

Título: La asunción del riesgo ¿Causa eximente o de justificación?

Autores: Marchand, Silvina - Parellada, Carlos A. - Burgos, Débora

Publicado en: LA LEY 08/09/2009, 08/09/2009, 1 - LA LEY2009-E, 1065

Cita Online: AR/DOC/3105/2009

Sumario: SUMARIO: I. Introducción. Dificultades para perfilar la figura. II. Los supuestos fácticos comprendidos en la figura. III. Causa de exoneración o eximente de la responsabilidad extracontractual. IV. Causa de justificación. V. La asunción del riesgo en ámbito contractual. VI. Conclusiones.

Los autores analizan el argumento que aparece en ciertos pronunciamientos judiciales -algunos de los cuales se examinan- acerca de la "asunción del riesgo" por parte de la víctima, con la finalidad de establecer si se trata de una causal de eximición autónoma de la responsabilidad civil o una causa de justificación, su ámbito de aplicación y los requisitos que debe reunir para excluir o aminorar el crédito resarcitorio.

I. Introducción. Dificultades para perfilar la figura:

Existe una recurrencia autoral en iniciar el análisis del tema señalando sus dificultades, (1) por ello creemos que constituye un acierto su elección como tema en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil a llevarse a cabo en Córdoba en setiembre del año en curso, en virtud de las ventajas que reportan normalmente la reflexión conjunta del tema y los debates que se suscitan entre los expertos en la materia.

Seguramente a aquellas dificultades no es ajena la utilización abusiva e impropia que se hace en algunas oportunidades en los Tribunales de dicha teoría y la falta de claridad de las exposiciones teóricas que se le han dedicado. (2) Tampoco ha de serlo la circunstancia de que existe una enorme cantidad de ángulos desde los cuales se atisba la temática de la asunción o aceptación de los riesgos enancándola en distintos presupuestos de la responsabilidad civil.

En efecto, algunos entienden que su problemática se vincula a los factores de atribución, en especial a las causas de exoneración de la responsabilidad, (3) que operan predominantemente sobre ellos. Dentro de este sector, se lo utiliza a veces para encontrar una causa de exoneración —en sentido amplio—, y en otras construcciones doctrinales, para negarle operatividad. En estas últimas, se cuestiona la presunta autonomía de la asunción de los riesgos, admitiendo su eficacia moderadora o excluyente de la responsabilidad únicamente cuando constituye propiamente la culpa de la víctima. (4)

Otra posición enmarca el tema en la relación causal y, entiende que la asunción del riesgo queda absorbida por el hecho de la víctima, (5) sin requerir que constituya propiamente hecho culposo de la ella.

Otros autores, en cambio, abordan la cuestión vinculándola a la antijuridicidad, por entender que cumple la función de ser una causa de justificación, ya que la víctima consiente tácitamente el daño, cuando acepta participar en una actividad riesgosa. (6)

Esta última postura, distingue entre riesgos que son propios de la actividad de los impropios (o extraordinarios), siendo éstos los que no resultan normalmente en ella. Concluye que en caso de que el daño sobrevenga de los impropios o extraordinarios, probada la culpa del autor, la víctima tendrá derecho a ser indemnizada. (7) Los primeros, en cambio, están a cubierto de la causa de justificación.

No falta, finalmente, alguna postura doctrinal que entiende que la teoría de la asunción del riesgo no cumple ningún rol en el campo de la responsabilidad civil. Desde ella, se señala que juega en definitiva con un consentimiento presunto de la víctima —ficticio—, y por otra parte, con una distinción de riesgos, que no puede justificar por sí sola el daño. (8)

En relación al modo en que opera la participación de la víctima en las actividades que encierran riesgos también se discrepa. Mientras parte de sus sostenedores se apoyan en teorías que toman en cuenta la voluntad de la víctima —y así señalan que se sustenta en el apotegma "volenti non fit iniuria"—, (9) otros sostienen que la figura de la asunción del riesgo asienta únicamente en marco de la relación causal. (10)

También contribuye —en buena medida— a la incertidumbre la circunstancia de que se trata de una causal no prevista ni definida normativamente (11) en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, sino que ella irrumpe en esta órbita por aparecer como un argumento en los pronunciamientos judiciales.

