
LA RESPONSABILIDAD COLECTIVA: PAUTAS PARA SU APLICACION EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

Por el Dr. D. Ignacio de Cuevillas Matozzi
Universidad de Cádiz

Sumario

- I. El objeto de estudio; II. La cuestión en el Derecho comparado;
III. Doctrina y jurisprudencia española

1.- El objeto de estudio:

Me propongo analizar una cuestión cada vez más habitual en materia de daños en la sociedad moderna que evoluciona a pasos agigantados, el daño producido por una persona no individualizada pero que es componente de un grupo de sujetos perfectamente determinados. Me refiero al supuesto de responsabilidad por **culpa anónima**. Se sabe que el autor del perjuicio ha sido un miembro del grupo más o menos numeroso pero se desconoce cual de los integrantes realizó el daño. No es por tanto un supuesto de coautoría. Ante estos casos, la pregunta que debemos hacernos es si sería justo que la falta de identificación del agente dañoso condujera a la irresponsabilidad y al consiguiente desamparo de la víctima, problemática que trataré de indagar. ⁽¹⁾

Y la posibilidad de que se produzca la situación dibujada no se presenta aislada, esporádica, sino todo lo contrario, basta que pensemos, por un momento, que los nuevos fenómenos sociales presentan a las personas en grandes aglomeraciones (espectáculos públicos deportivos, musicales; ma-

nifestaciones; reuniones bailables; mítines; etc.), que influyen según los estudiosos sobre el concepto clásico de conducta y acción humana acerca del espectro de la figura del ilícito, y fundamentalmente en materia de responsabilidad, donde se plantea de cuestión de saber si esos daños causados por grupos en determinadas circunstancias traen como corolario la aplicación de la responsabilidad colectiva. ⁽²⁾

Las fases mismas del sistema clásico de responsabilidad individual deben reelaborarse ya que el número e importancia de los grupos crece día a día. Los intereses individuales se van reuniendo en un fin único que representan los esfuerzos colectivos que se logran mediante la coordinación de los trabajos individuales.

Estas actividades colectivas son generadoras de daños que pueden ser potencialmente más graves, ya que una reunión de personas multiplica su poder y su eficacia.

(1) estos son los casos que la doctrina he denominado «responsabilidad colectiva», donde la génesis causal del resultado es individual, aunque ignorada (cfr. ZAVALA DE GONZALEZ, El daño colectivo, en Derecho de Daños, ed., La Rocca, Buenos Aires, 1989, pág. 441.

(2) Vid. LOPEZ CABANA y LLOVERAS, La responsabilidad colectiva, pautas para su aplicación en el derecho Civil Argentino, en Revista El Derecho, t. 48, pág. 799. En estos supuestos, dicen los autores citados, el problema radica en establecer si **producido el daño y ante la carencia, insuficiencia o imposibilidad de prueba para individualizar a un responsable singular, es posible condenar y/o lugar de las cuales este perjuicio derivó.**

cia, así como su peligrosidad, y además, el anonimato en que se amparan nos presentan lo que se ha dado en llamar «fuga ante las responsabilidades».

Hoy día se ve la reiteración de hechos dañosos producidos por grupos de personas, no pudiendo individualizarse al autor ó autores, y esto, unido al consenso de que no debe dejarse a la víctima sin reparación del daño sufrido, ha llevado a los juristas, de casi todos los países, a la jurisprudencia, y a las legislaciones, a tratar de ir buscando y estableciendo las soluciones -perfectibles- en lo que se ha denominado «responsabilidad colectiva».

La cuestión se va a centrar en saber cual debe ser la respuesta del orden jurídico ante la situación que se crea por la imposibilidad de probar la autoría singular, pero acreditando el nexo causal entre el daño y la acción de un grupo.

Ello conduce -en el pensamiento de Goldenberg- **«necesariamente a un conflicto valorativo que conmueve la base misma del sistema de responsabilidad civil».** (3)

Los interrogantes serán: ¿ninguno de los intervinientes responde o responden todos?, de ser afirmativa la respuesta, ¿en virtud de qué factor y en qué condiciones lo hacen?

Existen dos concepciones: la primera que mira el hecho ilícito desde la víctima y que admite la responsabilidad colectiva; y la otra que postula la exoneración de los intervinientes y prefiere prevenir la injusticia en que se incurriría en caso de obligar a indemnizar a quienes, aún vinculados circunstancialmente al evento dañoso, no fueron sus causantes. Y al respecto, ya hemos señalado que la moderna tendencia en materia de responsabilidad civil tiende a dar a la víctima una adecuada reparación más que procurar el

castigo del culpable. (4)

2.- La cuestión en el Derecho comparado:

Del problema de la responsabilidad colectiva se ha ocupado un sinnúmero de legislaciones, aunque sin una proyección muy clara al supuesto del miembro indeterminado de un grupo, y se ha suscitado una jurisprudencia muy interesante en países como Francia, que merecerá nuestra especial atención.

En el Derecho comparado podemos encontrar dos vertientes perfectamente diferenciadas: la que contiene una norma general que contempla la responsabilidad colectiva, y la que recepta disposiciones concretas de aplicación de tal tipo de responsabilidad.

En primera línea encontramos el Código civil alemán (BGB) que va a contener una norma general que legisla sobre la institución de la responsabilidad colectiva. El art. 840 expresa que: **«Si varias personas han causado un perjuicio por una acción ilícita hecha en común, cada una de ellas es responsable del daño. Lo mismo ocurre cuando no puede descubrirse cual ha causado el perjuicio por sus actos particulares. Deben asimilarse los instigadores y los cómplices a los coautores».**

Esta norma se refiere al supuesto en que no es posible averiguar quien de los varios intervinientes ha causado el daño por su acción; no se quiere dejar sin satisfacción al lesionado, simplemente porque no se pueda hallar quien ha sido realmente el causante del daño.

(4) Vid. GOLDENBERG, op. cit, pág. 162; EN LA NOTA 274 SE MANIFIESTA DICIENDO: «La moderna tendencia en materia de responsabilidad civil reposa en la idea de que debe garantizarse la seguridad a todo individuo que vive en el medio social. En efecto, la conciencia asegurada «para la víctima».

(3) Vid. GOLDENBERG, La relación de causalidad en la responsabilidad civil, Astrea, Buenos Aires, pág. 162.

Los alemanes, y entre ellos cabe citar a Ennecerus⁽⁵⁾, hablan de culposa participación en una conducta peligrosa, culposa en el sentido de que tenía que preverse la posibilidad de lesión de bienes jurídicos ajenos. Aunque algunos de los autores germanos limitan la aplicación del precepto al caso de riña tumultuaria, exigiendo que la conducta común represente un delito, el autor citado, considera demasiado estricta esta interpretación y lo juzga aplicable a todo aquel que toma parte en lugares públicos de juegos que son notoriamente peligrosos para el público y por lo tanto, tiene que ser responsable, si no prueba quien es el autor de la lesión, aunque no haya ordenanza de policía que prohiba el juego en ese lugar.

Refiriéndose al mismo artículo de la legislación civil alemana, Larenz manifiesta que: «... por excepción, es suficiente para fundamentar la responsabilidad que se dé la posibilidad de que una persona haya podido causar un daño; o sea, cuando ha participado con otros varios en una acción susceptible de producir daños, en cuyo desarrollo estos se han realizado, sin que pueda averiguarse quien fue el verdadero autor del daño ... cada uno de los varios «partícipes» responde por la totalidad del daño, presuponiendo que le afecte un reproche de culpa. No es necesario que la actuación peligrosa de varios se base en un acuerdo entre ellos; basta que según el criterio de la práctica integre un fenómeno unitario. Así, cuando varios, aunque sea «espontáneamente», participan en una riña o insolentemente arrojan piedras por la ladera de una roca; si en la riña o por una piedra es muerta o lesionada una persona, no se podrá normalmente determinar cual de los partícipes en el hecho dió el golpe funesto o arrojó la piedra causante de la muerte o las lesiones; pero es seguro que ha sido uno de

(5) Vid. ENNECERUS y LEHMANN, Derecho de obligaciones, 3º ed., española, con estudios de comparación

ellos, y por ello debe afectar a todas la misma culpabilidad. La igualdad de inculpación justifica la responsabilidad solidaria de todos los «partícipes», aunque sólo uno de ellos haya producido el resultado. Pero no será responsable el que pueda probar que no ha podido ser «posible» causante del daño; por ejemplo, porque la lesión sobrevino por una cuchillada y el partícipe en cuestión era el único de los que intervinieron en la riña que no lleva cuchillo».⁽⁶⁾

Esta norma, como manifiesta Angel Yagüez⁽⁷⁾, no puede considerarse como una simple presunción de causalidad, ya que si bien es verdad que quien pruebe no haber cometido el hecho queda exculpado de responsabilidad, también es cierto, que si esta prueba no existe, a todos los participantes se le tendrá como responsables aunque uno solo de ellos, que se desconoce, haya sido el autor del daño y los demás, quizás no hubiesen cooperado.

