

**EL DAÑO CAUSADO POR EL MIEMBRO
INDETERMINADO DE UN GRUPO Y SU POSIBLE
RECEPCIÓN EN EL DERECHO CIVIL CHILENO***

**DAMAGE CAUSED BY AN UNIDENTIFIED
MEMBER OF A GROUP AND ITS POSSIBLE
IMPLEMENTATION ON CHILEAN CIVIL LAW**

**LES DOMMAGES CAUSÉS PAR UN MEMBRE
INDÉTERMINÉ D'UN GROUPE ET SA POSSIBLE
RÉCEPTION DANS LE DROIT CIVILE CHILIENNE**

*Rodrigo Barría Díaz***

RESUMEN

El artículo aborda el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo y propone una posible aplicación en el ordenamiento jurídico chileno, tomando en consideración que el Código Civil no lo contempla dentro de sus normas destinadas a la responsabilidad extracontractual. Con ese objetivo, se analizan, en primer lugar, las principales propuestas de la doctrina científica, especialmente extranjera. A continuación, se revisa la situación de esta forma de daño en el Derecho Comparado, especialmente en los ordenamientos jurídicos europeos que lo acogen. Finalmente, se 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 y en otros textos legales.

ABSTRACT

The article is about the damage caused by an unidentified member of a group. The author proposes a possible implementation of this damage on the Chilean legal system, taking into account that the Civil Code does not include it among its non-contractual liability rules. With this aim, the main academic opinions - foreign most of them - are analyzed in the first place. Next, the situation of this damage in Comparative Law is reviewed, especially in the European legal systems that in-

* El artículo fue recepcionado el 15 de julio de 2011, y aprobado para su publicación el 24 de octubre de 2011.

** Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca, España. Profesor de Derecho Civil de la Universidad Alberto Hurtado.

clude it. Last, a mechanism to fill the gap observed on Chilean law is proposed, justifying the reparation of this damage on the basis of several norms of the Civil Code itself and other legal texts.

RÉSUMÉ

L'article discute les dommages causés par un membre indéterminé d'un groupe et propose une application possible dans le droit chilien, en prenant en considération le fait que le Code Civil ne pas couvre cette question dans leurs règles de la responsabilité. À cette fin, nous analysons d'abord les principales propositions de la doctrine scientifique, en particulier étranger. Nous passons en revue l'état de cette forme de dommage en droit comparé, dans les systèmes juridiques européens qui les accueillent. Enfin, nous proposons un mécanisme d'intégration de l'écart observé dans la législation chilienne et que justifie la réparation de ces dommages avec une nouvelle interprétation de diverses dispositions du Code Civil lui-même et d'autres lois.

PALABRAS CLAVE:

Responsabilidad extracontractual - Daño - Autor indeterminado

KEY WORDS:

Torts - Damage - Unidentified autor

MOTS CLÉ:

Responsabilité extracontractuelle - Dommages - Auteur indéterminé

EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA

Dentro del amplio elenco de posibles formas de comisión de un daño extracontractual, uno que ha sido objeto de interesantes discusiones y comentarios en el Derecho Comparado es aquel causado por el integrante indeterminado de un grupo, esto es, el daño cuyo autor no es posible identificar, pero que forma parte de un grupo o conjunto de sujetos delimitado. Basta con echar a volar un poco la imaginación para percatarse que las hipótesis en este sentido son múltiples y, en la mayoría de los casos, bastante domésticas: daños causados en el ejercicio de actividades deportivas o recreacionales grupales, sea en su práctica o en su concurrencia; lesiones provocadas en la realización de actividades o manifestaciones masivas, pacíficas o violentas; agresiones al interior de establecimientos educacionales; perjuicios derivados del ejercicio de profesiones liberales, como la medicina, por ejemplo. En fin, el material que puede ser fuente de esta clase de daño es abundante y no se agota en una simple enumeración ejemplificativa.

Frente a esta forma de daño, también conocida en el Derecho Comparado como “causalidad alternativa”, “culpa anónima”, “causalidad incierta” o “responsabilidad colectiva”, es posible optar, básicamente, por una de dos soluciones: dejar sin reparación el daño causado al no ser posible la identificación de su autor o sancionar al grupo en su totalidad, haciendo responsables del pago de la indemnización a personas que, con toda seguridad, no causaron el daño sufrido por la víctima. Decidirse por una u otra alternativa no es fácil, porque si se escoge el camino tradicional, fundado en la ausencia de prueba de la relación de causalidad, y se deja el daño sin reparación, se incurre en la evidente injusticia de privar de resarcimiento al ofendido, pasando a llevar los postulados del principio *pro damnato*; y si se elige castigar al grupo, se resienten principios y exigencias considerados ineludibles en toda hipótesis de responsabilidad extracontractual, como son la autoría y la relación de causalidad.

Por lo tanto, el gran conflicto que ofrece esta especie de hecho dañoso es el que enfrenta al que se ha transformado en el principio rector del moderno Derecho de Daños, la reparación de todo perjuicio sufrido injustamente por la víctima, con uno de los requisitos indispensables en toda hipótesis de responsabilidad extracontractual, la relación de causalidad. Surge entonces la necesidad de encontrar otras vías que concilien de la mejor manera ambas posiciones o justificaciones jurídicas lo suficientemente sólidas como para respaldar la opción por uno de esos principios y desechar al otro.

En nuestro país el tema ha sido escasamente tratado por la doctrina, menos aún de manera monográfica¹. Contribuye a esta falta de atención de los autores

1 Así, CORRAL TALCIANI, Hernán. *Lecciones de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 179 y ss.; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *Responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999, pp. 98 y ss., y

EXPOSICIÓN DEL PROBLEMA

Dentro del amplio elenco de posibles formas de comisión de un daño extracontractual, uno que ha sido objeto de interesantes discusiones y comentarios en el Derecho Comparado es aquel causado por el integrante indeterminado de un grupo, esto es, el daño cuyo autor no es posible identificar, pero que forma parte de un grupo o conjunto de sujetos delimitado. Basta con echar a volar un poco la imaginación para percatarse que las hipótesis en este sentido son múltiples y, en la mayoría de los casos, bastante domésticas: daños causados en el ejercicio de actividades deportivas o recreacionales grupales, sea en su práctica o en su concurrencia; lesiones provocadas en la realización de actividades o manifestaciones masivas, pacíficas o violentas; agresiones al interior de establecimientos educacionales; perjuicios derivados del ejercicio de profesiones liberales, como la medicina, por ejemplo. En fin, el material que puede ser fuente de esta clase de daño es abundante y no se agota en una simple enumeración ejemplificativa.

Frente a esta forma de daño, también conocida en el Derecho Comparado como “causalidad alternativa”, “culpa anónima”, “causalidad incierta” o “responsabilidad colectiva”, es posible optar, básicamente, por una de dos soluciones: dejar sin reparación el daño causado al no ser posible la identificación de su autor o sancionar al grupo en su totalidad, haciendo responsables del pago de la indemnización a personas que, con toda seguridad, no causaron el daño sufrido por la víctima. Decidirse por una u otra alternativa no es fácil, porque si se escoge el camino tradicional, fundado en la ausencia de prueba de la relación de causalidad, y se deja el daño sin reparación, se incurre en la evidente injusticia de privar de resarcimiento al ofendido, pasando a llevar los postulados del principio *pro damnato*; y si se elige castigar al grupo, se resienten principios y exigencias considerados ineludibles en toda hipótesis de responsabilidad extracontractual, como son la autoría y la relación de causalidad.

Por lo tanto, el gran conflicto que ofrece esta especie de hecho dañoso es el que enfrenta al que se ha transformado en el principio rector del moderno Derecho de Daños, la reparación de todo perjuicio sufrido injustamente por la víctima, con uno de los requisitos indispensables en toda hipótesis de responsabilidad extracontractual, la relación de causalidad. Surge entonces la necesidad de encontrar otras vías que concilien de la mejor manera ambas posiciones o justificaciones jurídicas lo suficientemente sólidas como para respaldar la opción por uno de esos principios y desechar al otro.

En nuestro país el tema ha sido escasamente tratado por la doctrina, menos aún de manera monográfica¹. Contribuye a esta falta de atención de los autores

1 Así, CORRAL TALCIANI, Hernán. *Lecciones de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp. 179 y ss.; RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *Responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999, pp. 98 y ss., y

la ausencia de una norma que regule especialmente esta clase de daño en el Código Civil, lo que no constituye un obstáculo para que algunas formas de comisión del daño puedan ser solucionadas mediante algunos de sus preceptos, como los relativos a la responsabilidad por hecho ajeno, por ejemplo. Pero cuando el recurso a ciertas reglas no sea posible es que toma importancia la deficiencia del Código.

Respecto de la jurisprudencia, cabe anotar que resulta difícil encontrar sentencias sobre esta forma de daño. No obstante, me parece importante hacer un esfuerzo dirigido a delinear ciertos criterios y pautas que puedan orientar la labor jurisdiccional frente a la eventual ocurrencia de un supuesto de las características que ya he descrito, particularmente en estructuras sociales y económicas propias del siglo XXI, en las que las actividades de toda índole desarrolladas grupalmente constituyen la regla general².

1. SOLUCIONES APORTADAS POR LA DOCTRINA

En el Derecho Comparado se observa que cuando el problema de la indeterminación del autor de un daño no ha sido resuelto por una legislación en particular, la doctrina ha intentado diversas soluciones basadas en distintos criterios al momento de abordar el problema. Lo cierto es que si en un ordenamiento nacional determinado predomina el convencimiento de que los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual deben ser interpretados y aplicados de manera restringida, probablemente la solución al daño de autoría no identificada será desfavorable a la víctima, al no probar esta la relación de causalidad entre el daño y su autor. Pero si el asunto se observa con una perspectiva más amplia y se privilegia el interés de la víctima y la satisfacción de su pretensión indemnizatoria por un daño injustamente sufrido, conviene buscar una solución que sea técnicamente respetuosa de los presupuestos de la responsabilidad civil, puesto que la aplicación de respuestas inspiradas en el principio *pro damnato* no debe suponer la aplicación de una responsabilidad por el solo daño, sin un fundamento jurídico sólido que la respalde. Las principales propuestas que en este sentido se observan en la doctrina comparada se exponen a continuación.

RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. "Responsabilidad extracontractual colectiva". *Actualidad Jurídica*, N° 21. Universidad del Desarrollo, Santiago, julio 2010, pp. 9 y ss.; ARAYA, Fernando. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Santiago: LexisNexis, 200, pp. 126 y ss.; BIDART, José. *Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1985, pp. 128 y ss.; BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. 1ª Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 421 y 422, y pp. 426 y 427.

2 Para un estudio más extenso y en detalle, *vid.* BARRÍA DÍAZ, Rodrigo. *El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo*. Madrid: Editorial La Ley, 2010.

1.1. LA RESPONSABILIDAD POR HECHO AJENO

En primer lugar, señalemos que ciertas hipótesis de daño de autor indeterminado pueden ser resueltas a través de mecanismos proporcionados por la propia legislación, según las circunstancias en que se hayan desarrollado y aun en ausencia de una norma expresa. Específicamente cabe referirse a aquellas situaciones que pueden ser acomodadas dentro de la fórmula de la responsabilidad por hecho ajeno, que constituye una útil herramienta para resolver casos de indeterminación del autor de un daño, puesto que atribuye la responsabilidad al titular de una relación de dependencia con prescindencia de la identificación por parte de la víctima del autor material. Así, en nuestro país existe una asentada línea seguida por la Corte Suprema desde antiguo, en orden a obviar la indeterminación del autor material del daño cuando forma parte de un grupo de individuos subordinados a un superior jerárquico, línea destacada y compartida por la doctrina³. Esta alternativa se ha desarrollado principalmente a partir de la responsabilidad de los empresarios por el hecho de sus dependientes, a través de los conceptos de “culpa anónima” y “culpa organizacional”, pero no me parece que existan inconvenientes para su aplicación en cualquier otra forma de responsabilidad por el hecho ajeno, en la medida que el supuesto se verifique en los términos previstos en el Código Civil.