En el Código Civil Chileno, existe una previsión normativa que podría ser interpretada como acogedora de la figura. Se trata del art. 2330, que establece que "La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente". Sin embargo, se advierte con facilidad que no se habla de una 'asunción del riesgo', sino de una exposición al daño. Por otro lado, para fundar la reducción es necesario que esa exposición de la víctima haya sido culposa. Por ello, se descarta la aplicabilidad de la norma cuando "la víctima es un demente, un infante u otro individuo privado de discernimiento". (12) De tal modo que no estamos

en una asunción en sentido propio, sino impropio, en cuanto se requiere la configuración de una de las formas de la culpa: la imprudencia.

A ella también podría aludir —aunque no es tan claro— el art. 1111 del Código Civil Argentino, en cuanto dispone que "El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falta imputable a ella, no impone responsabilidad alguna". Pero también en este caso, nos hallamos frente a una asunción en sentido impropio, que equivale a la culpa de la víctima.

a. ¿Es causal de eximición autónoma? El análisis de tales normas nos lleva a lo que consideramos el nudo gordiano de la discrepancia doctrinal que se centra en si cabe aceptar o no la casual de asunción del riesgo como eximente autónoma.

En nuestro criterio, si se pretende establecer que la asunción del riesgo reviste el carácter de causa de eximición autónoma, es necesario aislar su conceptualización del concepto de culpa de la víctima, (13) lo que sólo se logra si se admite que debe entenderse por asunción del riesgo la conducta de la víctima —sin que concurra culpa— por la que participa de un hecho o una actividad riesgosa.

Si no se formula esa distinción la teoría de la asunción aparece claramente como inútil, pues nada aporta —sino que se superpone— con la eximente de la 'culpa de la víctima' que está expresamente prevista en el régimen de la responsabilidad. La misma inutilidad se advierte cuando se sostiene que la asunción del riesgo sólo tiene carácter eximente en la medida que implique una asunción culpable del riesgo, ya que así postularlo es sostener que carece de autonomía y que está dentro del concepto de culpa de la víctima.

b. ¿Requiere de una 'voluntad de asumir'? Otra duda que se suscita es si ella requiere voluntariedad en la asunción o N° Nos parece de toda razonabilidad que se requiera que la conducta de la víctima haya sido voluntaria —con discernimiento, intención y libertad—, pues aquél que se encuentra obligado a actuar en un ámbito de riesgo o peligro inminente en razón de sus funciones o desempeño laboral o ante un imperativo de la solidaridad no puede juzgarse que asume el riesgo que ello implica, en virtud de que carece de libertad para sustraerse al ámbito de riesgo. Por ello coincidimos en que no puede aceptarse que se reduzca, aminore o excluya la indemnización de los daños que sufra el autor de un acto abnegado (14) ni cuando la conducta arriesgada forma parte de los deberes que impone una función o si se vincula al desempeño laboral de la víctima o cuando, en virtud de las circunstancias del caso, carece de alternativa. (15)

c. Concepto de asunción del riesgo. Por ello, concluimos que se entiende por asunción del riesgo por parte de la víctima la conducta voluntaria llevada a cabo por ésta —sin que concurra culpa— por la que participa de un hecho o una actividad riesgosa.

II. Los supuestos fácticos comprendidos en la figura

Los ejemplos que se brindan de asunción del riesgo son muy variados, aunque muchos de ellos son criticados por otros autores que abordan el tema, producto de la dificultosa configuración de la figura. Hemos considerado de interés evocar algunos que colocan autores que han hecho un estudio erudito del tema, (16) haciendo un encomiable esfuerzo por centrar el supuesto de hecho de la figura. En tal sentido, se señala que quien pretende recrearse saltando en una 'cama elástica' o en un 'toro mecánico' o en los 'autos chocadores' o con un vuelo en 'parapente' (17) o entra en una 'cámara de horrores' o en el llamado 'tren fantasma' o participa del rafting o de un juego que encierra riesgos como sería el box, el fútbol o la pelota-paleta o pelota vasca, en una carrera de automóviles o motocicletas, o si alguien entra en un predio ajeno que es custodiado por personal armado o por un perro bravo, etc., asume riesgos específicos que implican la liberación —total o parcial— de quien lo ha creado, como consecuencia del rango causal —atributivo— del 'riesgo consentido'.