Finalmente, cabe señalar que el Derecho alemán tiene además unos supuestos interesantes que ha denominado «responsabilidad colectiva por daños causados por tumultos civiles y guerras» (Ley Federal de Pensiones de 1950, Ley de Nivelación de Cargas de 1952), que establecen una responsabilidad colectiva por daños derivados de perturbaciones civiles y por los sufridos

(6) Vid. LARENZ, Derecho de obligaciones, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 625.

(7) Vid. ANGEL YAGUEZ, Indeterminación del causante de un daño extracontractual, RGLJ, 1983, pág. 39.

Esta norma del Código civil alemán encuentra su precedente en dos pasajes del Digesto: D.9,2,11,2: Pero si varios hubiesen golpeado al esclavo, veamos si todos son responsables como si todos lo hubiesen matado. Y si aparece por qué golpe pereció, el que lo dió es responsable como si lo hubiese matado, pero si no aparece, dice Juliano que todos son responsables como si todos hubiesen matado. Y D,9,2,51: Y esto es conforme a la autoridad de los antiguos juristas, los cuales, cuando el mismo esclavo fue herido por varios, de tal manera que no apareciera por que golpe pereció, juzgaron que todos quedaban obligados por la ley Aquilia.

por personas y cosas a consecuencia de los hechos de guerra.

También el Código Civil japonés, en su art. 719, contempla la responsabilidad colectiva, en los siguientes términos: «**Cuando varias personas han causado un daño a otra por un acto ilícito cometido en común, están obligadas solidariamente a la reparación del daño. Lo mismo ocurre cuando es imposible reconocer cual de los coautores del acto ha causado el daño**». Solución similar se encuentra en el Código de las obligaciones de Polonia, su art. 137 expresa que: «**Cuando el daño ha sido causado por varias personas, éstas responden solidariamente de él, a menos que establezcan cual de entre ellas y en que medida ha contribuido a causar el daño**».

Respecto a estos dos últimos preceptos, cabría la duda para poder asegurar que los mismos vienen a resolver el problema que estamos analizando. Tanto el Código japonés, como el polaco, se expresan con términos literales -realización del acto por varias personas- que hablan más de coautoría, lo que nos alejaría de nuestro supuesto concreto, donde el autor del daño es atribuible a una persona solamente. Así pues, el Código japonés en vez de hablar de «cual de los coautores del acto ha causado el daño», debería referirse a «coparticipantes» o expresiones similares, para no pensar en casos de coautoría. También el Código polaco presenta contradicciones de carácter gramatical: no se puede decir que el daño ha sido causado por varias personas, y luego admitir que solo alguna de ellas ha contribuido a la producción del mismo daño.

En esta misma orientación, se encuentra el actual Código Civil holandés, que en el Título tercero, Sección 5º del Libro 6, que tiene por objeto el acto ilícito, regula en su art. 166 el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo en los siguientes términos: «**Si un ilícito puede ser atribuido a cualquiera de dos o más personas y el daño sufrido por el perjudicado puede ser consecuencia del ilícito, son solidariamente**

responsables si es seguro que el daño es consecuencia del acto de uno de ellos, pero incierto cual de ellos lo ha causado. Cualquiera que pruebe que la pérdida no es consecuencia de su acto, no es responsable» y el nuevo Código de Québec, que en su art. 1.480 dispone: «**Cuando varias personas han participado en un hecho colectivo culposo que ocasiona un perjuicio, o cuando han incurrido en culpas distintas, cada una de las cuales es susceptible de haber producido perjuicio, sin que sea posible, ni en un caso ni en otro, determinar quien lo ha causado efectivamente, todas ellas están obligadas solidariamente a la reparación del daño**».

La otra línea legislativa a la que hacíamos referencia, prefiere inclinarse por adoptar disposiciones concretas de aplicación de la responsabilidad colectiva. En esta corriente se enrolan los Códigos civiles hispanoamericanos. El Código de Chile, en su art. 2328 dice: «**El daño causado por una cosa que cae o se arroja de la parte superior de un edificio, es imputable a todas las personas que habitan la misma parte del edificio, y la indemnización se dividirá entre todas ellas; a menos que se pruebe que el hecho se debe a la culpa o mala intención de alguna persona exclusivamente ...**». Idéntica solución se encuentra en los cuerpos civiles del Uruguay (art. 1330), de El Salvador (art. 2079), de Ecuador (art. 2255) y de Colombia (art. 2355).

El Código civil del Brasil, en su art. 1529, lo hace en los siguientes términos: «**... aquel que habitare una casa o parte de ella responde por el daño proveniente de las cosas que cayeran o fueran lanzadas desde ella, en lugar indebido**».

Otros códigos reflejan la vieja acción romana de «*de effusis et dejectis*», entre los que cabe señalar, el de Panamá, Puerto Rico, y el Código civil argentino. En este último se señala, en su art. 1119 que: «**son responsables los padres de familia, inquilinos de la casa, en todo o en parte de**

ella , en cuanto al daño causado a los que transiten, por cosas arrojadas a la calle, o en terreno ajeno, o en terreno propio sujeto a servidumbre de tránsito, o por cosas suspendidas o puestas de un modo peligroso que lleguen a caer, pero no cuando el terreno fuese propio o no se hallase sujeto a servidumbre de tránsito. Cuando dos o más son los que habitan la casa y se ignora la habitación de dónde procede, responderán todos del daño causado ...». ⁽⁸⁾

Según dicha norma, se contempla la situación en que tenemos a un grupo de individuos vinculados con elementos dañosos en virtud de habitar el edificio desde el cual cayó o fue arrojada la cosa que provocó el daño. Se les hace a todos responsables ante la imposibilidad de identificar al autor, con prescindencia de una investigación sobre la culpa y sin permitir la demostración de ausencia de culpa. Esto significa, para nosotros, encontramos ante una responsabilidad objetiva absoluta, con base en el factor riesgo. ⁽⁹⁾

Los problemas que puede plantear al artículo mencionado, según la doctrina argentina, son los siguientes: el fundamento de la obligación colectiva ⁽¹⁰⁾, la extensión

de la misma ⁽¹¹⁾, y la posibilidad de aplicar dicho sistema a todos los casos en que el sujeto autor del daño es imposible de localizar dentro de un grupo determinado. ⁽¹²⁾

grupo, y el tipo de responsabilidad colectiva atiende a la imposibilidad de identificar al autor.

También se intentó justificar esta responsabilidad, es una dispensa acordada a la víctima de probar la imputabilidad entre todos los individuos que son posibles autores. Pero tal circunstancia solo hace mérito en un criterio procesal que no explica porqué alguien puede ser condenado a indemnizar.

Otro criterio fue un abusivo derecho de agruparse, o se la ha basado en una prudente apreciación de los hechos probados presidida por el buen sentido, en la culposa participación o en la equidad.

Sin embargo, es opinión generalizada, que la posición acertada es la de no fundamentar la responsabilidad en una culpa presumida o relevada, sino que en una responsabilidad de tipo objetivo basada en la teoría del riesgo creado. El riesgo creado deriva de la acción del grupo y es indiferente que esta sea lícita o ilícita, lo que importa es el daño producido a un tercero. (ver **GARRIDO CORDOBERA**, Los daños colectivos y la reparación, ed., Universidad, Buenos Aires, 1993, pág. 80; **GOLDENBERG**, op. cit., pág. 158).

(11) Respecto a la extensión de la responsabilidad existen tres criterios: quienes se inclinan por la responsabilidad in solidum (**GARRIDO CORDOBERA**, op. cit., pág. 81); otros que sostienen una responsabilidad mancomunada; y finalmente los que son partidarios de la solidaridad de todos los integrantes del grupo (**BOSSO**, La responsabilidad en el deporte y en el espectáculo deportivo, ed. Némesis, Buenos Aires, 1984, pág. 196).