Al respecto, quisiera señalar que mi impresión es que las reglas sobre responsabilidad por el hecho ajeno serán verdaderamente útiles para estos efectos si es que todo el grupo está sujeto a una relación de dependencia respecto de la misma persona natural o entidad a la que se haga responsable. En otras palabras, por más que se apliquen las reglas sobre responsabilidad por el hecho ajeno, la existencia de varios titulares activos de la relación de dependencia impide recurrir a ellas como solución al daño de autor no identificado, porque la indeterminación de este último persiste. Esto, porque en este tipo de casos el problema de la indeterminación se mantiene, solo que se traslada la duda de la identidad a aquellos de quienes dependen en razón de su situación familiar, laboral o educacional y sobre quienes recaerá definitivamente la carga indemnizatoria. 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.

3 ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro. “La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XC, N°3. Santiago, 1993, pp. 138 y 139; PIZARRO, Carlos. “Responsabilidad del empresario (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2802-1999, Corte Suprema, 4ª Sala, 5 de agosto de 2003, Rol 2578-2002)”. En: PIZARRO, Carlos (Dir.). *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 1. Fundación Fernando Fueyo Laneri, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, diciembre 2003, pp. 254 y 255; BARROS BOURIE (2006), pp. 189 y 190.

1.2. RAZONAMIENTOS PROBATORIOS ESPECIALES

Un segundo grupo de mecanismos a que la doctrina suele recurrir para justificar la condena del grupo al que pertenece el autor no identificado de un daño dice relación con las dificultades probatorias a que se puede ver expuesta la víctima en su afán de acreditar las exigencias generales de la responsabilidad civil, lo que ha llevado a utilizar ciertos razonamientos probatorios cuyo objetivo es, precisamente, socorrer al ofendido y facilitarle la prueba de los requisitos de su pretensión indemnizatoria. Entre estos mecanismos destacan nítidamente la regla *res ipsa loquitur*, elaborada y predominante en el *Common Law*; la prueba *prima facie*, del Derecho alemán; y la figura de la culpa virtual o *faute virtuelle*, desarrollada en Francia.

La regla *res ipsa loquitur*, desarrollada y utilizada preferentemente en el *Common Law*, “autoriza al demandante de una indemnización por responsabilidad extracontractual a obtener la compensación de los daños y perjuicios sin necesidad de aportar prueba de la negligencia del demandado, si las circunstancias de producción del daño hacen imposible o muy difícil pensar que el daño pudiera haberse producido de haber observado el causante las exigencias de la diligencia debida”⁴. Esta interesante figura ha sido objeto de un dedicado y profuso estudio en los últimos años, sobre todo por autores de la órbita del Derecho anglosajón, como ya se dijo. También es sabido que el principal campo de aplicación de la regla ha sido la responsabilidad civil médica, donde se ha buscado facilitar la prueba de la culpa del facultativo a la víctima, dándola por supuesta cuando los hechos de la causa demuestran en forma indubitada que la negligencia no puede sino haber existido, a la luz del resultado concreto⁵.

Por otra parte, en doctrina se suelen analizar las características y la procedencia de esta fórmula en conjunto con otras figuras que tienen una finalidad idéntica y rasgos distintivos similares: la prueba *prima facie* (*Anscheinsbeweis* o prueba por apariencia) y la *faute virtuelle*. La primera, desarrollada especialmente por el Derecho alemán, consiste “en deducir la causalidad y la culpa de máximas de experiencia. Viene a ser la versión alemana e italiana de la regla angloamericana del *res ipsa loquitur*. La conclusión o convencimiento, a diferencia de la prueba de presunciones, no se obtiene aquí de un hecho absolutamente probado, sino de una máxima de experiencia”⁶. En tanto, la *faute virtuelle*, o culpa

4 GÓMEZ POMAR, Fernando. “Carga de la prueba y responsabilidad objetiva”. *InDret*, N° 1. 2001, p. 14. Disponible en: <<http://www.indret.com/es/index.php>> [consulta: 11 julio 2011].

5 LLAMAS POMBO, Eugenio. “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”. MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.). *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 2000, pp. 309-310. Nos dice este autor que los requisitos de procedencia de la máxima *res ipsa loquitur* son los siguientes: el hecho evidente o probado debe encontrarse entre los que normalmente no ocurren sin negligencia; este hecho no puede tratarse simplemente del resultado adverso, sino que la negligencia debe ser, en lo posible, la única causa del mismo; el profesional al que se le imputa la responsabilidad debe tener el control del paciente y del instrumental; y, finalmente, no debe existir contribución causal o culposa por parte del paciente o de un tercero.

6 LLAMAS POMBO (2000), pp. 311 y 312.

virtual, de creación francesa, “se limita a deducir la negligencia de la anormalidad del resultado. Lo que en realidad, además de aproximarnos nuevamente a la regla *res ipsa loquitur* y sin dejar de ser también una presunción judicial, no hace sino mezclar o confundir culpa con causalidad: se deduce la culpa a partir de la existencia de un nexo de causalidad entre la intervención y su anómalo resultado, o sea, el daño”⁷.

En cuanto a la naturaleza de la máxima *res ipsa loquitur*, así como la de las otras dos figuras comentadas, digamos que ellas suelen ser vistas por los autores como un conjunto de dispositivos encaminados a corregir las reglas probatorias generales, lo que las transforma en verdaderas presunciones judiciales calificadas, en la medida que llevan al sentenciador a la convicción subjetiva de que la culpa (o la causalidad) se ha verificado⁸.

En principio, la regla *res ipsa loquitur* constituye una atractiva forma de solución al problema del daño causado por un miembro indeterminado de un grupo, cuya formulación concreta, de ser llevada adelante, debería ser la siguiente: si un daño es causado por un individuo no identificado, pero integra un grupo determinado, o lo que es lo mismo, si ese daño pudo haber sido causado por cualquiera de los integrantes de ese grupo, y las circunstancias de comisión del daño no dejan lugar a dudas, o al menos las minimizan hasta donde sea posible, en orden a que el autor del perjuicio efectivamente integra ese colectivo, la víctima debería obtener el resarcimiento sin necesidad de prueba de la causalidad ni de la negligencia en la realización de la conducta de peligro.

1.3. TEORÍA DE LA CUOTA DE MERCADO (*MARKET SHARE LIABILITY*)

Otra fórmula desarrollada con el fin específico de abordar la indeterminación de la relación de causalidad y la identidad del autor del daño, es la teoría de la responsabilidad civil por cuota de mercado o *market share liability theory*, y que es fruto de los esfuerzos de la jurisprudencia de los Estados Unidos, especialmente la elaborada a propósito de la responsabilidad por productos defectuosos⁹. La Corte Suprema de California resolvió en el año 1980 el caso *Sindell vs. Abbott Laboratories*, condenando a varios laboratorios farmacéuticos al pago de una indemnización en proporción de su respectiva cuota de mercado a un grupo de mujeres, entre las cuales se encontraba Judith Sindell, cuyo nombre rotuló el caso, que habían sufrido las nocivas consecuencias del

7 LLAMAS POMBO (2000), p. 312.

8 En este sentido, LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*. Cizur Menor, Thomson-Cívitas, 2004, pp. 450 y 451.

9 A pesar de tratarse de una idea inicialmente plasmada en una decisión judicial, el germen de la *market share liability* se encuentra en la doctrina. El profesor español RUDA GONZÁLEZ, Albert. “Problemas de identificación del causante del daño y responsabilidad por cuota de mercado”. LLAMAS, Eugenio (Dir.). *Revista Práctica de Derecho de Daños*, N° 19. Madrid, septiembre 2004, p. 6, señala como fuente de esta teoría el trabajo “DES and a Proposed Theory of Enterprise Liability”, de la autora Naomi SHEINER, publicado en *Forlham Law Review*, 1978, pp. 963-1007.

consumo del medicamento *Diethylstilbestrol*, conocido masivamente como DES. Se trataba de un estrógeno genérico, aprobado en el año 1947 por la *Food and Drug Administration* (FDA), que era altamente recomendado para la prevención de abortos espontáneos en mujeres embarazadas, y con ese carácter se promocionó y prescribió a millones de mujeres hasta el año 1971, data en que la propia FDA decidió su contraindicación, por ineficaz y peligroso para la salud, sobre todo al comprobarse el elevado riesgo de desarrollo de tumores cancerosos que su consumo podría provocar en las hijas de las consumidoras, entre otras patologías.

En el caso *Sindell*, las demandantes efectivamente afectadas por el desarrollo de afecciones cuya relación con el DES estaba médicamente comprobada, habían tomado contacto con el medicamento encontrándose todavía en el vientre de sus madres, quienes lo consumieron precisamente con la finalidad de prevenir cualquier riesgo de aborto. Como la enfermedad tuvo un período de latencia de varios años, a las perjudicadas les resultó imposible determinar qué laboratorio, de entre varios posibles, fue el que fabricó el fármaco específico consumido por cada una de sus progenitoras.

Ante la imposibilidad de determinar con precisión el sujeto pasivo de su acción, las víctimas optaron por demandar a todos los laboratorios que habían producido el DES en la época del embarazo de sus madres y que lo habían comercializado en el área geográfica donde ellas vivían (se calcula que fueron más de 200), solicitando que se acogiera un mecanismo de inversión de carga de la prueba, consistente en que las ofendidas no tuviesen que probar cuál de todos los laboratorios demandados era el fabricante responsable, debido a la imposibilidad de esa prueba, sino que en aquellos recayese el peso de comprobar que no fabricaron ni distribuyeron el genérico en el tiempo y lugar en que fue consumido. En última instancia, la Corte Suprema de California resolvió a favor de las demandantes, estableciendo una regla completamente novedosa hasta ese entonces: todos los laboratorios demandados fueron condenados a pagar una indemnización a favor de las ofendidas, determinándose la parte de cada uno de ellos en proporción a la respectiva cuota de participación que les correspondía en el mercado en la época en que se distribuyó y consumió el producto en cuestión. Se estableció que, una vez demostrada la conexión entre el daño y el producto y, a su vez, la relación de uno y otro con aquellos demandados que fueran titulares de una considerable proporción del mercado de ese producto, la carga de la prueba se trasladaría a cada uno de los demandados, a fin de que demostrasen que no podrían haber fabricado el medicamento que dañó a las demandantes.

El caso resuelto a través de la teoría de la *market share liability* no es sino una situación de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, en el que las demandantes, por las peculiares circunstancias en que se fraguó ese daño, fueron incapaces de identificar, entre un abultado número de labo-

ratorios, a aquel que llevó a cabo la comercialización y distribución del DES consumido por sus madres.

Al fin y al cabo, las víctimas no eran más que el producto de la concepción residente en el vientre materno a la época de ingesta del fármaco, y en consideración a ese dato no se les podía exigir más. Ante semejante obstáculo, la justicia norteamericana discurrió una fórmula que cumple una función doble: por una parte, se trata de un mecanismo de imputación causal, una presunción de causalidad, a través de la cual vincula el daño con la actividad de los laboratorios demandados; por otra, es una regla de distribución proporcional de la indemnización entre los diversos demandados, asignándole a cada uno la obligación de responder frente a las víctimas, no por el total, como sucede, por ejemplo, con la solidaridad del artículo 2317 de nuestro Código Civil, sino que en función de un novedoso criterio, la participación de cada uno en el mercado en que operan y en el que tienen influencia. La razón de ser de esta división en función de la cuota de mercado se encuentra en que, mientras mayor participación haya tenido un laboratorio en el mercado del producto, más unidades del mismo produjo y, por lo mismo, más importante es el riesgo que ha causado y más altas las posibilidades de haber producido el DES que consumieron las madres de las víctimas. A la inversa, mientras más baja sea esa participación, menores serán las posibilidades de riesgo creado¹⁰.

1.4. LA PRESUNCIÓN DE CAUSALIDAD

Es posible que la solución más difundida entre los autores, especialmente europeos¹¹, sea la que afirma que la responsabilidad grupal por el daño causado por uno de sus integrantes constituye una inversión de la carga de la prueba a través de una presunción de causalidad porque, al aplicarse a todos los miembros del grupo, el juez o la ley, según el caso, presume que el daño pudo haber sido causado por cualquiera de ellos, por el hecho de formar parte de ese grupo. La actividad del colectivo del cual forma parte el autor material del daño, hecho indicio de la presunción, trae como consecuencia que se presumirá que existe una relación de causalidad entre el daño y la actuación de cada uno de los integrantes del conjunto, ya que, como cualquiera pudo haberlo causado, la responsabilidad se atribuirá a todos. Es decir, el nexo causal, que existe realmente entre uno de los miembros, indeterminado, del grupo y la consecuencia dañosa, se extiende por la vía de la presunción a todo el resto de sujetos que

10 La teoría por cuota de mercado ha sido objeto de severas críticas en doctrina. Una síntesis de ellas se encuentra en CORRAL, Hernán. *Responsabilidad por productos defectuosos. Análisis y propuestas para el Derecho Civil y de Consumo en Chile*. Santiago: LegalPublishing, 2011, pp. 85-89.

