el análisis del derecho* (núm. 3), pp. 1-25.
- TAMAYO, Javier (2011): *Tratado de Responsabilidad Civil*, 6ª Reimpresión (Bogotá, Legis Editores S.A.), t.I.

Jurisprudencia citada

Escher y otros con Brasil (2009): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 6 de julio de 2009, Serie C No. 200, Nº 169.

López Lone y otros con Honduras (2015): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 5 de octubre, Serie C No. 302, Nº 163.

Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco con México (2018): Corte Interamericana de Derechos Humanos, de 28 de noviembre, Serie C No. 371, Nº 177.

Afectados del Síndrome Tóxico con RAPSA y RAELCA (1992): Tribunal Supremo Español, de 23 de abril de 1992, 2ª sala.

Afectados del Síndrome Tóxico con Laboratorio Central de Aduanas, Manuel H. y Federico P. (1997): Tribunal Supremo Español, de 26 de septiembre de 1997, 2ª sala.

Normativa citada

Código Civil de la República de Chile.

Ley Nº 20.844, sobre derechos y deberes de asistentes y organizadores de espectáculos de fútbol profesional, 10 de junio 2015.

Establece normas en materia de orden público. Disponible en: <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=8371&prmBL=7975-25>.

Constitución Política de la República de Chile.

Convención Americana de Derechos Humanos.

Decreto Supremo Nº 1.086 del Ministerio del Interior, Sobre reuniones públicas, de 15 de Septiembre de 1983.

Oficio Nº 8282 13 de agosto de 2009 de la Cámara de Diputados.