(12) Sobre el particular, Llambías, al estudiar el tema explica que nada obsta a trasladar la solución legislativa a situaciones sustancialmente análogas, y que es legítimo utilizar este mecanismo proyectándolo a otras situaciones no contempladas por el legislador, pero semejantes. Dicho autor agrega que la ley no se contradice y que «habría contradicción, si solo por la omisión de tratamiento por el legislador hubiera que regular diversamente a situaciones semejantes. Lo que importa es la semejanza sustancial, que pide una regulación uniforme». Y finalmente manifiesta que «el principio de analogía, que constituye un medio normal de integración de derecho, autoriza al interprete acerca del presente asunto a efectuar una construcción jurídica, que partiendo de determinadas soluciones particulares permitir inducir un principio general, del cual esas soluciones no son más que aplicaciones». Se basa en la razón que tuvo en mira el legislador al instituir una determinación solución particular. (ver **LLAMBIAS**, Responsabilidad colectiva o anónima, rev. El Derecho, tomo 83, pág. 786.

(8) Con respecto a la legislación argentina, cabe señalar que en la Ley 24032 de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, vetada por decreto 2719/91, B. O. 3/1/1992, se establecía la modificación de dicho artículo por el siguiente: «El daño proveniente de la actividad de un grupo de individuos que sea riesgosa para terceros los hace responsables solidarios. Solo se liberará quien demuestre que no participó en la causación del daño». En esta misma orientación, y por tanto más acorde con la primera postura se encuentra el Código civil del Paraguay que en art. 1846 recoge la responsabilidad por riesgo, y unos artículos interiores (1841) tiene regulada la responsabilidad solidaria para todos los autores de un acto ilícito.

(9) Vid. **GARRIDO**, La responsabilidad objetiva y la culpa objetiva, JA., secc. Doctrina, tomo 1, año 1969.

(10) Sobre el particular se intentó cimentar la misma noción de «personalidad moral»: el grupo sería una persona ideal de hecho. Esto, sin embargo, no satisface porque para admitir tal carácter habría que relacionarlo con ciertas condiciones de cohesión y estabilidad que determinarían el embrión de la personalidad en el

En Francia se mantuvo durante mucho tiempo el principio de la responsabilidad individual tratando de evitar la injusticia que se cometería al condenar a un inocente, a reparar un daño que no causó. Sobre este tema hay que señalar dos cosas: en primer lugar, los autores clásicos dentro del Derecho francés no prestan mayor interés al tema en estudio, y cuando lo hacen dan por supuesto que el requisito previo de la responsabilidad es la identificación de la acción culpable y de su autor, como estricta aplicación de la concepción subjetivista. Y en segundo lugar, la evolución doctrinal ha ido de la mano del paulatino cambio que en el campo jurisprudencial se iba efectuando.

Así pues, podemos contar con varias etapas, en los dos frentes, doctrinal y judicial. La primera, como se señaló recientemente, se caracterizó por la negación de la responsabilidad colectiva, llegando hasta el año 1955, aproximadamente. De esta época podemos citar a Savatier, que no se mostraba proclive a la atribución de responsabilidad en el caso en que el daño proviniese con seguridad de uno de varios hechos determinados, sin que se sepa exactamente cuál. Afirmaba, el Decano de Poitiers, que no es suficiente que la causa del daño se localice entre dos o más actividades determinadas para que se pueda reclamar su reparación al responsable de una de esas actividades, si no se sabe a cuál se debe el resultado.⁽¹³⁾

Exigida por las circunstancias y por una natural simpatía por la víctima, la jurisprudencia trata de encontrar un medio para asegurarle a la víctima una indemnización, y es así que hay sentencias que le otorgan a ésta acción directa contra el asegurador cuando todos los miembros están cubiertos por el mismo asegurador; en otros casos se basan en la culpa del organizador o del

iniciador de la actividad colectiva dañosa para lograr tal fin.⁽¹⁴⁾

La segunda etapa se vive a la luz de la jurisprudencia que admite la responsabilidad colectiva indirectamente en la culpa común del grupo, es decir, que consideró que es conducta culpable del colectivo el no tomar las precauciones adecuadas para evitar el daño o el realizar de manera inadecuada una actividad grupal. A veces esa culpa común se basa en el hecho de haberse agrupado, o a las circunstancias en que el hecho se ejecutó (conforme art. 1382 del Código civil francés), o bien, reside en la guarda común de la cosa en la que se originó el daño) cfr. artículo 1384, primer párrafo del citado cuerpo legal).⁽¹⁵⁾

Ejemplo de esta nueva orientación se puede citar a la Sentencia del Tribunal de Casación francés, anotada por Savatier⁽¹⁶⁾, relativa a un caso en que al final de una partida de caza; siete cazadores decidieron cerrarla con una salva de disparos, hiriendo a

(14) Vid. VINEY, *Traité de Droit civil. Les obligations. La responsabilité: conditions*, ed. L.G.D.J., París, 1982, pág. 441. Señala la autora que la contradicción entre el deseo de dar satisfacción a la víctima y la resistencia a abandonar pura y simplemente el principio de responsabilidad individual, conduce a la jurisprudencia a remontar en la cadena de las causas del daño a fin de descubrir en ella una que sea individualmente imputable; siendo anónimo el disparo, causa directa del accidente, los jueces computan la causa anterior, en la especie, la falta de precauciones del organizador (C, Grenoble, 16-5-1962, D, 1963, 137).

(15) Sobre este argumento, CARBONNIER, *Derecho civil*, tr. española de Zorrilla Ruíz, Bosch, Barcelona 1971, pág. 78, afirma que presenta la dificultad de que el perjudicado tiene que probar la participación de la cosa sujeta a custodia en la producción del daño, extremo admisible por ejemplo cuando se trata de un balón que utilizan varios jugadores, pero difícil de imaginar cuando -en el caso de accidente de caza- se trata de varios cazadores donde cada uno es guardián de su propia arma, no de las demás.

Esta tendencia se inauguró con la Sentencia Tribunal de Riom de 30 de noviembre de 1931, que estableció la condena solidaria de los participantes de un juego de balón a reparar el daño causado por un jugador anónimo como consecuencia de la «guarda ejercida colectivamente» por todos (so. Imp. S. 1932-2-113)

(16) Ver Recueil Dalloz, año 1957, pág. 493.

(13) Vid. SAVATIER, *Traité de la responsabilité civile en droit français civil, administratif, professionnel procédural*, tomo II, 2ª ed., París, 1950, pág. 12.

un octavo que se retiraba. El tribunal que condenó solidariamente a los siete cazadores por la reparación del daño causado, enunciaba que: **«la causa real del accidente ha residido en la acción concertada de los siete demandados que han participado en una descarga que no constituye un acto normal de caza, en condiciones de imprudencia y torpeza que les son imputables a todos»**. Aquí se puede observar que, ante la dificultad técnica que resulta imponer responsabilidad a todos por el acto de uno, opta por considerar que el acto colectivo en sí mismo es el que entraña culpa, es decir, que se orienta hacia la culpa del grupo por su actividad común, olvidándose del acto único directo -el disparo del autor desconocido-, y en este sentido expresa en otra parte que **«en efecto, varios individuos pueden, por medio de una acción concertada o incluso espontáneamente bajo el efecto de una excitación mutua, entregarse a una manifestación en la que cada uno debe compartir la responsabilidad por las consecuencias dañosas, en tanto en cuanto éstas procedan, bien de un acto único, en el cual todos han participado, bien de una pluralidad de actos conexos, que la coherencia en su concepción y en su ejecución no permite separar...»**. Es indudable que esta postura que toma como causa del daño, no ya el acto indirectamente perjudicial (el disparo), susceptible de identificación incierta, sino la anterior actitud grupal, común a todos los intervinientes, puede notar una notable inconsistencia del vínculo de causalidad.