11 A modo de ejemplo, LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959, p. 625; JAKOBS, Horst Heinrich. *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. Walter de Gruyter, 1983, p. 931; DEMAREZ, Jacques. *L'indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe déterminé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967, p. 158; VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité*. GHESTIN, Jacques (Dir.). Paris: L.G.D.J., 1998 pp. 204 y ss.

tienen en común la pertenencia grupal, lo que supone una importante flexibilización de la relación de causalidad, que origina una verdadera responsabilidad subsidiaria de todos los integrantes del grupo¹², en defecto de la responsabilidad principal del verdadero autor, que no es posible identificar. Claro está que se trata de una presunción simplemente legal, que es posible contrarrestar por aquel o aquellos individuos que se encuentren en condiciones de comprobar su ausencia de responsabilidad en el evento dañoso o que desvirtúen los elementos constitutivos de la misma. En otras palabras, la aplicación de la responsabilidad del grupo implica la existencia de una auténtica presunción de causalidad no desvirtuada ni controvertida¹³.

En lo que a mí concierne, la tesis de la presunción de causalidad es la explicación técnica más razonable para una condena grupal en casos de causalidad alternativa, en la medida que se verifique la concurrencia copulativa de cuatro condiciones, que serán desarrolladas: la existencia de un grupo, un daño derivado de la actividad grupal, unidad de tiempo y espacio en la actividad del grupo y la imposibilidad de identificar al autor material del daño¹⁴.

1.4.1. Existencia de un grupo, colectivo o pluralidad de sujetos

La base de la hipótesis en estudio está constituida por la existencia de un grupo, conjunto o pluralidad de sujetos que llevan a cabo una determinada actividad, a consecuencia de la cual se deriva un resultado dañoso. Idealmente, este concepto debería ser entendido con la mayor amplitud posible. Por ello, la naturaleza del grupo es, en principio, indiferente a los efectos de configurar la responsabilidad. Cualquiera que sea la naturaleza grupal va a dar lugar a resarcimiento, en la medida que se cumplan los otros requisitos propios de esta forma de responsabilidad y los de la responsabilidad extracontractual en general. Así, puede tratarse de un conjunto de personas naturales cuyo objetivo no es otro que disfrutar de un momento de esparcimiento, llevar a cabo una actividad deportiva o participar de alguna forma de espectáculo; puede tratarse de un grupo de niños que juegan en la calle; de un equipo médico que lleva a cabo una operación quirúrgica; de un colectivo de profesionales embarcados en la ejecución de un determinado proyecto; o un cierto número de personas jurídicas asociadas en un grupo económico. De hecho, ni siquiera es necesario

12 DEMAREZ (1967), p. 158.

13 La posibilidad de utilizar presunciones de causalidad es aceptada en el Derecho Comparado para aquellos casos en los que se desconoce la causa del hecho dañoso, pero existe una razonable probabilidad de que su origen sea la conducta del demandado. En España, por ejemplo, *vid.*, con matices, PANTALEÓN, Fernando. “Comentario del artículo 1902 del Código civil”. PAZ-ARES, Cándido; Díez-PICAZO, Luis; BERCOVITZ, Rodrigo y SALVADOR CODERCH, Pablo (Coords.). *Comentarios al Código Civil*. Madrid: Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 1991, p. 1983; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid: Editorial Dykinson, 2001, p. 214; y Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas Ediciones, 1999, pp. 238 y 239. En Chile, BARROS BOURIE (2006), pp. 418 y 419, uno de los principales valedores de la interpretación del artículo 2329 del Código como una presunción de culpa por el hecho propio, afirma que los criterios que respaldan esta tesis son también aplicables al entendimiento de dicho precepto como una presunción del nexo causal.

14 BARRÍA DÍAZ (2010), p. 79 y ss.

que exista alguna conexión subjetiva entre los integrantes del grupo, puesto que lo que realmente interesa es que todos sus integrantes lleven a cabo cierto comportamiento, aunque sea en forma individual y separada¹⁵. La naturaleza de este colectivo, entonces, no tiene mayor trascendencia, porque lo importante es que exista una forma de conducta humana dirigida a la realización de una determinada actividad. Por lo mismo, esa conducta no necesariamente debe responder a una planificación previa de parte de quienes integran la colectividad. Basta con que surja el grupo de manera espontánea, como consecuencia de un determinado estímulo circunstancial y ya nos encontramos frente al tipo de colectivo que nos importa, como puede ser el caso de quienes asisten a un espectáculo deportivo o artístico¹⁶.

Por la misma razón, no tiene mayor interés que el grupo en cuestión se trate de una entidad con personalidad jurídica. Puede revestir ese carácter alguno de los componentes del grupo que emprende el quehacer dañoso (como si varias empresas arrojan sustancias tóxicas a un río, sin que pueda precisarse cuál de ellas es la que lo hace en tal cantidad que desencadena un desastre ambiental por la muerte de los peces), pero ello no es requisito previo e indispensable para lo que nos ocupa¹⁷.

Sí será necesario que el grupo se encuentre perfectamente determinado para que el perjudicado pueda dirigir su acción en contra de todos los componentes, ya que, no olvidemos, estamos frente a una situación en que se desconoce el autor material del daño, pero está absolutamente claro que él forma parte de un conjunto de sujetos. De esta manera se separa el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo de aquellas hipótesis de desconocimiento del origen del daño, en las que no puede precisarse ningún antecedente causal que una a aquel con su autor, o de supuestos de conjuntos de individuos extremadamente difusos o extensos (piénsese, por ejemplo, en la diferencia evidente que existe entre un estadio lleno y el grupo concreto de fanáticos ubicado en un sector lateral del mismo para los efectos de aplicar responsabilidad por el proyectil arrojado y que ha lesionado al árbitro del partido de fútbol).

15 En este orden de ideas, la doctrina alemana parece estar abrumadoramente conteste. Por todos, ULMER, Peter. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Tomo V. München, 1997, pp. 1777-1778, quien afirma que la relación subjetiva entre los miembros del grupo es innecesaria, puesto que la responsabilidad emana de la puesta en peligro de un bien jurídico por parte de cada uno de los implicados.

16 En el mismo sentido razona MÚRTULA, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 91, para quien es perfectamente posible responsabilizar a un grupo de hecho, sin voluntad de reunión ni elección de participantes, en la medida que se den las condiciones de imputación subjetiva u objetiva respecto de cada uno de los partícipes. En el mismo sentido, Díez-PICAZO (1999), p. 167; DE ÁNGEL, Ricardo. *Tratado de la responsabilidad civil*. Madrid: Cívitas, p. 876; LARENZ (1959), p. 625.

17 No todos los autores concuerdan con esta observación. Así, los hermanos MAZEAUD y TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tomo II, Volumen II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, p. 631 y ss., hablan de las llamadas "agrupaciones culpables", distinguiendo entre agrupaciones sin personalidad y aquellas que sí la tienen o poseen una existencia legal. En su parecer, las primeras, al no poseer existencia jurídica no pueden incurrir en culpa, por lo mismo, no puede exigírseles reparación. Si se comete un daño, éste solo puede ser obra de uno o más de los miembros de ese grupo, quienes responden personalmente por su propia culpa, quedando eximidos los demás integrantes. En ningún caso, sostienen, se puede sancionar al grupo, por cuanto no tiene personalidad propia ni existencia jurídica y mal podría ser titular de culpa.

Asimismo, para que la actividad realizada por el grupo derive en la aplicación de responsabilidad a todos sus integrantes, será necesario que entre ellos no existan jerarquías que puedan dar a origen a una relación de dependencia, pues parece evidente que en una situación como esa las reglas de responsabilidad civil aplicables por el daño causado serán las relativas a la responsabilidad por hecho ajeno. La actividad de cada miembro del grupo, por lo tanto, no debe ser la consecuencia de una orden proveniente de otro integrante.

1.4.2. El daño debe provenir o ser la consecuencia de la actividad de los miembros del grupo

En la situación del daño causado por el miembro desconocido de un grupo el vínculo causal presenta la particularidad de unir el daño con la actividad grupal, entendida esta no como el comportamiento de un ente, sino como la actividad conjunta de un grupo de personas que crean una situación de peligro, que se materializa por uno de ellos, cuya identidad es imposible precisar¹⁸. En otras palabras, de lo que se trata es de “situar así la causa del daño, no ya en el hecho material directamente dañoso (el disparo), susceptible de identificación incierta, sino en la *anterior actitud*, común a todos los interesados...”¹⁹. El mecanismo a través del cual se debe unir la actividad conjunta de los miembros del grupo es una presunción de causalidad, en virtud de la cual se considera que el daño está relacionado causalmente con cada uno de los componentes como si cada uno de ellos lo hubiera cometido.

1.4.3. Unidad espacio-temporal en la actuación de los miembros del grupo

La necesidad de que la actividad grupal constituya un fenómeno unitario parece lógica, por cuanto el supuesto de hecho corresponde precisamente a una situación fáctica que se verifica en circunstancias de tiempo y espacio tales que hacen imposible identificar a la persona que realizó la conducta dañosa, facilitando su anonimato²⁰. Normalmente se tratará de casos en que los posibles autores actúen en el mismo lugar y momento, aunque ello no es absoluto y, en definitiva, dependerá de la casuística el analizar las distintas posibilidades que puedan verificarse. Lo que no es necesario es que exista algún tipo de concer-

18 En términos similares, MÚRTULA (2005), pp. 93 a 96 y REGLERO CAMPOS, Fernando. “El nexos causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”. En: REGLERO CAMPOS, L. Fernando (Coord.). *Tratado de responsabilidad civil*. Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2002, pp. 317 y 318.

19 CARBONNIER, Jean. *Derecho civil*. Tomo II, Volumen III. Barcelona: Editorial Bosch, 1971, p. 78.

20 Díez-PICAZO (1999), p. 167; y PANTALEÓN, Fernando. “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de febrero de 1983”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 2. Madrid, abril-agosto de 1983, p. 118; a partir de las ideas de la doctrina alemana emitidas a propósito del parágrafo 830 del BGB, especialmente LARENZ (1959), p. 625; MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1995, p. 804, y DEUTSCH, Erwin. *Haftungsrecht*. Köln, Carl Heyemanns Verlag, 1976, p. 352.

tación en cuanto a la actuación de cada uno de los miembros del grupo o del grupo en su totalidad, puesto que, recordemos, la formación de estos grupos puede ser totalmente espontánea.

1.4.4. Imposibilidad de identificar al autor material del daño

Es este el requisito que justifica que pueda condenarse a todos los miembros de un grupo al que pertenece el autor anónimo. El nacimiento de la responsabilidad exige la imposibilidad para la víctima de identificar al único responsable material de su lesión, debido a la pertenencia de este a un grupo, que sí se ha podido precisar. Asimismo, esta imposibilidad debe encontrar su origen en circunstancias no imputables al ofendido; así, si, por ejemplo, este oculta información respecto del autor del daño, debido a la insolvencia de este, y prefiere la condena grupal, su pretensión no podrá sino ser desestimada.

2. SOLUCIONES DEL DERECHO COMPARADO

El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo también ha sido objeto de análisis en otras latitudes, hace mucho más tiempo y con más densidad científica que en nuestro país. Si hubiera que elaborar ciertos parámetros que describieran la tendencia general en relación con esta forma de daño en los países de Europa continental (herederos del *Code*), en América Latina o en aquellos que forman parte del *Common Law*, estos estarían más o menos claros: ausencia de reglas legales de carácter general, discrepancias doctrinarias en cuanto a sus características y una jurisprudencia proclive a su solución mediante la condena de todos los miembros del grupo. Sin embargo, lo cierto es que es posible encontrar en otros ordenamientos respuestas legales, opiniones, propuestas y sentencias de gran valor para apoyar una visión de una forma de daño que no puede dejar de estudiarse.