Finalmente, llegamos a la jurisprudencia que admite la responsabilidad colectiva sin apelar a la búsqueda de una culpa individual o grupal, o a la guarda de la cosa. En tal sentido, la Corte de Riom resolvió un caso de agresión a un campo de scouts por una banda de jóvenes: un scout fue herido por una piedra y ante la incertidumbre sobre la identidad del autor del daño, se condenó a los distintos participantes; se aplicó la responsabilidad colectiva. Dicho fallo fue

confirmado por la Segunda Cámara Civil de la Corte de Casación de Francia, que al fundar su decisorio empleó palabras que merecen recordarse: **«Se llegaría, si no, a esta situación singular de ver a la víctima de un hecho dañoso causado por un conjunto de personas, peor tratada que si hubiese sido cometido por una sola de ellas...; la equidad y el buen sentido quieren que en caso de daño causado a un tercero por un miembro de un grupo, en el curso de una acción colectiva, sin que sea posible determinar con certidumbre el autor del acto dañoso, la responsabilidad incumbe a cada uno de los participantes, los cuales deben ser considerados como habiendo concurrido a causar todo al daño»** (17).

Ante esta nueva postura jurisprudencial, comienzan a surgir autores, que comentando las diferentes sentencias, se van inclinando a favor de la regla de la responsabilidad colectiva solidaria. Especial mención reclama Aberkane (18), donde luego de estudiar exhaustivamente el problema, se pronuncia por la tesis de la solidaridad, con muy agudos argumentos, sin rehusar aspectos negativos del problema, especialmente en la condena de inocentes. Este autor considera como razonamiento decisivo el hecho de que un grupo humano de formación intencionada entraña en sí mismo una dosis de solidaridad, bastante para propugnar también la solidaridad como fórmula de Derecho en los casos de daños producido por el grupo.

En suma, la clave está en el

(17) C. Riom, Revue trimestrielle de droit civil, 1966, pág. 808, con comentario de Durry y C. Cas., Revue trimestrielle de droit civil, 1968, pág. 718. El comentarista de la sentencia expresa que con este criterio judicial se llega a la conclusión de que un inocente puede verse obligado a indemnizar a la víctima. Pero añade a renglón segundo que no puede confundirse los principios de Derecho penal con los de Derecho civil, puesto que éstos tienden más a indemnizar los daños injustos que a castigar los actos culposos.

(18) Vid. ABERKANE, Du dommage causé par une personne indéterminée dans un groupe déterminé de personnes, revue trimestrielle de droit civil, 1958, pág. 516.

concierto o acuerdo para realizar una actividad, lo que da lugar a una situación comparable con una persona jurídica, justificativa de la responsabilidad de todos los integrantes del grupo. ⁽¹⁹⁾

Finalmente, no podemos dejar de mencionar el magistral tratamiento que Viney ⁽²⁰⁾ da al problema en su excelente monografía sobre la crisis de la responsabilidad individual. La citada autora, al hablar de la responsabilidad **in solidum** de los miembros de un grupo cuya acción no puede ser imputada de manera individual, dice que la jurisprudencia recaída en temas de caza es poco propicia para imputar algún tipo de responsabilidad, ya que hay un fundamento filosófico y moral que no permite la condena de inocentes. Pero agrega: curioso contraste si se tiene en cuenta que los partidarios de la responsabilidad colectiva solidaria se basan en criterios de equidad.

Como afirma Yagüez ⁽²¹⁾, la clave para la autora francesa está en el dualismo de los problemas que encierra la responsabilidad civil y en la profunda evolución experimentada en la conciencia colectiva en relación con las «dos caras gemelas de la institución». Si la responsabilidad civil se contempla desde el lado del autor del daño y como una sanción de sus actos reprobables, la solución jurisprudencial mentada es doctrinalmente irrefutable. Ahora bien, considerada la responsabilidad civil como un instrumento de reparación, ella entre en juego principalmente en función de los derechos de la víctima, igualmente imperiosos cuando no existe identificación del autor del daño ilícito. Y es en virtud de esa última consideración por lo que Genoveva Viney se muestra decididamente partidaria de la responsabilidad **in solidum** cuando el reparto de la prueba de imputabi-

lidad es imposible.

3.- Doctrina y jurisprudencia española:

La atención que ha despertado el problema que plantea el daño causado por el miembro indeterminado de un grupo, es prácticamente nula, o al menos escasísima, por parte de nuestros juristas. ⁽²²⁾

El profesor Pantaleón, hace mención al problema de manera accesoria a su tema central de tesis doctoral, pero no por ello deja de tener claridad y precisión que le caracteriza, volviendo sobre el mismo un par de años después al comentar una sentencia del Tribunal Supremo ⁽²³⁾. En su primer y más importante trabajo, en lo que al tema se refiere, dicho autor manifiesta que una solución parecida a la que contempla la legislación civil alemana, le podríamos extraer de la Ley y del Reglamento de Caza. Respecto a esta última norma desarrollada, su artículo 35.6.b) dice textualmente: **«En la caza con armas, sino consta el autor del daño causado a las personas, responderán solidariamente todos los miembros de la partida de caza. A estos efectos, se considerará únicamente como miembros de la partida aquellos cazadores que hayan practicado el ejercicio de la misma en la ocasión y lugar en que el daño se ha producido y que hubieren utilizado armas de la clase que originó el daño»**. Pero con certeza se presenta proclive a la no aplicación de dicha legislación, ya que los preceptos allí contenidos son de carácter excepcional y por tanto, no extensi-

(22) A ello se refiere además de Ricardo de Angel Yagüez, sobre cuyo trabajo nos basamos, de manera directa PASCUAL ESTEVILL, La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual, t.II, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1990, pág. 618.

(23) PANTALEON PRIETO, Del concepto de daño. Hacia una teoría general del Derecho de daños, tesis doctoral dirigida por el Prof. Díez Picazo en la Universidad Autónoma de Madrid, año 1981 e inédita, ver pág. 90 e interesante nota 139 de la primera parte; y del mismo autor: Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1983, CCJC, nº 2, abril-agosto 83, pág. 405 y ss.

(19) Este autor francés, que establece la doctrina que ya habíamos citado en argentina, con buen criterio, a nuestro juicio, excluye de su solución a los casos de formación gratuita del grupo, donde esa «solidaridad» -en el sentido menos jurídico, no se puede dar.

(20) Vis. VINEY, Le déclin de la responsabilité individuelle, París, 1965, pág. 367.

(21) Vid. ANGEL YAGUEZ, op.cit., pág. 54.

bles analógicamente. Agrega que razones de equidad podrían avalar la solución de la solidaridad de todo el grupo, en virtud de la solución con que el supremo ha prescindido del principio *in dubio pro reo* en sede de responsabilidad civil y las llamativas posiciones que se adoptaron en materia de relación de causalidad, circunstancias ambas encaminadas al amparo o protección de la víctima, como objetivo primordial del Derecho de daños.

Finalmente concluye haciendo una interesante observación en contra de la imputación de todo el grupo: ahora hay que tener en cuenta lo que no dice -en su nueva redacción- el artículo 1.910 del Código civil, cuyo texto es el siguiente: «**El cabeza de familia que habita una casa o parte de ella es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma**». En efecto, el actual precepto viene a quebrar la anterior construcción jurídica que era fiel reflejo de la tradición romana, bastando, por ello, recordar algunos de los precedentes del vigente precepto.

Así pues, hay que mencionar que en el Digesto (9,3,1,10-9,3,2), puede leerse lo siguiente: «**Si plures in eodem cenaculo habitante, unde dejectum est, in quemvis haec actio dabitur, cum sane impossibile est scire quis deicisset vel effudisset**» (Si varios habitaran en la misma habitación de donde se arrojó algo, se dará esta acción contra cualquiera de ellos, dado que realmente es imposible saber quien la haya arrojado o vertido). Parecida solución es recogida por las Partidas⁽²⁴⁾. Posteriormente, la fórmula es trasladada al artículo 1.904 del Proyecto de 1851, paralelo al actual 1.910, cuyo segundo párrafo decía:

(24) En la 7ª, Título XV, Ley 25 se dispone: «E si muchos omes morassen en la casa, donde fuesse echada la cosa que fiziesse el daño, quier fuesse suya, o la tuviessen alogada, o emprestada, todos desso uno son tenudos a pechar el daño, si no supiessen ciertamente qual aquel por quien vino. Pero si lo supiessen el solo es tenuto de fazer emienda dello, e non los otros».