En el Derecho europeo de la responsabilidad extracontractual el panorama es variado. Así, es posible encontrar desde códigos nacionales que resuelven el problema a través de fórmulas expresas, como ocurre en Alemania y Holanda, hasta países que omiten una regulación de este tipo, como es el caso de Italia (cuya doctrina y jurisprudencia han mostrado un decidido rechazo a la posibilidad de admitir condenas favorables a las víctimas²¹), pasando por sistemas como el francés y el español, en que el silencio legal se ha suplido mediante un

21 Sobre la situación del daño de autor anónimo en Italia, algunos trabajos contemporáneos para consultar: ALPA, Guido y BESSONE, Mario. "I fatti illeciti". En: RESCIGNO, Pietro (Dir.). Tomo VI. *Trattato di Diritto Privato. Obbligación e contratti*. Turin: UTET, 1983, pp. 93 y ss.; MONATERI, Pier Giuseppe. "Le fonti delle obbligazioni 3. La responsabilità civile". SACCO, Rodolfo (Dir.). *Trattato di Diritto Civile*. Turin: UTET, 1998, pp. 1007 y ss.; BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile. La responsabilità*. Tomo V. Milán: Giuffrè, 1994, p. 648; VISINTINI, Giovanna. *Trattato breve della responsabilità civile*. Padova: CEDAM, 1999, p. 743; BUSNELLI, Francesco y COMANDÉ, Giovanni. "Causation under Italian Law". SPIER, Jaap (Coord.). *Unification of Law Tort: Causation*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 90.

laborioso, paciente y prolongado trabajo de los tribunales de justicia, a favor de la aceptación de la condena grupal, tras el cual se encuentra normalmente un fervoroso apoyo de los autores. Dentro del primer grupo, sin duda el paradigma para el estudio de esta materia es el Código Civil alemán (BGB), el cual contiene una norma que resuelve expresamente el inconveniente de determinar el autor material de un daño, cuando este forma parte de un grupo claramente de potenciales causantes. Este es el párrafo 830 de ese cuerpo legal, que señala expresamente: “Si varias personas, por un acto ilícito cometido en común, han causado un daño, cada uno es responsable del daño. Lo mismo se aplica si no puede descubrirse quién, entre varios partícipes, ha causado el daño mediante su acción. Los instigadores y los partícipes están en la misma situación como coautores”²².

Del texto reproducido aparece que la segunda parte del primer párrafo del párrafo 830 prescribe que si varias personas participaron finalmente en la creación de un daño como agentes independientes, de tal manera que uno de ellos necesariamente causó el siniestro, pero no se puede determinar quién es el causante, entonces a cada uno le corresponde también una responsabilidad completa por el daño causado (responsabilidad solidaria)²³. De esta manera, se protege al perjudicado de que no se pueda imponer un derecho a indemnización por daños a los potenciales autores debido a la incertidumbre de la circunstancia de la causación. Esto es lo que la doctrina alemana conoce generalmente como “causalidad alternativa”.

De lo expuesto, aparece que el BGB contiene en el párrafo 830.I.2 un mecanismo de inversión de la carga de la prueba de la relación de causalidad, que se traslada desde la víctima a los posibles causantes del daño, creando una verdadera presunción de causalidad a favor del ofendido, sin prescindir por ello del nexo causal. Tal como señala MEDICUS, la incertidumbre sobre la causación no debe alcanzar al perjudicado, sino al causante del daño²⁴. En todo caso, se trata de una presunción desvirtuable, desde el momento en que cualquiera de los participantes la puede refutar mediante la comprobación de que su conducta no pudo haber causado el daño²⁵.

22 “1. Haben mehrere durch eine gemeinschaftlich begangene unerlaubte Handlung einen Schaden verursacht, so ist jeder für den Schaden verantwortlich. Das gleiche gilt, wenn sich nicht ermitteln läßt wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat.

2. Anstifter und Gehilfen stehen Mittätern gleich”.

La traducción está tomada de la obra de Emilio EIRANOVA ENCINAS. *Código Civil Alemán comentado (BGB)*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p. 263.

23 Así, la generalidad de la doctrina y la jurisprudencia. En contra se manifestaba VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1934, pp. 294 y 295, para quien esta responsabilidad debería tener el carácter de mancomunada.

24 MEDICUS (1995), p. 805; JAKOBS, (1983), p. 930; DEUTSCH (1976), p. 350.

25 SCHLECHTRIEM, Peter. *Schuldrecht Besonderer Teil*. Tübingen, 1987, p. 323, JAKOBS (1983), p. 931, LARENZ, (1959), p. 625; SCHÄFER, Karl. *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, (§ 830), 12. Auflage, Berlin, 1986, pp. 721 y ss.; y ULMER (1997), p. 1776.

Sin embargo, la doctrina alemana ha sostenido que solo el punto de vista del problema probatorio que supone esta clase de daño para el perjudicado no basta para imponer a alguien la obligación de indemnización de un daño que quizás ni siquiera provocó. Así, se ha dicho que para la adecuada comprensión del precepto y la limitación de su alcance de aplicación, es necesario desentrañar el sentido exacto de su propósito, precisado especialmente por el trabajo de la jurisprudencia y la literatura jurídica. Este se podría encontrar en la siguiente idea: si un perjuicio se basa con seguridad en un comportamiento que fundamenta la responsabilidad, pero no se puede asegurar cuál fue el autor del perjuicio, porque más implicados causaron situaciones de peligro independientes, propicias para el fundamento de una obligación a la indemnización, y que pudieron haber causado el daño, entonces parece más adecuado, en la relación entre la víctima y cada uno de los implicados, imponer una responsabilidad, en vista de su comportamiento peligroso, que impedir el derecho a indemnización del perjudicado, vigente en cualquier caso²⁶. En otros términos, el fundamento de la solución se encuentra en la creación por parte de todos los involucrados de un riesgo a través del desarrollo de una actividad de peligro, que se concreta mediante la conducta de uno de ellos, quien permanece sin identificar²⁷.

El Código Civil holandés de 1996 es otro de los códigos europeos que ha previsto la hipótesis de daño causado por el integrante indeterminado de un grupo, específicamente en el artículo 99 del Libro VI, que dispone que “cuando el daño pueda haber resultado de dos o más acontecimientos por cada uno de los cuales sea responsable una persona, y se haya determinado que el daño se haya producido como consecuencia de, al menos, uno de dichos acontecimientos, la obligación de reparar el daño corresponderá a cada una de dichas personas, a menos que pruebe que el daño no es el resultado del acontecimiento por el cual ella misma es responsable”²⁸. Si bien en forma inicial la redacción del precepto no aclara totalmente lo expuesto al inicio de este párrafo, lo cierto es que este ha sido utilizado en varias ocasiones por los tribunales de Holanda para resolver hipótesis de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo²⁹. Por su parte, la doctrina holandesa sostiene que el artículo consagra un sistema de inversión de la carga de la prueba³⁰, en virtud de la cual cada uno de los demandados deberá probar que no fue el autor de todo el daño.

26 MÜHL (1985), p. 902.

27 Así, HEDEMANN, J.W. *Derecho de obligaciones*. Volumen III. Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1958, p. 545; LARENZ (1959), p. 625; DEUTSCH (1976), p. 352; SCHLECHTRIEM (1987), p. 322; ULMER (1997), p. 1768.

28 Art. 99: “Where the damage may have resulted from two or more events for each of which a different person is liable, and where it has been determined that the damage has arisen from at least one of these events, the obligation to repair the damage rests upon each of these persons, unless he proves that the damage is not the result of the event for which he himself is liable”. La traducción del inglés corresponde a MARTÍN CASALS, Miquel y RUDA, Albert. “Comentario de la STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8354)”. Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, N° 65. Madrid, 2004, p. 855.

29 MÚRTULA, (2005), p. 50, HONDIUS, E.H. “The Dutch Civil Code revisited/The first five years”. En HONDIUS, Ewoud (Ed.). *Modern Trends in Tort Law: Dutch and Japanese Law Compared*, The Hague, Kluwer Law International, 1999, pp. 236-240.

30 MARTÍN CASALS y RUDA (2004), p. 856.

En Francia no existe en el *Code Civil* una norma de carácter general en su sistema de responsabilidad extracontractual que se ocupe del daño causado por el integrante indeterminado de un grupo³¹. Ante esta omisión, la tendencia que se observa en la jurisprudencia francesa es que se acepta sin mayores cuestionamientos la responsabilidad *in solidum* de todos los integrantes del colectivo³², con base en la participación de sus integrantes en la realización de una actividad común que concluye en el daño sufrido por la víctima. La realización de esta “acción común” da origen a una presunción de causalidad respecto del hecho dañoso e incluye a todos los componentes del conjunto, aceptada por una serie de sentencias de la Corte de Casación. En suma, la aceptación de la responsabilidad grupal a nivel jurisprudencial es plena hoy en día en Francia, independientemente del fundamento técnico que pueda tener como respaldo, pero dentro de ciertos parámetros mínimos: la responsabilidad *in solidum* del grupo es subsidiaria a la individual, de modo que si es identificado el autor directo del daño, él es responsable por el mismo, sin que nazca responsabilidad alguna; o bien, que si ciertos integrantes del colectivo pueden demostrar que no han tomado parte en la producción del resultado dañoso, ellos deben ser liberados de esa responsabilidad³³.

Por otra parte, la más moderna tendencia que cabe observar en la doctrina científica francesa es aquella que apoya la tesis de la presunción de causalidad como base de la responsabilidad grupal (o *in solidum*, en atención al país del que hablamos). Su más contemporánea, recurrida y destacada exponente es VINEY, quien ha tocado el tema en diferentes épocas, pero defendiendo idéntica conclusión³⁴. Así, esta autora parte por precisar que lo que los tribunales franceses pretenden con la condena *in solidum* de los miembros del grupo es, en definitiva, hacer una nueva distribución de la carga de la prueba de la relación de causalidad, trasladándola desde el demandante, lo que constituye la regla general, hacia los demandados, en la medida que aquel demuestre que efectivamente concurren los demás requisitos de la responsabilidad extracontractual que serían procedentes si el daño hubiese sido causado por alguna de las personas que él considera en su demanda como posible causante.

De este modo, a través de esta presunción, la determinación de la identidad

31 Acerca de la situación del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo en Francia, su historia y evolución legislativa, doctrinal y jurisprudencial, son recomendables las siguientes autores y obras: DEMAREZ (1967); MAZEAUD, Henri, Léon et Jean. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. Tomo II. Paris: Montchrestien, 1970, pp. 1073-1076; LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1982, pp. 209-212; FLOUR, Jacques y AUBERT, Jean-Luc. *Les Obligations. Le fait juridique*. Paris, 1994, pp. 158 y 159; VINEY y JOURDAIN (1998), pp. 204 y ss., y JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 2007, p. 67 y ss. En español se recomienda a CARBONNIER (1971), pp. 78 y 79.

32 Así lo señalan en obras de carácter general TUNC, André. “Responsabilité (en général)”. *Répertoire de droit civil*. Tomo VIII. Paris: Dalloz, 1997, p. 7, y CAUDERT, Dominique, y FOUQUES-DUPARC, Régis. “Le lien de causalité”. RODIERE, René (Dir.). *Faute et lien de causalité dans la responsabilité délictuelle. Etude comparative dans les pays du marche commun*. Paris: Editions A. Pedone, 1983, p. 58.

33 FLOUR y AUBERT (1994), p. 159.

34 Tuvo ocasión de plantear esta sugerencia en la década de los sesenta en su tesis de grado, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, Paris, L.G.D.J., 1965, pp. 378 y 379, y posteriormente en (1995), pp. 212 y 213.

del autor material del daño no corresponde ya a la víctima, sino a los propios integrantes del grupo, lo que conseguirán sea que identifiquen a tal autor, sea que demuestren que no han existido motivos por los cuales atribuirles responsabilidad. En otras palabras, la responsabilidad *in solidum* de los miembros del grupo nacerá en la medida que el ofendido satisfaga las exigencias que la ley le impone en relación a la prueba de la causalidad, en cuanto establezca que el hecho dañoso no ha podido ser cometido sino por alguna de las personas que él ha demandado. Una vez que esta prueba es aportada, todos los demandados se presumen causantes del daño y ellos son los encargados de comprobar lo contrario.

Adicionalmente, es conveniente mencionar que en Francia el Anteproyecto de Reforma del Derecho de Obligaciones y del Derecho de la Prescripción recoge y materializa en un precepto específico la tendencia observada en la doctrina científica y jurisprudencial francesa³⁵. En efecto, este trabajo contiene en el artículo 1348³⁶ una norma expresamente referida a la responsabilidad solidaria de los miembros del grupo, por la cual se establece que cuando un daño ha sido causado por el miembro indeterminado de un grupo, todos los miembros identificados deberán responder solidariamente, salvo aquellos que demuestren que no han podido ser el autor. Así, se consagra, por lo menos a nivel de propuesta, una fórmula ya aceptada desde hace varios años por la doctrina científica y jurisprudencial, lo que nos demuestra el arraigo que a estas alturas tiene la responsabilidad grupal en el sistema de responsabilidad extracontractual francés.