«**Cuando sean dos o más, y se ignorase la habitación de que procede el daño, responderán todos mancomunadamente de su reparación**». Sin embargo, esta línea conservadora de la tradición histórica se rompe en la regulación contemplada en el Anteproyecto de 1882-1888, en el que el artículo 19 del Título dedicado a «las obligaciones que se contraen sin convenio» (Título carente de número en aquel proyecto) dice: «**Todo el que habita, como principal, una casa o parte de ella, es responsable de los daños causados por las cosas que se arrojen o cayeren de la misma**». En esta redacción desaparece todo vestigio para mantener la fórmula de la responsabilidad de todos, característica que se mantiene, como hemos visto, en el actual art. 1.910 del Código civil.

Ante tal evolución, Pantaleón se pregunta si lo que quiso el legislador del 89 fue hacer desaparecer un principio que constituía una ruptura del principio de determinación del daño o del *in dubio pro reo*, conclusión, que de ser aceptada, implicaría la inadmisibilidad de una solución al estilo germánico, es decir, la responsabilidad de todos los miembros del grupo cuando el autor del daño es desconocido.

La segunda vez que Pantaleón estudia el tema de la indeterminación del causante de un evento perjudicial es, como señalamos anteriormente, al comentar la sentencia de fecha 8 de febrero de 1983. Los hechos estudiados en dicha sentencia se pueden resumir brevemente de la siguiente manera: Un menor de edad llamado Eduardo B. M. resultó lesionado en su ojo derecho con ocasión de pasar por el lugar en que otros menores, los hijos de los demandados, jugaban lanzándose entre sí pequeños trozos metálicos punzantes, uno de los cuales alcanzó a Eduardo en el ojo afectándole el iris y con rotura de la cápsula anterior, de lo que hubo de ser operado con urgencia e intervenido más tarde, quedándole una catarata secundaria con pérdida de la agudeza visual, que ha quedado reducida al veinticinco por

ciento, siendo previsible una nueva operación y pérdida de la visión más profunda en el futuro. No se pudo determinar cual de los menores, hijos respectivamente de los seis demandados, fue el causante del lanzamiento que motivó las lesiones de Eduardo, sin que quepa duda de que fue uno de ellos. Esta sentencia plantea con toda crudeza el problema de nuestro apartado, y en concreto en su considerando cuarto expresa que: «...tercero de los motivos, al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil, se alega la aplicación indebida del art. 1.903, párrafos primero y segundo, en relación con el artículo 1.902, ambos del Código civil, negando en definitiva los recurrentes que sus hijos tuvieran culpa alguna en el accidente sufrido por el hijo del demandante y recurrido, y además que entre este accidente y el juego a que se dedicaban aquellos no hubo relación de causa a efecto, motivo que al igual que los ya examinados es de rechazar por las siguientes razones: a) si bien el requisito de la culpa en las cuestiones de responsabilidad extracontractual puede ser revisable en casación, al amparo del número 1º del artículo 1.692 de la Ley Procesal civil, ha de partir sin embargo esta Sala de los hechos de que aquella haya de derivarse, que han sido apreciados por la Sala «a quo», y quien ha sido ineficazmente impugnados en este recurso; de cuyos hechos deriva inequívocamente, en cuanto a los autores materiales de los daños, que jugaban en la calle de una manera muy peligrosa para los propios jugadores y para las personas que pasaban por el lugar, dando lugar ante esa negligencia y riesgo que creaban a que el menor, hijo del demandante, resultara alcanzado con uno de los objetos lanzados en el ojo derecho; derivado de este breve resumen del hecho la indudable culpabilidad de los menores, repercutible, a tenor del artículo 1.903, párrafos 1º y 2º, del Código civil,

en sus padres, los recurrentes y antes demandados, sin que haya obtenido la prueba de la diligencia exoneradora de esta responsabilidad civil que permite el párrafo último del mencionado artículo 1.903; b) la circunstancia de que no se haya probado cual de los menores hijos de los recurrentes fue el causante material de la lesión padecida por Eduardo Bermejo no obsta a la responsabilidad de los demandados, ya que el Código civil, artículos 1.910, 1.564, 1.683 y 1.784, y la Ley de caza, de 4 de abril de 1970 (artículo 33.5), contemplan supuestos en que se declara la responsabilidad de ciertas personas por los daños causados por otras desconocidas pero pertenecientes a grupos determinados (la familia que convive con el responsable, los miembros de la partida de caza, etc.), consecuencia, como pone de relieve la doctrina científica, de matiz objetivista que desecha por inequitativo exonerar de responsabilidad por esos daños, acudiendo a la fuerza mayor, que dejaría sin indemnización a las víctimas, con lo que, además, se orillan las dificultades de prueba atribuyendo la responsabilidad al grupo al que pertenece el desconocido autor de la infracción dañosa, y a su vez se fundamenta la solidaridad de los responsables personalizando la responsabilidad de todos y cada uno de los miembros del grupo a través de sus representantes, en el caso contemplado, los padres de los menores causantes del daño; solidaridad que ha declarado esta Sala en casos en que participando varias personas en la causación de daños a terceros no es posible deslindar la actuación de cada una de aquellas en el evento nocivo». ⁽²⁵⁾

El autor señalado afirma que pueden existir dos soluciones al respecto: una, que él llama «estrictamente ortodoxa» y que requie-

(25) STS., Sala 1ª, fecha 8 de febrero de 1983, R.J.A., ref. 867, y también en CCJC, nº 2, abril-agosto 1983, pág. 405.

re la existencia de un nexo causal entre el daño y la conducta desplegada por el demandado, cuya prueba corresponde a la víctima (art. 1.214 C.c.). Y en base a ello, en el presente caso habría de absolver a los demandados ya que no se puede acreditar quien es el autor del daño, salvo que se trate de un caso de coautoría, ya que el acuerdo de voluntades, presupuesto básico de dicha figura, justificaría la imputación recíproca del resultado entre todos los coautores. El problema más arduo que se plantea aquí, es el de establecer si puede existir coautoría en los delitos culposos. En tal sentido, el autor afirma, que la doctrina penalista española se inclina por la afirmativa⁽²⁶⁾, ya que el acuerdo de voluntades se refiere no al resultado lesivo, sino a la actividad en común creadora del riesgo ilícito.

La otra solución al problema del daño causado por el miembro indeterminado de un grupo sería el de la condena solidaria a todos los participantes en la actividad de la que el daño derivó. Y para ello resalta algunas expresiones que anteriormente se habían señalado por la jurisprudencia, que buscan sustentar la responsabilidad en la coautoría, en tal sentido se habla de **culpa conjunta en acción común, finalidad conjunta**. Sin embargo, dicho comentarista se cuestiona a si mismo el hecho de que la responsabilidad de los padres de, los niños es por hecho propio (por haber existido, salvo prueba en contrario, una culpa **in vigilando**), y no por hecho ajeno, lo que dificulta mucho, en estos concretos supuestos de daños producidos por menores, la aplicación de la teoría de la

(26) Nosotros manifestamos a favor de esta postura, ya que, como se dejó aclarado en el capítulo I de nuestro trabajo, los delitos culposos se basan en la causación del resultado, que vendrá determinado por la violación de un deber de cuidado del daño. Y por tanto la diferente fundamentación que tiene la coautoría dolosa (en el domicilio del hecho) y la culposa (en la causación del resultado) tienen consecuencias harto diferentes con respecto a la participación: la participación solo es concebible en la autoría dolosa. Así pues, quien al lado del conductor y el convence que conduzca a una velocidad prohibida, y de esta genera un resultado dañoso, será coautor y no partícipe.

coautoría, tendría que haber existido una relación directa entre la omisión de cuidar adecuadamente a los niños y el daño producido, y además, un concierto entre ambos padres para no vigilar a los respectivos hijos, lo cual parece poco sugestivo. Asimismo niega la posibilidad de la aplicación de la Ley de Caza, ya que no solo se trata de una ley especial, sino que la responsabilidad que allí se establece guarda estrecha vinculación con el seguro obligatorio establecido para esa actividad, ya que, como afirma Pantaleón, ello **«tiene muy buen sentido desde el punto de vista de la justicia material. Como en estos casos quien paga es la aseguradora, es muy sensato alterar en beneficio del dañado la carga de la prueba del nexo causal»**⁽²⁷⁾. También considera que la alusión a los arts. 1.564, 1.783 y 1.910 del Código civil, que hace la sentencia es errónea, ya que solo podrían aplicarse por analogía para el caso que ambos niños fueran hijos del mismo padre; en tal sentido refiere expresamente que: **«Sería entonces indiferente, a efectos de imponer a esté (el padre) responsabilidad por culpa «in vigilando», cual de ellos efectivamente lo causó (como en los artículos citados es indiferente quien sea la persona de la casa del arrendatario que realmente causó el deterioro de la cosa arrendada; quien sea el dependiente del fondista o mesonero que causó los daños a los afectos depositados; o quien sea el que arrojó o dejó caer el objeto causante del daño desde la casa que habita el cabeza de**