La situación de España presenta varias similitudes con el Derecho Francés. El Código Civil de 1889 tampoco contiene una norma que reglamente el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo; la doctrina apoya mayoritariamente la condena de todo el grupo en forma solidaria y la jurisprudencia paulatinamente ha emitido sentencias que recogen la idea de la responsabilidad grupal, siendo esta tendencia, por lo tanto, la actualmente imperante en el ordenamiento jurídico español³⁷.

35 En el mes de septiembre del año 2005 fue entregado al Ministerio de Justicia de Francia un proyecto de reforma del Código Civil de ese país, conocido como el Anteproyecto de Reforma del Derecho de Obligaciones y del Derecho de la Prescripción (“*Avant-projet de réforme du Droit des Obligations [Articles 1101 à 1386 du Code civil] et du Droit de la Prescription [Articles 2234 à 2281 du Code Civil]*”), precisamente con el objetivo de desarrollar una propuesta de modificación de las áreas del *Code* recién mencionadas. Esta propuesta es fruto del trabajo realizado por una comisión integrada por 34 notables civilistas franceses (Gérard CORNU, Geneviève VINEY, Georges DURRY, entre ellos) y presidida por el profesor Pierre CATALA, que le da su nombre.

36 El precepto en comento está ubicado dentro de del conjunto de normas que el Anteproyecto dedica a la responsabilidad civil, esto es, el subtítulo III, capítulo II (sobre las condiciones de la responsabilidad), sección 1 (relativa a las disposiciones comunes a la responsabilidad contractual y extracontractual), párrafo 2 (concerniente a la relación de causalidad). El texto en francés de este artículo es el siguiente: “Lorsqu’un dommage est causé par un membre indéterminé d’un groupe, tous les membres identifiés en répondent solidairement sauf pour chacun d’eux à démontrer qu’il ne peut en être l’auteur”. La traducción al español es la siguiente: “Cuando el daño fue causado por un miembro indeterminado de un grupo, todos los miembros identificados de él responden solidariamente, salvo que cada cual de ellos pueda demostrar que no pudo ser su autor”. Esta versión corresponde a HINESTROSA, Fernando. *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción, Ante-Proyecto de Reforma del Código Civil francés, Libro III, títulos III y XX*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 266.

37 En lo que se refiere a la actualidad española puede revisarse a YZQUIERDO TOLSADA (2001), pp. 416-420; Díez-PICAZO

En los países de la órbita del *Common Law* también se ha estudiado el problema del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, frente a casos puntuales que han llegado al conocimiento de los tribunales. Así, en los Estados Unidos de Norteamérica, el asunto *Summers vs. Tice*, de 1948, constituye el caso paradigmático. En este caso, la Corte Suprema de California conoció el asunto en que dos cazadores dirigieron disparos que hirieron a un tercero en forma accidental, el cual no fue capaz de identificar al agresor específico a causa de la identidad de armas y municiones empleadas. La solución fue la condena de ambos al pago de la indemnización a la víctima, fundamentada en que ninguno de los dos pudo comprobar su inocencia en los hechos, razón por la cual el tribunal optó por resolver el conflicto aplicando la inversión de la carga de la prueba de la relación causal, en base especialmente a criterios de equidad y de consideración a la víctima, que probablemente se hubiera visto privada de resarcimiento por una mera actitud pasiva de los demandantes, quienes podrían haber optado por no aportar pruebas de ninguna especie si se hubiesen aplicado reglas tradicionales de prueba de la causalidad³⁸.

Donde la situación no parece tan definida es en Inglaterra, país en el cual, como señala un autor, no existen decisiones claras al respecto, indicando como ejemplo el caso *Fitzgerald vs. Lane*, de 1989, en que el asunto se resolvió favorablemente para la víctima de la negligencia de un integrante anónimo de una pluralidad de cazadores en sede de Corte de Apelaciones, pero con un resultado adverso a nivel superior (*House of Lords*)³⁹. El principal escollo a esta solución en este país está dado por la preponderancia de la regla probatoria por la cual el demandante debe comprobar que existe, por lo menos, una probabilidad superior en un 50% de que uno de los demandados pudo haber causado el daño que cualquiera de los otros posibles autores (regla *more probable than not*), y en caso de no poder hacerlo, su demanda debe ser desechada⁴⁰. Es decir, sobre la víctima pesa la responsabilidad de comprobar, al menos, que alguno de los integrantes del grupo fue el más probable causante de su infortunio, so pena de desecharse su demanda⁴¹.

(1999), pp.159 y ss; MÚRTULA (2005); PANTALEÓN (1983), pp. 411 y ss.; DE ÁNGEL (1993), pp. 864 y ss.

38 *Vid.* FLEMING, John. *The Law of Torts*. Fifth Edition. Sidney: The Law Book Company Limited, 1977, pp. 238.

39 ROGERS, W.V.H. "Causation Under English Law". SPIER, Jaap (Ed.). *Unification of Tort Law: Causation*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 50.

40 Así, ROGERS, W.V.H. *Winfield and Jolowicz on Tort*. London: Sweet & Maxwell, 1989, p. 124. La regla ha sido objeto de críticas. En esa línea, Peter SCHUCK afirma que "esta doctrina es imperfecta en dos sentidos. En primer lugar, las reglas que rigen la prueba de la causalidad... requieren que el juzgador realice juicios subjetivos y complicados respecto de las probabilidades causales y respecto del peso que tiene cierta prueba como síntoma de la existencia de la relación causal. En segundo lugar, ...estas reglas exigen por parte del juzgador elecciones binarias de todo o nada, cuando las realidades subyacentes son, en efecto, mucho más complejas" SCHUCK, Peter H. "Dos cuestiones causales: daños masivos y causas sociales". En: ROSENKRANTZ, Carlos (Comp.). *La responsabilidad extracontractual*. Barcelona: Gedisa, 2005, p. 181.

41 Ahora bien, es procedente señalar que, sin perjuicio de la validez de la idea recién expresada en un sentido general, en campos específicos del ordenamiento jurídico británico existen antecedentes recientes de aceptación de la responsabilidad solidaria de todos aquellos posibles autores de un daño cometido por uno de ellos en forma exclusiva. Así, merece especial atención la evolución que en pocos años ha experimentado el tratamiento de los daños causados por el amianto, y en especial una de sus más temible consecuencias para quienes se exponen a sus efectos nocivos, el mesotelioma. El 25 de julio de 2006 el Parlamento británico aprobó la Ley de Compensación (*Compensation Act Bill, 2006*), que regula en forma extensa

En otro plano del análisis, en términos generales, entre los autores y tratadistas de países que adscriben al Derecho anglosajón hay opiniones que aportan matices diversos. En Inglaterra, por ejemplo, una opinión sostiene que la carga que pesa sobre el demandante de probar la relación de causalidad (*causation*) puede ser muchas veces una complicación exagerada para este, por lo que, en principio, se justificaría una inversión de dicha carga, obligando al demandado a demostrar su irresponsabilidad en el asunto en el que se le involucra. Pero también se señala que ello podría causar serios inconvenientes a aquellos demandados inocentes, por lo que esa solución sería aplicable solamente a casos de coautoría (*joint tortfeasors*) o de responsabilidad por hecho de otra persona (*vicarious liability*)⁴².

En este sentido, John FLEMING afirma que la simpatía por la víctima ha producido una lenta pero sostenida relajación de las reglas sobre prueba de la relación de causalidad, lo que ha beneficiado a ofendidos por diversos sucesos en que tal prueba es particularmente difícil, como el caso del daño causado por un miembro desconocido de un grupo identificado. Según este tratadista, dos son las razones que justifican esta modificación de los principios tradicionales: primero, porque es más justo que sean los miembros de ese grupo quienes se exculpen antes que obligar a la víctima a probar cuál de ellos fue el responsable y, segundo, porque esta inversión de la carga de la prueba es admisible cuando la negligencia del ofensor ha destruido la capacidad del demandante para procurarse medios de prueba que le permitan identificar al autor material. “La ley prefiere una oportunidad del 50% de hacer justicia a la certeza de cometer una injusticia”, ha dicho este autor⁴³.

Para finalizar este recorrido por el Derecho europeo, cabe señalar que el proyecto supranacional conocido como los “Principios del Derecho Europeo de Responsabilidad Civil” (*Principles on European Law Torts*)⁴⁴ contiene un es-

y detallada la responsabilidad civil por mesotelioma en su artículo 3, compuesto por once párrafos. En lo pertinente a nuestro tema, esta Ley dispone, como elemento esencial, que la responsabilidad de varias empresas por daños causados por la dolencia en cuestión será solidaria. En el caso específico de desconocimiento del sujeto (o entidad) responsable de la exposición al amianto por existir una pluralidad de ellos, digamos que el precepto dispone como requisito para el nacimiento de la responsabilidad, entre otros, que, debido a la naturaleza del mesotelioma y al estado de los conocimientos médicos y científicos, no sea posible determinar con certeza si fue la exposición a una u otra causa la que provocó la enfermedad de la víctima. En esta circunstancia, surge la solidaridad entre todos aquellos responsables por la afección del perjudicado. *Vid.* AZAGRA MALO, Albert. “Regreso a la solidaridad”. *InDret*, N° 394, enero de 2007. Disponible en: <<http://www.indret.com/es/index.php>> [consulta: 15 julio 2011].

42 HEUSTON, R.F.V. y BUCKLEY, R.A. *Salmon and Heuston on the Law of Torts*. Nineteenth Edition. London: Sweet & Maxwell, 1987, pp. 266 y 267.

43 FLEMING (1977), pp. 299-301; y FLEMING, -John *An introduction to the Law of Torts*. Oxford, Clarendon Press, 1985, pp. 146-148.

44 En 2005 se realizó en Viena la presentación de los *Principles on European Law Torts* (Principios del Derecho Europeo de Responsabilidad Civil), fruto del trabajo desplegado por más de diez años por el llamado “Grupo de Tillburg” (*European Group on Tort Law*), conjunto de académicos encabezados por el entonces catedrático de Derecho Privado de la Universidad de esa ciudad holandesa, Jaap Spier. Esta reunión de profesores, especialistas en Derecho de Daños tanto europeos –comunitarios como extracomunitarios–, como provenientes de otros países (Estados Unidos, Israel, Sudáfrica), confeccionaron un conjunto de paradigmas en materia de responsabilidad civil, con miras a la elaboración futura y definitiva de un Derecho de Daños europeo.

quemático tratamiento de la relación de causalidad en su Capítulo 3, incluyendo sus aspectos más complejos⁴⁵. Dentro de estos se dedica un artículo relativo al análisis de la “causas alternativas”, el 3:103, cuyo párrafo primero establece: “(1) En caso de una pluralidad de actividades, si cada una de ellas ha sido suficiente por sí sola para causar el daño, pero es dudoso cuál de ellas efectivamente lo ha causado, se considera que cada actividad es causa en la medida correspondiente a la probabilidad de que pueda haber causado el daño de la víctima”⁴⁶.

La regla básica que se ha pretendido consagrar en el precepto es que cada una de las causas que intervienen en la causación del daño (miembros del grupo), aunque ella sea en la práctica una sola y no se sepa cuál de todas es la productora de aquel, debe ser considerada como suficiente para producirlo, es decir, como *conditio sine qua non* del daño. Esto es consecuente con la regla básica en materia de causalidad que defiende este proyecto, establecida en el artículo 3:101, según el cual “una actividad o conducta (en adelante, actividad) es causa del daño de la víctima si, de haber faltado tal actividad, el daño no se hubiera producido”⁴⁷. El aspecto distintivo que se observa en la disposición se encuentra en que no acoge un sistema de responsabilidad solidaria para los demandados, sino que instituye una fórmula de responsabilidad proporcional al grado de probabilidad de haber causado el daño correspondiente a cada integrante del grupo, es decir, se establece una posición intermedia entre las dos principales posibilidades de reparación: la responsabilidad solidaria de todos los involucrados o la total ausencia de aquella, esto es, un sistema intermedio entre aquellos ordenamientos europeos, como el alemán, que acogen la condena del grupo, y aquellos que rechazan esta posibilidad, como ocurre en Italia, imponiendo una responsabilidad parcial a los integrantes del colectivo de acuerdo al grado de probabilidad de que cada uno de ellos haya causado el daño⁴⁸.