(27) PANTALEON PRIETO, *Comentario...*, cit., pág. 416. Esta es la opinión del profesor ANGEL YAGUEZ, *Indeterminación...*, cit., pág. 66, cuando resalta que a pesar de la coincidencia de supuesto de hechos entre la Ley de Caza y los casos sentenciados, la analogía requiere, para su aplicación, no solo identidad en los acontecimientos, es decir, de razón, sino también en sus perfiles jurídicos concretos, y la Ley de Caza debe entenderse en el marco de una especialidad que para dicha actividad humana estableció el legislador del 70. Al ser una responsabilidad objetiva admite ciertas licencias legislativas, situadas en su estricto ámbito, sin posibilidad de extensión analógica, máxime cuando consecuencias están mitigadas por un seguro obligatorio.

familia). Pero el caso que contempla la sentencia es completamente distinto. ⁽²⁸⁾

Finalmente, concluye su análisis el autor citado resaltando su inclinación hacia una sentencia de carácter absolutoria en casos similares y que solo se podría aplicar la solidaridad de todos los causantes del daño en actividades cubiertas por seguros obligatorios, a menos que exista coautoría, ya que en estos casos no existe conflicto de equidad entre víctimas, cumpliendo perfectamente la responsabilidad civil con su papel básico: la de indemnizar daños.

Sobre esta cuestión técnica de tan subido interés, hay que resaltar la opinión de otro destacado especialista en el campo de la responsabilidad civil como es el profesor Ricardo de Angel Yagüez ⁽²⁹⁾.

Nuestro nuevo cometarista aprovecha la ocasión de la publicación de dos sentencias para adentrarnos en el tema del autor indeterminado de un evento dañoso. Se trata de las sentencias de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Burgos de 4 de diciembre de 1980 y de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 24 de enero de 1981, destacándose que ante parecidos supuestos de hecho, los tribunales han discrepado en el enjuiciamiento y resolución de los casos.

A continuación los casos: 1º dos niños se hallaban disparando sendas escopetas de

aire comprimido; en un momento determinado, un proyectil alcanzó el ojo izquierdo de un tercer niño, ocasionándole la pérdida casi total de la visión; el padre del lesionado entablo demanda de indemnización de daños y perjuicios, reclamándosela a los padres de los niños que en el momento del accidente habían estado disparando las escopetas.

El Juzgado de primera instancia de Laredo, en sentencia de 30 de septiembre de 1978, desestimó la demanda, en base a que no se había acreditado cual de los niños portadores de escopetas era el que había realizado el disparo causante del accidente. La Audiencia Territorial de Burgos, desestimó el recurso interpuesto, confirmando íntegramente la Sentencia recurrida, apreciándose entre los fundamentos más sobresalientes el siguiente Considerando: «...pues si bien es cierto que el día 8 de agosto de 1976, hallándose ambos menores disparando con sendas escopetas de aire comprimido, resultó alcanzado en el ojo izquierdo el hijo del actor por uno de los proyectiles disparados, quedando irreversible con visión prácticamente nula de dicho ojo, es lo exacto que ni en el curso de estas actuaciones, ni anteriormente por el Tribunal Tutelar de Menores se pudo determinar quien fue el autor del único disparo que produjo la referida lesión, por lo que, aún teniendo presente que con su actitud los dos menores, hijos de ambos demandados, creaban una situación de peligro, generadores, en potencia, de posibles daños, no puede olvidarse que el ilícito civil que sancionan los artículos 1.902 y 1.903 del Código civil con la responsabilidad de indemnizar los daños causados, ha de referirse siempre y en todo caso a conductas u omisiones culposas calificadas por el resultado dañoso, y nunca por una situación de mero peligro, en base a la cual, únicamente habría de ser producida condena de ambos demandados en este caso, y por tanto, absolutamente improcedente. Y descartada, natu-

(28) PANTALEON PRIETO, ob. et loc. ult. cit.

(29) En dos oportunidades se refiere de una manera singular al caso del daño producido por el miembro indeterminado de un grupo: 1) Indeterminación del causante de un daño extracontractual. (Sentencias de la Audiencia territorial de Burgos de 4 de diciembre de 1980 y de Palma de Mallorca de 24 de enero de 1981) RGLJ, pág. 23 y ss.; 2) Notas sobre el daño extracontractual causado por el miembro indeterminado de un grupo, estudios de Deusto, Bilbao, 1984, vol. 32/1, pág. 281 y ss. De manera concreta pero dentro de su obra general sobre responsabilidad hay que citar: Tratado de responsabilidad civil, Civistas, Madrid, 1993, pág. 864 y ss. Y de forma más tangencial hay que citar su trabajo de reciente publicación: Puesto que ocupa el derecho de daños en el derecho de obligaciones, Estudio de Duesto, Bilbao, 1995, págs. 13-57.

ralemnte, toda forma de intencionalidad, acuerdo o concierto previo para producir el resultado lesivo, en la medida que no se pudo determinar el autor del único disparo causante de la lesión, es obvio y evidente que faltando por carencia total y absoluta de prueba la necesaria relación da causalidad, no existen ya términos hábiles para que entre en juego la doctrina de la culpa, ni aún por mecanismos de presunción en aplicación de la teoría del riesgo u otra equivalente».

En lo referente al suceso enjuiciado por la Sala de lo Civil de la Audiencia territorial de Palma de Mallorca, que guarda cierta similitud con la anterior, se trataba de dos niños de doce años de edad que mientras esperan ingresar en el colegio tiraban piedras a un tercero, al que no alcanzaban. Sin embargo, una de las piedras arrojadas fue a dar a otro niño causándole una herida en el ojo izquierdo, siendo objeto de una enucleación quirúrgica. No se pudo determinar cual de los dos niños fue el que tiró la piedra que ocasionó el daño físico.

En Primera Instancia se desestimó la demanda por no haberse acreditado, según criterio del juzgador, cuantos niños habían participado en el lanzamiento de las piedras y cual de ellos, en concreto, había sido el autor de la pedrada lesiva. En la parte final de su último considerando, el Juez expone: «1º) No sabemos con probable verosimilitud ni quienes tiraban piedras ni cuantos tiraban piedras; 2º) No sabemos con probable verosimilitud que mano lanzó la piedra que hirió al hijo del actor; 3º) Conocemos únicamente con certeza el hecho de la herida y sus enormes consecuencias para el menor Andrés V. B.; 4º) En base a todo ello este juzgador no puede condenar a los demandados y por tanto debe absolverlos».

Por su parte, la Audiencia Territorial estimó como hecho acreditado que de todos los niños que se hallaban por las inmediaciones del lugar de los hechos solo los dos hijos

de los demandados habían sido los autores del lanzamiento de piedras, aunque también dio por sentado que no se había probado de cuál de los dos niños procedió la piedra causante de la lesión. Dos importantes Considerando de la misma transcribiremos a continuación. Uno se refiere al tema primordial en estudio: la responsabilidad civil cuando se desconoce al autor. El otro trata de la aplicabilidad de la responsabilidad de los padres por actos de sus hijos menores. Así pues, el primero de ellos dice: «**Que la acción culposa de los hijos de los demandados es obvia, no ya en atención a la teoría del riesgo creado (Sentencia de 25 de marzo de 1954 y 30 de octubre de 1963), sino por la finalidad que en acción conjunta perseguían de dañar a otro niño al que no alcanzaron (aunque, como por evidente hay que darlo, no tuvieran el propósito de causar un mal tan grave como el que resultó); y siendo esta notoria culpa de ambos atribuible, y siendo la misma la finalidad conjunta de ambos niños, determinantes a su vez de que haya de ser calificada como necesariamente culposa, no cabe que se pueda amparar la acción particularizada de ninguno de los dos en orden al resultado producido y a la responsabilidad que ha de ser su consecuencia, a pretexto de la imposibilidad práctica de la prueba de cuál ellos hubiera sido el lanzador de piedra precisa que causó la herida, dejando así inerte al lesionado en su manifiestamente justa pretensión de ser indemnizado. Hay una evidente culpa conjunta en una acción común, y un resultado que es su consecuencia, por lo que, de no conculcar los presupuestos lógicos de la culpa extracontractual, a los varios agentes que así hayan participado en el hecho es atribuible su consecuencia; en cualquier caso, si se admitiera que solo al que hubiere arrojado el concreto proyectil vulnerante correspondería la atribución del resultado no obstante ser este cualitativamente -en cuanto previsi-**