Finalmente, para terminar este apartado dedicado al estudio del Derecho Comparado, es útil mencionar que en el ámbito latinoamericano es donde menos novedades se pueden encontrar en nuestra materia. Como regla general, en los sistemas de nuestro continente quien alegue haber sido víctima del actuar de un

45 Así, se pueden encontrar artículos destinados a la regulación de la *conditio sine qua non* como principio básico en materia de causalidad (3:101); causalidad concurrente (3:102); causas potenciales (3:104); y causalidad parcial incierta (3:105), por mencionar algunos ejemplos.

46 Art. 3:103. “Alternatives causes (1): In case of multiple activities, where each of them alone would have been sufficient to cause the damage, but it remains uncertain which one in fact caused it, each activity is regarded as a cause to the extent corresponding to the likelihood that it may have caused the victim’s damage”. Esta traducción corresponde al profesor Miquel MARTÍN CASALS, quien además de ser miembro del “Grupo de Tillburg”, tuvo a su cargo la traducción de los “Principios...” al español y el catalán, EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. MARTÍN-CASALS, Miquel (Coord.). Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008, p. 84.

47 Art. 3:101. “Conditio sine qua non: An activity or conduct (hereafter: activity) is a cause of the victim’s damage if, in the absence of the activity, the damage would not have occurred”.

48 MARTÍN CASALS, Miquel. “Una primera aproximación a los ‘Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil’”. *Indret*, N° 284, mayo de 2005, p. 11. Disponible en: <<http://www.indret.com/es/index.php>>, [consulta: 3 julio 2001].

individuo debe comprobarlo fehacientemente y demostrar que ese individuo es el autor del hecho, que actuó culpablemente y que a consecuencia de ese comportamiento causó al ofendido el perjuicio cuyo resarcimiento este reclama. De tal suerte, si un grupo de personas lleva a cabo una actividad y en su desarrollo uno de sus miembros daña a un tercero, este tendrá la carga de probar la actuación culposa de aquel y el nexo causal respectivo con el daño; en caso contrario, su demanda será rechazada. A esta conclusión se puede llegar haciendo un análisis detallado de los principales códigos latinoamericanos, que no contemplan en sus articulados una fórmula de responsabilidad grupal de general aplicación. Si ha demostrado un marcado interés en el estudio de este tema la doctrina científica de Argentina, que ha dedicado numerosas páginas a la investigación de una forma de responsabilidad que ha resultado especialmente atractiva para destacados tratadistas⁴⁹. En este sentido, se puede observar que la inmensa mayoría de los autores apoya la idea de la condena al resarcimiento en forma solidaria a todos los miembros del grupo, bajo la denominación de responsabilidad colectiva, expresión ampliamente difundida. Sin embargo, pueden observarse ciertas discrepancias al profundizar este concepto. A modo de ejemplo, está el asunto del fundamento de esta responsabilidad. Mientras BUSTAMANTE ALSINA considera que “como aplicación de la teoría objetiva del riesgo creado, la responsabilidad colectiva nos presenta una responsabilidad sin culpa. El deber de responder no nace de una culpa en la actuación de los sujetos responsables que se vincule directamente con el daño causado”⁵⁰. MOSSET ITURRASPE afirma, a propósito de la actuación de varios sujetos en la generación del daño, que “el estar con otros hizo factible el hecho orientado a la causación del daño, sea este hecho imputable a dolo, culpa o riesgo creado”⁵¹.

3. SITUACIÓN EN EL DERECHO NACIONAL

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

49 Sobre la materia existe una nutrida bibliografía en la literatura jurídica argentina. Se recomienda especialmente la consulta de las obras de GOLDENBERG, Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984, pp. 151 y ss.; MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños. Responsabilidad colectiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1992; ALTERINI, Atilio. *Responsabilidad civil: límites de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987, pp. 164 y ss.; LORENZETTI, Ricardo. *Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos*, N° 150. Buenos Aires: La Ley, 1996, pp. 1 y ss.; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9ª Edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997, pp. 628 y ss., entre otros.

50 BUSTAMANTE ALSINA (1997), p. 631. En el mismo sentido, GOLDENBERG (1984), p. 158, y CARRANZA, Jorge A. “Una nueva causa de daño resarcible: El terrorismo. Ensayo de soluciones jurídicas”. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XXXI. Madrid, abril-junio, 1978, p. 326.

51 MOSSET ITURRASPE (1992), p. 13. Aunque es necesario precisar que a lo largo de su trabajo este autor sostiene reiteradamente que el comportamiento antijurídico se manifiesta en la actividad riesgosa del grupo, lo que parece demostrar cierta tendencia del autor a entender la responsabilidad grupal como consecuencia del riesgo que nace de la conducta del conjunto.

preceptiva esta hipótesis. Por lo tanto, no es posible equiparar el caso chileno con legislaciones extranjeras como la alemana o la holandesa que, como ya se ha visto, dedican disposiciones especiales en sus respectivos códigos civiles a resolver el problema. Tampoco es posible asimilar nuestra realidad jurisprudencial a la de países como España o Francia, en que los tribunales de justicia, ante la omisión legal, han tomado el toro por las astas, privilegiando los intereses de la víctima a través de la elaboración de conceptos dirigidos a diseñar una solución que, en definitiva, consiste en responsabilizar a todo el grupo involucrado. Así, no se observa en las sentencias de los tribunales nacionales una línea similar. En otras palabras, la evidencia debería hacernos concluir que en un supuesto como el que se estudia, ni la ley ni las sentencias pueden ayudar al ofendido, quien, si seguimos la línea tradicional, al no poder comprobar adecuadamente la existencia de un vínculo causal entre daño y autor, debería resignarse a no alcanzar el resarcimiento que pretende.

No obstante, esta es solo una posibilidad. Otra alternativa consiste en encontrar algún mecanismo mediante el cual llenar la ausencia de regulación y alcanzar una solución satisfactoria para el dañado. Las razones por las cuales puede optarse por esta vía son variadas y de peso. Así, y como ya he tenido ocasión de exponer, las modernas tendencias jurídicas parecen optar en su mayoría por la responsabilidad solidaria de todos los integrantes del grupo. Es más, en términos generales puede sostenerse que se observa en la doctrina, jurisprudencia y legislación comparadas, cierta inclinación a obviar cualquier falta de identificación del autor de un daño al momento de buscar e imponer responsabilidades, recurriéndose a soluciones como la responsabilidad solidaria de todos aquellos que participan en la causación de un daño, aunque no se sepa su grado de contribución al mismo, o a las reglas sobre responsabilidad por hecho ajeno, por señalar algunos ejemplos. Relacionado con esto se encuentra todo un proceso de flexibilización en la prueba de la causalidad, cada día más visible en la experiencia comparada a través de figuras como la pérdida de una chance, lo que necesariamente trae como consecuencia que casos tan complejos como el que nos ocupa puedan resolverse por la vía de las presunciones de causalidad, por una parte, y a través de la búsqueda de nexos subsidiarios entre el daño y los posibles autores del mismo, por otra. Se trata, entonces, de entender la relación de causalidad de una manera menos rígida, no en lo que se refiere a su concepto, sino más bien en otros aspectos relacionados con el mismo, como el ya mencionado ítem probatorio.

Por otra parte, la finalidad básica y esencial del Derecho de Daños, la resarcitoria, es evidentemente incompatible con el abandono del ofendido a su suerte, dependiente enteramente de su capacidad para descubrir al hechor y así poder obtener justa compensación a su perjuicio. No satisface la protección de la víctima el que la imposibilidad para probar una relación de causalidad que, en todo caso, se encuentra circunscrita a cierto grupo de individuos, se transforme en un escollo insalvable para quien sufre el infortunio de verse envuelto en un siniestro de esta naturaleza.

Tampoco debe olvidarse que los daños que dan origen a esta forma de responsabilidad civil provienen de actividades realizadas grupalmente, llevadas a cabo por un grupo organizado o surgido espontáneamente con el objeto de llevar a cabo un quehacer. Pues bien, este fenómeno es hoy en día cada vez más frecuente. Puede afirmarse que en nuestros tiempos es especialmente fuerte el convencimiento de los individuos en el sentido de que se pueden lograr más y mejores resultados en los emprendimientos propuestos en la medida en que se aúnen esfuerzos, recursos, ideas y todo aquello que se considere primordial para el logro del éxito buscado, lo que ha traído como consecuencia la multiplicación de las actividades colectivas. Así, es perfectamente posible que los acontecimientos dañosos puedan provenir de alguno de los componentes individuales de dichos grupos, o que incluso puedan ser consecuencia del actuar de diversas entidades que desarrollan una actividad similar, sin que pueda haber claridad acerca de cuál de esos grupos es el origen del daño.

Finalmente, es útil tener presente una consideración de eficiencia: la responsabilidad grupal puede ser justificada y sostenida desde una perspectiva económica en base al mayor costo que supone para la víctima tener que identificar y distinguir al miembro del grupo que causó el daño de aquellos que no lo hicieron. Así, la condena, especialmente si involucra la responsabilidad solidaria de todos los miembros del grupo, se transforma en una solución más eficiente, desde que evita o disminuye tales costos a la víctima⁵².

Estas y otras consideraciones pueden ser invocadas como justificación de la condena de todos los integrantes de un grupo, pero me parece que a ellas necesariamente debe sumarse un esfuerzo por encontrar una fundamentación técnica, basada en las herramientas que el propio ordenamiento jurídico proporciona, que explique científicamente por qué debería condenarse a todo un grupo de personas por un daño que no todos ellos causaron. Tal como se anticipó, para llevar adelante esta labor es recomendable examinar dos disposiciones del Código Civil, los artículos 2317 y 2328, que pueden ser de gran utilidad. El primero de estos preceptos establece la responsabilidad solidaria por daños causados conjuntamente por varias personas, por lo que cabe analizar si es posible aplicarlo a la forma de daño en estudio. El artículo 2328, en tanto, es una norma sumamente interesante, puesto que se ocupa de regular el daño causado por cosas que caen o son arrojadas desde un edificio o vivienda, labor en la cual impone la obligación de indemnizar a todos aquellos que habitan la parte del edificio desde donde cae la cosa, cuando no sea posible identificar al responsable de la caída, lo que no es sino un supuesto específico de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. La interrogante en este caso consiste en precisar si es posible aplicar esta figura especial a otras situaciones similares, por la vía de la analogía. Mi opinión es que la interpretación combinada de am-

52 GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos. *Solidaridad y Derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*. Cizur Menor, Editorial Thomson-Cívitas, 2007, pp. 362, 363 y 368.

bos artículos del Código permite concluir que es posible situar el daño causado por el integrante desconocido de un grupo bajo su imperio, por las razones que paso a exponer y explicar.

El artículo 2317 del Código Civil, como se dijo, establece un régimen de responsabilidad solidaria en caso que un daño sea causado por varias personas, debido a un delito o a un cuasidelito⁵³. Así, si un ilícito civil ha sido cometido por dos o más personas y de esa actuación deriva un único daño, cada uno de los involucrados estará obligado a responder por la totalidad de la indemnización frente al demandante. El Código Civil ha optado por reglamentar en este precepto de forma general la concurrencia plural en la causación de un daño, de modo que bajo la expresión “delito o cuasidelito cometido por dos o más personas” que usa la disposición se comprenden la coautoría (es decir, la producción conjunta de un mismo daño por dos o más agentes que realizan en forma previamente concertada una actividad, sea que exista o no voluntad de causar ese daño); 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)⁵⁴. La razón de esta comprensión amplia del artículo 2317 se encuentra, como bien dice BARROS, en que a la luz de la teoría de la *conditio sine qua non*, todos los hechos sin cuya presencia el daño no se habría producido, son equivalentes y, por lo tanto, deben ser tenidos como causa del mismo⁵⁵.