blemente dañoso, aunque no ciertamente cuantitativamente en la magnitud de su daño- la finalidad de la acción conjunta, habría que entender que a quienes afirmase no haberlo sido correspondería la prueba sobre este particular que lo excluyere de la responsabilidad consiguiente, y en modo alguno puede ser exigible que sea el perjudicado el que en un inútil intento probatorio tenga que deshacer un anonimato que de ordinario garantiza, en situaciones como la de autos, una pluralidad de personas». En el segundo Considerando se afirma: «Que con tales presupuestos, la responsabilidad -que deviene solidaria- de los padres demandados, resulta de lo dispuesto en el párrafo final del mismo artículo, si se hubiera probado haber empleado en el hecho toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño, lo que en modo alguno puede estimarse en presente caso, pues esta diligencia exculpatoria de la responsabilidad, directa en definitiva, que respecto de padres sanciona el citado artículo por los perjuicios causados por los hijos menores que viven en su compañía -como respectivamente viven los demandados- ha de ser expresión del haz de deberes y derechos integrantes de la patria potestad, entre los que se halla el deber de educar, deber este que se extiende a la vigilancia preventiva del daño específico luego producido (Sentencia de 15 de febrero de 1975)».

Ambas sentencias tienen un elemento en común: existe un daño, pero a la vez la certeza de que solo pudo ser producido por la acción de un único sujeto, y con la complejidad, a la hora de establecer responsabilidades, de no estar identificado, dentro de una pluralidad de posibles agentes.

La solución a los problemas planteados son resaltados por el propio Ricardo Angel Yagüez, cuando su comentario final manifiesta que: «Forzoso es reconocer que dar solución a casos como los contemplados

por las sentencias de Burgos y Palma de Mallorca constituye un serio compromiso, tanto desde el punto de vista de la **justicia de las soluciones** (es decir, en un terreno exiológico), como desde la perspectiva de la técnica jurídica «químicamente pura». Por ello, el autor de estas líneas no se atreve a tomar partido de forma decidida por ninguna de las dos resoluciones, sanamente inspiradas como están ambas por el deseo de acertar y aptas para brindar argumentaciones para el gusto de todos, a pesar de lo antagónico de sus conclusiones. La sentencia de la Sala de Burgos rezuma el desencanto del jurista que, como considerándose sometido a las exigencias inapelables de unos principios técnicos habidos desde siempre como artículos de fe en el difícil oficio de juzgar, se ve en el trance de no poder dar satisfacción por la vía del Derecho a un interés humano que bajo otro prisma aparece como innegablemente merecedor de tutela. La resolución de Palma de Mallorca, ante un supuesto casi idéntico, se desprende como meritorio propósito de ciertos corsés dogmáticos y, procurando mantenerse en el nada fácil equilibrio de ortodoxia técnica, se deja conquistar por las exigencias de una justicia material previamente intuida y justificada por la más modernas tendencias en el resbaladizo terreno de la responsabilidad extracontractual. En definitiva, las dos sentencias ponen de manifiesto las no expresadas zozobras, las vehementes pero no inevitables didas y en suma la ardua dificultad que entraña el noble quehacer del juzgador.

Así las cosas, de la doctrina francesa expuesta parece deducirse que de todos los elementos que integran la responsabilidad civil, es precisamente el nexo causal el que está en juego en este específico supuesto. También puede inferirse que esta opinión es la que sustenta la Audiencia de Burgos cuando dicta su resolución absolutoria por falta de relación de causalidad acreditada. Sin embargo, podemos afirmar que aquella no es la incógnita a desvelar, ya que este requisito inexcusable tiende a determinar si entre una

actuación concreta y el daño producido hay una relación de causa a efecto, que permita imputarle las consecuencias que se derivan de esa acción, en definitiva, si se responde y en qué medida, pero no quién responde. Incluso, aunque parezca paradójico, la responsabilidad de todos los miembros del grupo determina, solución que es la seguida en la actualidad por la mayoría de la doctrina y jurisprudencia, nacional y extranjera, que lo que se viene a despejar no es un nexo causal, sino la autoría misma del hecho. Cuando en la segunda sentencia citada recientemente, la Audiencia de Palma de Mallorca impone la responsabilidad solidaria de todo no es porque haya encontrado una relación de causalidad donde no exista -aunque se den vueltas y vueltas al asunto no se conoce a ciencia cierta de que mano salió la piedra-, sino porque ve en el hecho una autoría colectiva en la acción imprudente de tirar piedras con la misma peligrosidad que el concreto acto único de arrojar una piedra e impactar en el ojo de la víctima.

Como dice Angel Yagüez ⁽³⁰⁾, en estos supuestos se cuestiona algo previo y muy relevante: quien ha actuado, es decir, está en juego el principio de atribución individual del daño. Por tanto, si responden todos, según la Audiencia de Palma de Mallorca, será por causa de conducta común a todos, y por tanto queda descartada la única pedrada. Será por tirar piedras de forma peligrosa. Entonces si, planteando el problema desde este ángulo es donde tiene cabida la relación de causalidad. ¿El hecho de tirar piedras con peligro contra una persona guarda relación de causa a efecto con una lesión que no se sabe con certeza si se debió a la piedra que salió de nuestra mano?. Pregunta que mantiene sus dudas ya que la teoría del riesgo requiere un daño efectivo para responder, que debe derivarse de esa puesta en peligro, y en el presente caso está claro que del actuar de **todos** peligrosamente no deriva de forma directa el daño que con seguridad **uno**

solo produjo.

No hay duda, que a pesar de los obstáculos legales que nos encontramos, la inclinación por la solución de la Audiencia de Palma de Mallorca tiene un gran atractivo: la posibilidad de que la víctima encuentre reparo a su daño nos llena de satisfacción, y el mero hecho de pensar en un desamparo patrimonial, nos produce una honda preocupación, amén de las explicaciones técnicas que se puedan dar para arribar a tal postura. Por ello es fructífero, a nuestro juicio, intentar lograr una explicación fundada para sustentar el gran esfuerzo que la jurisprudencia reclama.

La mira para encontrar una posible solución al problema hay que colocarla en la evolución experimentada dentro del Derecho de daños. Su finalidad primordial radica en ser un instrumento de resarcimiento, de reparación del daño padecido por la víctima, es decir, que sin olvidar el elemento subjetivo, hay que tratar de que no quede ningún perjuicio sin reparar. Como señala Pascual Estevil ⁽³¹⁾, **en la actualidad prima la idea de que todos los perjuicios y riesgos que la vida pueda depararnos, a poder ser, han de ser reparados, que no es equitativo que se deje al daño solo por el mero hecho de que este ha sido causado por un individuo innominado, perteneciente a un grupo, que como él viene obligado a cargar con los riesgos creados por una actividad actuada en común, con concierto o sin él, pero que por su naturaleza, ab initio, entraña riesgos para los demás miembros de la comunidad social.**

En base a dicha evolución el prof. Angel Yagüez sugiere como fundamento jurídico una doctrina que llama «de la actividad colectiva peligrosa» o «del peligro originado por una colectividad», es decir, lo que las modernas legislaciones vienen recogiendo como un supuesto específico de la responsabilidad objetiva o por riesgo: la consa-

(30) ANGEL YAGUEZ, *Indeterminación...*, cit., pág. 61.

(31) Vid. PASCUAL ESTEVILL, *La responsabilidad...*, cit., pág. 623.

gración de la «actividad peligrosa». Y agrega que la idea podría formularse de la siguiente forma: **«cuando un grupo de personas desarrolla, bien concertadamente, bien de manera espontánea, una actividad como consecuencia de la cual se causa daño a un tercero, todos los componentes del colectivo quedan solidariamente obligados a reparar el mal causado sino puede acreditarse quien fue su autor directo»** ⁽³²⁾. La base de tal solución radicaría en la creación del riesgo para terceros por parte de todos, flexibilizándose el elemento causal o incluso estableciéndose una genuina presunción, componentes no solo utilizadas por tribunales donde el Derecho de daños tiene un hondo sentido subjetivista, sino también en nuestra jurisprudencia, por ejemplo, en el propio artículo 1.903 en lo que respecta a la responsabilidad de los padres por el hecho de los hijos. ⁽³³⁾

(32) Vid. **ÁNGEL YAGUEZ**, op. cit., pág. 74. Con similares expresiones se recoge supuesto en el art. 1113 de la Ley 24.032, de Unificación de la Legislación Civil y Comercial, de Argentina, para los participantes de actividades que sean riesgosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización, y no se conozca el autor concreto del daño.