El problema que plantea el artículo 2317, para nuestro tema, está en que resulta dudoso sostener que este precepto integre, además, los supuestos de causalidad alternativa, puesto que esta especie de daño, si bien tiene su origen mediato en una actividad llevada a cabo por varios individuos, en realidad no es causado por todos aquellos que integran el grupo de personas que desarrolla esa actividad, o en otras palabras, en la causalidad alternativa no existe intervención plural en la causación de un daño. En efecto, la causalidad alternativa se caracteriza por ser la acción de varios agentes realizada con ciertas características de unidad, que concluye en un daño causado por alguno de ellos al que no es posible individualizar, de manera que no puede hablarse en puridad de intervención

53 El Código Civil se ha distanciado de esta forma de sus pares de Francia y España, que no contienen una norma similar, lo que ha provocado arduas y profundas discusiones en esos países respecto a la forma de enfrentar y resolver los problemas que se derivan de esta omisión. Normalmente esos inconvenientes han sido resueltos por la jurisprudencia a través de diversas fórmulas, según la situación específica que deba enfrentarse, siendo la más relevante la conocida doctrina francesa de la “obligación *in solidum*”.

54 Las diversas formas de causación de un daño por varios agentes ha sido especialmente estudiada por la doctrina alemana, a partir de la regla prevista en el parágrafo 830 del BGB. En este sentido, y con más o menos matices, podemos citar a VON TUHR (1934), pp. 294-297; ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II. Barcelona: Bosch, 1935, pp. 672-675; LARENZ (1959), pp. 623-626; y MEDICUS (1995), pp. 803-806. En España, *vid.* RUDA GONZÁLEZ, Albert. *El daño ecológico puro*. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 347 y ss.

55 BARROS BOURIE (2006), p. 421.

plural en la producción de un resultado dañoso si este ha sido causado por una única persona, aunque ella no se encuentre identificada⁵⁶. Por otra parte, debe mencionarse que, al igual que lo que ocurre con las formas de participación plural mencionadas anteriormente, la teoría de la *conditio sine qua non* también resulta insuficiente como mecanismo de determinación de la causalidad material, puesto que, al no ser posible saber si cada conducta ha sido o no causa del daño, resultaría que ninguno de los comportamientos individuales sería causa del mismo⁵⁷, lo que es una consecuencia absurda ante la evidencia de la producción del evento dañoso.

De esta manera, debería concluirse que el artículo 2317 no fue redactado, al menos en su tenor literal, con la intención de albergar supuestos como el que nos ocupa. Ello ocurriría únicamente a través de una laxa interpretación del precepto, lo que indudablemente debe observarse con cuidado si se considera el carácter excepcional de la solidaridad legal, que no permite extender su aplicación a otras situaciones que no sean las estrictamente previstas.

De lo expuesto, me parece que no debe buscarse en el artículo 2317, aisladamente considerado, la solución al problema del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo. Su marco de actuación, si bien es amplio, solo se refiere a supuestos de daños causados por la actividad de varios individuos, en las diversas formas en que se pueda manifestar, siendo indispensable la participación de todos ellos en la actividad causante del daño, lo que no ocurre en la causalidad alternativa.

Por lo mismo, se hace especialmente conveniente analizar una segunda norma con vistas a encontrar una respuesta a este tipo de daño y ella es el artículo 2328 del Código Civil. Dentro del sistema de responsabilidad civil extracontractual previsto por el Código Civil, esta regla está destinada a resolver la hipótesis de daños causados por cosas que caen o son arrojadas desde la parte superior de un edificio, de modo que cuando no es posible precisar el lugar exacto desde donde se precipita el objeto, la responsabilidad por el daño se atribuye a todas las personas que habitan la misma parte del edificio desde donde proviene la cosa que cae o se arroja, a menos que sea posible comprobar la autoría exclusiva de un individuo. Como es posible observar, el sujeto pasivo de la acción será aquel cuya intervención en la producción del daño se encuentre debidamente acreditada, previéndose que en caso de no ser posible esa prueba, y aquí se encuentra lo realmente singular de la disposición, la atribución de responsabilidad se hará a todo un grupo de personas, en la medida en que habiten la misma parte del edificio desde donde proviene el objeto.

56 En este sentido, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho civil chileno*. Tomo II. 2ª Edición. Santiago: Editorial Jurídica Ediar-Cono Sur Ltda., 1983, p. 488.

57 Díez-PICAZO (1999), pp. 334 y 335.

La norma, como es posible apreciar, prevé la solución a una forma de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, consistente en la imposible individualización de quien se encuentra detrás de la caída del objeto. A mi juicio, el artículo 2328 resuelve el problema atribuyendo la responsabilidad a todos los integrantes del respectivo grupo mediante una presunción de causalidad, en virtud de la cual se presume la autoría de todos aquellos que habitan la misma parte del edificio⁵⁸, con base en que, frente a la incertidumbre en la autoría y en el afán de favorecer al ofendido, debe relacionarse la caída con todos aquellos que moran en el área desde donde proviene el objeto. Se trata de una solución claramente inspirada en la protección de la víctima, tanto frente al accidente como a la ignorancia de la identidad del responsable. En todo caso, la indemnización que resulta de aplicar la responsabilidad que impone el artículo 2328 al grupo de residentes se divide entre todos ellos, por partes iguales⁵⁹, por mandato expreso del propio precepto, en consonancia con lo afirmado en este sentido por el artículo 2317, que excluye expresamente de la responsabilidad solidaria propia de los ilícitos extracontractuales cometidos por varias personas a la situación del artículo 2328⁶⁰.

En consideración a las características que presenta el artículo 2328 del Código Civil es que me atrevo a sostener que, ante la falta de una reglamentación legal expresa, su aplicación por vía de la analogía integradora debería ser la solución al problema del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo en Chile. Como es sabido, este mecanismo permite trabajar en la integración de los vacíos de la legislación y consta de dos posibles variantes. La primera de ellas es la analogía *legis*, mediante la cual es posible aplicar el artículo 2328 a todos los demás casos de daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, en el entendido que la intención del codificador ha sido reglamentar todas las situaciones similares según el mismo criterio frente a un vacío legal.

En contra de esta posibilidad podría sostenerse que la analogía no puede implementarse en una situación como esta, debido al especial supuesto que regula el artículo 2328 e invocando el argumento *a contrario*, esto es, que si una norma se ha ocupado de cierto supuesto es porque todos los demás, por más que se le

58 Para DUCCI CLARO, Carlos. *Responsabilidad civil (extracontractual)*. Memoria de licenciatura. Santiago: El Imparcial, 1936, p. 136, el artículo 2328 es una excepción a los principios generales de responsabilidad, al hacer responder a todos por el hecho de uno.

59 RODRÍGUEZ GREZ (1999), p. 249.

60 La opinión que podemos calificar de mayoritaria en la doctrina científica chilena se inclina por considerar al artículo 2328 como un caso de responsabilidad extracontractual por culpa presumida, que afecta a quienes habitan la parte del edificio desde la cual proviene la cosa, en caso que no sea posible precisar si ello se debe a la culpa o dolo de alguna persona exclusivamente (ALESSANDRI RODRÍGUEZ (1983), p. 442; DUCCI CLARO (1936), p. 136; ABELIUK MANASEVICH, René. *Las Obligaciones*. Tomo I. 3ª Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 234; MEZA BARROS, Ramón. *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*. Tomo II. 9ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997, p. 293). A mi juicio, el artículo 2328 constituye, en realidad, una hipótesis de responsabilidad objetiva y no una presunción de culpa. El codificador se desentendió completamente de la valoración de un comportamiento determinado y de la culpa como elemento de atribución de responsabilidad, optando por el riesgo como criterio de imputación subjetiva, basado en el peligro que significa para los transeúntes el lanzamiento o caída de objetos desde la parte superior de un edificio. En el mismo sentido, BARROS BOURIE (2006), pp. 212 y 213, y pp. 467 y 468, y RODRÍGUEZ GREZ (1999), p. 203.

asemejen, no se encuentran bajo su amparo y no se les debe aplicar el respectivo precepto.

En el caso que nos ocupa, esta última posibilidad significa entender que si el artículo 2328 ha establecido expresamente la responsabilidad para cierto evento dañoso, es porque el legislador ha querido que solo en ese ámbito se aplique la responsabilidad del grupo, y no en otros, salvo aquellos que pudieran estar especialmente considerados por la ley. Por lo tanto, a la luz de este principio la analogía no tendría cabida. Lo feble de este alegato es que, como lo han manifestado algunos autores, no existen límites claros que deslinden el campo de aplicación de uno u otro principio. Así, LETE DEL RÍO, por ejemplo, afirma que el argumento *a contrario* se deberá emplear en tanto no exista identidad de razón entre la norma y el supuesto al que se le pretende aplicar⁶¹; GUASTINI, por su parte, dice que para utilizar la analogía en vez de este argumento habría que reforzar el argumento analógico mediante otras premisas que lo excluyan⁶². Se trata entonces de una posibilidad muy confusa y nebulosa, que no es fácilmente atendible como para derribar la aplicación por analogía del artículo 2328 a otros casos de daños causados por el integrante indeterminado de un grupo.

Por otra parte, es posible intentar llenar el vacío en torno al daño causado por autor indeterminado de un daño recurriendo a la analogía *juris*. Esta es la segunda forma que puede asumir la analogía como método de integración de las lagunas legales y se configura mediante el estudio de aquellos principios superiores que fundamentan el ordenamiento jurídico en una determinada materia, para su posterior aplicación a las omisiones de la ley respecto de situaciones similares a las reguladas⁶³. Estos principios se extraen normalmente de un conjunto más o menos numeroso de normas especiales, que configuren un sustento suficiente para afirmar la consagración de aquellos en el ordenamiento jurídico vigente. En la especie, me parece que el principio general a aplicar mediante la analogía debería ser aquella regla comunmente aceptada por la doctrina nacional en orden a que la determinación del causante del daño no es relevante si es que la responsabilidad puede ser impuesta a un sujeto pasivo en particular, como ocurre señaladamente en los casos de responsabilidad del empresario por el hecho de sus dependientes, en los que carece de relevancia la identificación del dependiente que provocó el daño, al recaer la obligación resarcitoria en aquel⁶⁴.

Lo anterior trasciende la responsabilidad extracontractual, puesto que es posible encontrar en el Código Civil ciertas normas pertenecientes a otras tantas parcelas, cuyo texto se nutre del mismo razonamiento, lo que refuerza la argumen-

61 LETE DEL RÍO, José Manuel. "Reflexiones sobre la analogía". CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (Coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo II. Madrid: Cívitas, 2004, p. 648.

62 GUASTINI, Riccardo. "Analogía". *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, N° 20. Abril, 1994, p. 35.

63 GUASTINI (1994), p. 37.

64 *Vid. supra* nota 2.

tación. Así, disposiciones como el ya mencionado artículo 2328; los artículos 1941 y el inciso final del artículo 1947, que responsabilizan al arrendatario por los daños causados en la cosa arrendada, sean producidos por él mismo, su familia, huéspedes, dependientes o subarrendatarios; el artículo 2242, que responsabiliza al posadero de todo daño en los efectos que un huésped introduce en la posada, originados en su culpa, la de sus dependientes o de otros visitantes de la posada; y en cierta legislación especial, como las reglas de la ley N° 19.496, de protección de los derechos de los consumidores, que establece como legitimado pasivo de las acciones de responsabilidad que contiene a sujetos específicos (vendedor, productor, importador, primer distribuidor), y de la Ley General de Urbanismo y Construcción, que en su artículo 18 impone el deber resarcitorio al propietario primer vendedor, pueden considerarse demostrativos de una idea generalizada en la normativa civil nacional en orden a que lo relevante al momento de atribuir responsabilidad por daños no es tanto la identidad individual del autor, sino la imposición de la obligación resarcitoria a un sujeto pasivo en particular, normalmente aquel que tiene la posibilidad de controlar lo que ocurre en la esfera física o jurídica en que se ocasiona el daño⁶⁵.

De aceptarse lo expuesto, queda pendiente por resolver cómo responderán los integrantes del grupo. La observación de la experiencia comparada nos demuestra que la tendencia mayoritaria en los distintos ordenamientos jurídicos es la condena solidaria de los posibles autores del daño, solución que coincide con lo dispuesto en el artículo 2317 de nuestro Código Civil para casos de daños causados por varias personas. Ya explicamos que en la causalidad alternativa no hay producción de un daño por varias personas, por lo que, en principio, deberíamos entender que esta regla es inaplicable en este tipo de casos. Adicionalmente, el artículo 2328 que aplicamos por analogía, previene la responsabilidad mancomunada de los eventuales responsables. No obstante, se podría concluir, siguiendo al Derecho Comparado, que es posible implementar la solidaridad también en las hipótesis de causalidad alternativa si consideramos que, en definitiva, en estos casos lo que se hace es condenar a todos los miembros del grupo como si todos ellos hubieran causado el daño, haciendo que cada uno de ellos deba responder por todo el daño. A falta de norma expresa y tomando en cuenta que la regla general en materia extracontractual para condenas grupales es la responsabilidad solidaria, por aplicación del artículo 2317, bien puede concluirse que esta también debe ser la forma de responsabilizar al grupo en esta materia.

65 Por lo demás, Díez-PICAZO (1999), pp. 166 y 167, ha utilizado esta argumentación para justificar la introducción del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo en el ordenamiento jurídico español.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René. *Las Obligaciones*. Tomo I. 3ª Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad extra-contractual en el Derecho civil chileno*. Tomo II. 2ª Edición. Santiago: Editorial Jurídica Ediar-Cono Sur Ltda., 1983.
- ALPA, Guido y BESSONE, Mario. “I fatti illeciti”. En: RESCIGNO, Pietro (Dir.). Tomo VI. *Trattato di Diritto Privato. Obligación e contratti*. Turín: UTET, 1983.
- ALTERINI, Atilio. *Responsabilidad civil: límites de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1987.
- ARAYA, Fernando. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Santiago: LexisNexis, 2003.
- AZAGRA MALO, Albert. “Regreso a la solidaridad”. *InDret*, N° 394, enero de 2007. Disponible en: <<http://www.indret.com/es/index.php>> [consulta: 15 julio 2011].
- BARRÍA DÍAZ, Rodrigo. *El daño causado por el miembro indeterminado de un grupo*. Madrid: Editorial La Ley, 2010.
- BARROS BOURIE, Enrique. *Tratado de responsabilidad extracontractual*. 1ª Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006.
- BIANCA, C. Massimo. *Diritto Civile. La responsabilità*. Tomo V. Milán: Giuffré, 1994.
- BIDART, José. *Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1985.
- BUSNELLI, Francesco y COMANDÉ, Giovanni. “Causation under Italian Law”. SPIER, Jaap (Coord.). *Unification of Law Tort: Causation*, The Hague, Kluwer Law International, 2000.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*. 9ª Edición. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1997.
- CARBONNIER, Jean. *Derecho civil*. Tomo II, Volumen III. Barcelona: Editorial Bosch, 1971.
- CARRANZA, Jorge A. “Una nueva causa de daño resarcible: El terrorismo. Ensayo de soluciones jurídicas”. *Anuario de Derecho Civil*. Tomo XXI. Madrid, abril-junio, 1978.
- CAUDERT, Dominique, y FOUQUES-DUPARC, Régis. “Le lien de causalité”. RODIERE, René (Dir.). *Faute et lien de causalité dans la responsabilité delictuelle. Etude comparative dans les pays du marche commun*. Paris: Editions A. Pedone, 1983.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. *Lecciones de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- CORRAL TALCIANI, Hernán. *Responsabilidad por productos defectuosos. Análisis y propuestas para el Derecho Civil y de Consumo en Chile*. Santiago:

- LegalPublishing, 2011.
- DE ÁNGEL, Ricardo. *Tratado de la responsabilidad civil*. Madrid: Civitas, 1993.
- DEMAREZ, Jacques. *L'indemnisation du dommage occasionné par un membre inconnu d'un groupe déterminé*. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1967.
- DEUTSCH, Erwin. *Haftungsrecht*. Köln, Carl Heyemanns Verlag, 1976.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Derecho de daños*. Madrid: Civitas Ediciones, 1999.
- DUCCI CLARO, Carlos. *Responsabilidad civil (excontractual)*. Memoria de licenciatura. Santiago: El Imparcial, 1936.
- EIRANOVA ENCINAS, Emilio. *Código Civil Alemán comentado (BGB)*. Madrid: Marcial Pons, 1998.
- ENNECCERUS, Ludwig; KIPP, Theodor y WOLFF, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. Tomo II. Barcelona: Bosch, 1935.
- EUROPEAN GROUP ON TORT LAW. *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. MARTÍN-CASALS, Miquel (Coord.). Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008.
- FLEMING, John. *An introduction to the law of torts*. Oxford, Clarendon Press, 1985.
- FLEMING, John. *The Law of Torts*. Fifth Edition. Sidney: The Law Book Company Limited, 1977.
- FLOUR, Jacques y AUBERT, Jean-Luc. *Les Obligations. Le fait juridique*. Paris, 1994.
- GOLDENBERG, Isidoro. *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1984.
- GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos. *Solidaridad y Derecho de daños. Los límites de la responsabilidad colectiva*. Cizur Menor, Editorial Thomson-Cívitas, 2007.
- GÓMEZ POMAR, Fernando. "Carga de la prueba y responsabilidad objetiva". *Indret*, N° 1, 2001. Disponible en: <<http://www.indret.com/es/index.php>> [consulta: 11 julio 2011].
- GUASTINI, Riccardo. "Analogía". *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, N° 20. Abril 1994.
- HEDEMANN, J.W. *Derecho de obligaciones*. Volumen III. Madrid: Editorial de Derecho Privado, 1958.
- HEUSTON, R.F.V. y BUCKLEY, R.A. *Salmon and Heuston on the Law of Torts*. Nineteenth Edition. London: Sweet & Maxwell, 1987.
- HINESTROSA, Fernando. *Del contrato, de las obligaciones y de la prescripción, Ante-Proyecto de Reforma del Código Civil francés, Libro III, títulos III y XX*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.
- HONDIUS, E.H. "The Dutch Civil Code revisited/The first five years", en *Modern Trends in Tort Law. Dutch and Japanese Law Compared*. HONDIUS, Ewoun (Ed.). The Hague, Kluwer Law International, 1999.

- JAKOBS, Horst Heinrich. *Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs*. Walter de Gruyter, 1983.
- JOURDAIN, Patrice. *Les principes de la responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 2007.
- LARENZ, Karl. *Derecho de obligaciones*. Tomo II. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1959.
- LETE DEL RÍO, José Manuel. “Reflexiones sobre la analogía”. CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio (Coord.). *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo II. Madrid: Cívitas, 2004.
- LE TOURNEAU, Philippe. *La responsabilité civile*. Paris: Dalloz, 1982.
- LLAMAS POMBO, Eugenio. “Responsabilidad médica, culpa y carga de la prueba”. MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio (Coord.). *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*. Madrid: Dykinson, 2000.
- LORENZETTI, Ricardo. *Responsabilidad colectiva, grupos y bienes colectivos*, N° 150. Buenos Aires: La Ley, 1996.
- LUNA YERGA, Álvaro. *La prueba de la responsabilidad civil médico-sanitaria. Culpa y causalidad*. Cizur Menor, Thomson-Cívitas, 2004.
- MALAURIE, Philippe y AYNÉS, Laurent. *Cours de Droit Civil. Les Obligations*. T. VI. Éditions Cujas, 1995.
- MARTÍN CASALS, Miquel. “Una primera aproximación a los ‘Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil’”. *InDret* N° 284, mayo de 2005. Disponible en: <<http://www.indret.com/es/index.php>> [consulta: 3 julio 2001].
- MARTÍN CASALS, Miquel y RUDA, Albert: “Comentario de la STS de 26 de noviembre de 2003 (RJ 2003, 8354)”. *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*. N° 65. Madrid, 2004.
- MAZEAUD, Henri y LÉON y TUNC, André. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Tomo I, Volumen I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961.
- MAZEAUD, Henri, LÉON et Jean. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. Tomo II. Paris: Montchrestien, 1970.
- MEDICUS, Dieter. *Tratado de las relaciones obligacionales*. Tomo I. Barcelona: Bosch, 1995.
- MEZA BARROS, Ramón. *Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones*. Tomo II. 9ª edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.
- MONATERI, Pier Giuseppe. “Le fonti delle obbligazioni 3. La responsabilità civile”. SACCO, Rodolfo (Dir.). *Trattato di Diritto Civile*. Turín: UTET, 1998.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por daños. Responsabilidad colectiva*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores, 1992.
- MÚRTULA, Virginia. *La responsabilidad civil por los daños causados por un miembro indeterminado de un grupo*. Madrid: Dykinson, 2005.
- MÜHL, Otto. *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. Volumen III. Berlin, 1985.
- PANTALEÓN, Fernando. “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo del 8

- de febrero de 1983”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 2. Madrid, abril-agosto de 1983.
- PANTALEÓN, Fernando. “Comentario del artículo 1902 del Código civil”. PAZ-ARES, Cándido; Díez-PICAZO, Luis; BERCOVITZ, Rodrigo y SALVADOR CODERCH, Pablo (Coords.). *Comentarios al Código Civil*. Madrid: Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 1991.
- PIZARRO, Carlos. “Responsabilidad del empresario (Corte de Apelaciones de Santiago, Rol 2802-1999, Corte Suprema, 4ª Sala, 5 de agosto de 2003, Rol 2578-2002)”. En: PIZARRO, Carlos (Dir.). *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 1. Fundación Fernando Fueyo Laneri, Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, diciembre, 2003.
- REGLERO CAMPOS, Fernando. “El nexa causal. Las causas de exoneración de responsabilidad: culpa de la víctima y fuerza mayor. La concurrencia de culpas”. En: REGLERO CAMPOS, L. Fernando (Coord.). *Tratado de responsabilidad civil*. Cizur Menor, Editorial Aranzadi, 2002.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. *Responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1999.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. “Responsabilidad extracontractual colectiva”. *Actualidad Jurídica*, N° 21. Universidad del Desarrollo, Santiago, julio 2010.
- ROGERS, W.V.H. *Winfield and Jolowicz on Tort*. London: Sweet & Maxwell, 1989.
- ROGERS, W.V.H. “Causation Under English Law”. SPIER, Jaap (Ed.). *Unification of Tort Law: Causation*. The Hague, Kluwer Law International, 2000.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert. “Problemas de identificación del causante del daño y responsabilidad por cuota de mercado”. LLAMAS, Eugenio (Dir.). *Revista Práctica de Derecho de Daños*, N° 19. Madrid, septiembre 2004.
- RUDA GONZÁLEZ, Albert. *El daño ecológico puro*. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008.
- SCHLECHTRIEM, Peter. *Schuldrecht Besonderer Teil*. Tübingen, 1987.
- SCHUCK, Peter H. “Dos cuestiones causales: daños masivos y causas sociales”. En: ROSENKRANTZ, Carlos (Comp.). *La responsabilidad extracontractual*. Barcelona: Gedisa, 2005.
- SCHÄFER, Karl. *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, (§ 830), 12. Auflage, Berlin, 1986.
- TUNC, André. “Responsabilité (en général)”. *Répertoire de droit civil*. Tomo VIII. Paris: Dalloz, 1997.
- ULMER, Peter. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. Tomo V. München, 1997.
- VINEY, Geneviève. *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Paris: L.G.D.J., 1965.
- VINEY, Geneviève y JOURDAIN, Patrice. *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité*. GHESTIN, Jacques (Dir.). Paris: L.G.D.J., 1998.

- VISINTINI, Giovanna. *Trattato breve della responsabilità civile*. Padova: CEDAM, 1999.
- VON TUHR, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Tomo I. Madrid: Editorial Reus, 1934.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*. Madrid: Editorial Dykinson, 2001.
- ZELAYA ETCHEGARAY, Pedro. “La responsabilidad civil del empresario por el hecho de su dependiente”. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*. Tomo XC, N°3. Santiago, 1993.

NORMAS

- Anteproyecto de Reforma del Derecho de Obligaciones y del Derecho de la Prescripción del Código Civil de Francia.
- Código Civil de Argentina.
- Código Civil de Chile.
- Código Civil de Alemania (*Bürgerliches Gesetzbuch*).
- Código Civil de España.
- Código Civil de Francia.
- Código Civil de Holanda.
- Decreto con Fuerza de Ley N° 458, de 1975, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ley General de Urbanismo y Construcciones, *Diario Oficial*, 13 de abril de 1976.
- Ley de Compensación Británica de 2006 (*Compensation Act Bill*, 2006).
- Ley N° 19.496, establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, *Diario Oficial*, 7 de febrero de 1997.
- Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (*Principles on European Law Torts*).
- Proyecto de Código Civil de Argentina, de 1998.

JURISPRUDENCIA

- Fitzgerald vs. Lane*, (1989) 1AC 328 *House of Lords*.
- Sindell vs. Abbott Laboratories*, 26 Cal. 3d 588 (1980).
- Summers vs. Tice*, 33 Cal. 2d 80, 199 P. 2d1 (1948).