(33) En este sentido **ROGEL VIDE**, La responsabilidad civil extracontractual en el derecho español, Madrid, 1976, pág. 140 y ss., al analizar nuestra jurisprudencia sobre la responsabilidad de los padres por las actuaciones de sus hijos concluye que: **«Una conclusión se desprende clara: sólo cuando los daños no han sido causados por el menor no responde el padre o tutor; en los demás casos responde siempre. No es ya presuma la culpa; en facto, en ocasiones se prescinde de ella para establecer la responsabilidad»**. Así pues, a manera de ejemplo el Tribunal Supremo (Sentencia de 10 de marzo de 1983, L.L. 1983-1, ref. 3334, pág. 576), manifestó al referirse a unos daños ocasionados por un niño al encender con un mechero la carga de combustible de un avión de aeromodelismo que se halla en el trasero de su casa, produciendo quemaduras a su compañero de juego que: **«La responsabilidad civil de los padres ... se contempla estableciendo una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad, con inversión de la carga de la prueba, de manera que la demostración del empleo de las precauciones adecuadas para impedir el evento dañoso ha sido entendido en tonos de una marcada severidad, exigiendo «una rigurosa prueba de la dili-**

A favor de esta postura dogmática juegan razones de indudable basamento jurídico e incluso sociológico, como son, la injusticia de atribuir al perjudicado la prueba diabólica acerca de quien fue el autor directo o efectivo del daño; absurdo a que conduce la circunstancia de que si el autor directo es conocida haya lugar a resarcimiento y de que en cambio no lo haya cuando con muy fundada verosimilitud cualquiera de varios haya podido ser el agente del daño, etc.

Según el pensamiento de nuestro comentarista, considera que desde el punto de vista de los integrantes del grupo determinado la reprochabilidad viene dada por haberse prestado voluntariamente, en provecho propio o con ligeros propósitos de causar algún daño o incluso por mera ligereza en su conducta, a una acción cuya peligrosidad se encarga de acreditar el resultado nocivo producido. Y en esta línea orientativa se inclinaba la jurisprudencia gala cuando el tribunal de Casación hacía mención a los que denomina «excitación Mutua» ⁽³⁴⁾. Aguda interpretación que destaca que los individuos a través de una acción concertada o incluso espontáneamente pueden entregarse a una manifestación en la que cada uno debe

gencia empleada», atemperándose a las circunstancias de lugar y tiempo del caso concreto..., lo que comporta la inserción de un matiz objetivo en dicha responsabilidad, que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad, y es claro que no viene permitido oponer la falta de una verdadera imputabilidad en el autor material del hecho, pues la responsabilidad dimana de culpa propia del padre...por omisión de aquel deber de vigilancia ...». En definitiva, como dice **GOMEZ CALLE**, Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1990, CCJC, septiembre-diciembre, 1990, pág. 1023, se trata de una objetivación en aras del principio «pro damnato»; o bien, «que la responsabilidad por hecho ajeno» (cfr. **LOPEZ BELTRAN DE HEREDIA**, La responsabilidad de los padres por los hechos de sus hijos, Madrid, 1988), igual sentido **GARCIA-RIPOLL MONTIJANO**, Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1991, CCJC, enero-marzo, 1991, pág. 219. (34) Sentencia del Tribunal de Casación francés de fecha 5 de junio de 1957, en Recueil Dalloz, 1957, pág. 493.

compartir la responsabilidad de las consecuencias dañosas, en tanto en cuanto estas procedan o bien de un acto único en el cual todos han participado, bien de una pluralidad de actos conexos, que la coherencia en su concepción y en su ejecución no permite separar. En definitiva, que el calor puesto en una actividad colectiva (lanzar piedras, cazar, jugar al fútbol, etc.) es causa de un ardor creciente que a menudo finaliza en la pérdida de noción del alcance de lo que se está realizando. Circunstancia que, conforme a la nueva orientación del Derecho de daños, justifica al juicio de reprochabilidad de todos los participantes que fundamenta la responsabilidad civil.

A estas construcciones doctrinarias, que según se ha precisado con antelación, ya han tenido su consagración en algunas regulaciones legislativas, se le opone el reparo de la **exclusión de la responsabilidad de aquel de los miembros del grupo que acreditaré no haber sido el causante del daño**. Si la razón de ser de la responsabilidad colectiva radica en la actuación peligrosa común, pensamiento que corrobora la sentencia de Palma de Mallorca cuando dice que hay una **evidente culpa conjunta en una acción común**, parece entonces que siempre tendrían que responder todos, pues todos han participado en la creación del riesgo. Para Angel Yagüez ⁽³⁵⁾, la exclusión tendría su justificación en razón del principio de personalidad de la pena, que desde el campo penal se traslada al civil, y en consideraciones de justicia superior que explican la tendencia a la reparación de la víctima como primer objetivo. En definitiva, continúa, manifestando, sería ir al fondo mismo del supuesto de hecho, pues el problema que planteado solo suscita -en teoría y en la práctica- cuando se desconoce el autor directo del daño, por mucho que este se haya producido en el desarrollo de una actividad semejante por parte de dos o más.

Sin embargo, pensamos que no es ne-

cesario justificar la exoneración por el camino que el tan prestigioso jurista acaba de señalar. La solución la podemos encontrar en el riguroso análisis de dos elementos que en su momento tratamos y que si bien en la práctica pueden confundirse, funcionan de manera independiente, nos referimos al nexo causal, por un lado, y a la imputabilidad o juicio de reproche, por otro.

En efecto, en el daño causado colectivamente la causa misma del perjuicio es de naturaleza grupal: son los daños ocasionados por los miembros del conjunto, de manera indivisible, y todos han facilitado o colaborado en su producción; es patente que el factor es objetivo, y que nos hallamos ante un supuesto de «riesgo» desatado por el grupo, que es imputable a todos por su pertenencia a él. Por ello es indudable que el «ser» miembro es base para atribuir el «participar» en la actividad riesgosa del grupo.

No obstante ello, es evidente que «algo» tiene que probar la víctima que permita vincular al demandado con el grupo, y entonces la dificultad probatoria se traslada al que «tiene algo que ver» con el conjunto. Es a este a quien le incumbe suministrar una realidad adversa a la apariencia suscitada por su conexión **prima facie** relativa a la colectividad. De no establecerse una presunción de este género sería extremadamente difícil fundar la acción. Si se exigiese acreditar algún hecho concreto de los presuntos responsables, quedaría, como hemos mencionado con antelación, muchas veces frustrada la indemnización, pues solo la autoría última de ordinario es anónima; además la propia participación en el nacimiento del peligro es difusa, sin admitir una cabal dilucidación personal, individual. La autoría del peligro solo tiene precisa ubicación con respecto al grupo; podrán ser situados sus aparentes componentes, pero, en cambio, será frecuentemente diabólico discriminar el grado de participación individual dentro del grupo. Por ello, establecida la relación causal entre la actividad riesgosa del grupo y el daño producido, serán los propios demandados quienes de-

(35) Cfr. ANGEL YAGUEZ, op. cit., pág. 75.

berán probar: su no pertenencia al grupo, o bien a pesar de pertenecer al mismo, su no participación o contribución con el riesgo creado y el daño producido, a efectos de liberarse de responder o de distribuir el peso de la indemnización pagada a la víctima, según la propia actuación de cada uno. En definitiva, se está demostrando que ha habido una **causa nueva** o preponderante que fue la que originó de manera única el daño producido, imputable, por ejemplo, a un sujeto concreto que se individualiza, y que viene a romper la originaria relación de causalidad.

(36)

(36) En parecidas circunstancias, sucede lo mismo cuando a pesar de establecerse en nueva legislación supuesto de responsabilidad objetiva, la misma decae cuando se demuestra la culpa exclusiva de la víctima, o el caso fortuito.