Al considerar el tema se suele aclarar que sólo en relación a los riesgos específicos de cada actividad, pues hay unanimidad doctrinal que no podría entenderse que la eximente funcione para los riesgos genéricos de la vida en sociedad; así, no puede sostenerse que el peatón asume el riesgo de ser atropellado por un vehículo al transponer la calle o el pasajero el de resultar dañado en un accidente de tránsito en el que participe el vehículo en que se traslada. Por ello, sería preferible hablar de un 'riesgo específico consentido' o, al menos, admitir que sólo en relación a los riesgos específicos —y no a los genéricos— la asunción del riesgo por parte de la víctima puede tener alguna trascendencia eximitoria o excluyente de la responsabilidad, ya sea por importar una causal eximente de una responsabilidad presumida o porque implique una causa de justificación del daño sufrido.

En virtud de que al tema se le reconoce un origen predominantemente jurisprudencial, nos ha parecido también conveniente analizar algunos casos resueltos en los últimos años por nuestros tribunales en los que la aceptación del riesgo ha sido considerada por ser uno de los argumentos que sostenían los demandados. Los hemos sistematizado en cuatro grupos:

a. Casos contractuales en los que se ha descartado que existiera asunción del riesgo:

La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, tuvo oportunidad de resolver un caso que perseguía la indemnización de los daños sufridos por un participante durante un juego realizado en un programa de televisión del cual había resultado lesionado, y se sostuvo que "no cabe aquí hacer aplicación de la figura de la asunción de riesgo por parte del joven Giandoménico. No debe olvidarse al respecto que para que la aludida figura tenga entidad aminorante de la responsabilidad del demandado es menester hallarse ante un peligro extraordinario, lo cual no acontece en la especie, dado que —como es sabido— el organizador de este tipo de juegos generalmente presenta una imagen inofensiva de ellos (cfr. CNCiv., sala F "Olivi c. Ital Park S.S.", del 23/2/95). Por lo demás la participación espontánea y voluntaria en un juego de ninguna manera autoriza a presumir el consentimiento para sufrir lesiones (cfr. Bustamante Alsina, op. cit., novena edición, p. 559)". Entendió el Tribunal que sobre la organizadora pesaba un deber de seguridad accesorio, sin precisar si era de medios o resultado, porque lo consideró innecesario ya que la demandada no había demostrado tomar las precauciones para que el daño no se produjera, lo cual impedía su liberación aun en el supuesto que el deber de seguridad fuera de medios y, con mayor razón, si fuera de resultado.

El mismo tribunal resolvió otra acción de daños deducida por una joven que había participado en un entretenimiento llevado a cabo en una pista de kartings, cuyo vehículo había sido embestido por detrás, chocando contra la protección de la pista y, resultando lesionada su conductora. La Cámara sostuvo que "No corresponde en la especie hablar —tal como lo hace el apelante— de asunción de riesgos por parte de la víctima. Es que la obligación de resarcir —concebida en los términos ya referidos— sólo se ve modificada o suprimida cuando la asunción de los riesgos evidencia una conducta culpable del damnificado, lo que no acontece en la especie. Como dijera el hecho de que la actora no fuese una avezada conductora de este tipo de vehículo no autoriza —en modo alguno— a sostener que estamos ante un caso de asunción de riesgos, menos aun cuando —tal el caso de autos— es el propio quejoso quien califica a la actividad desplegada en las pistas de kartings como un "juego" ". (18)

También se descartó la configuración de la presunta eximente en un supuesto en que las víctimas habían sido transportadas de regreso a su domicilio por un conductor a quien se sindicaba haber pasado mucho tiempo sin dormir y haber ingerido alcohol, pero que no se había acreditado que estuviera ebrio, merituándose especialmente que no se advertía la voluntariedad de la aceptación de los riesgos, ya que el transporte se vinculaba al desempeño laboral de la víctima. (19)

En relación a un transporte benévolo, (20) la Corte Suprema de Justicia de la Nación (21) ha reiterado que "el mero aprovechamiento por parte del menor de un transporte benévolo... no puede en modo alguno asimilarse a una 'culpa' a los efectos de constituir causa o concausa adecuada en la producción del daño (Fallos: 315:1570)"; en ese mismo fallo se sostuvo: "la mencionada "participación en la creación del riesgo" no puede enervar el hecho de que se encuentra firme la exención de culpa de la víctima, con lo cual la argumentación del a quo queda sin sustento alguno y evidencia la confusión conceptual de crear una causal de exención de responsabilidad no contemplada en las normas vigentes".

En el mismo sentido, el Alto Tribunal descartó la aplicación de la figura como eximente en un caso en el que la víctima había contratado un servicio de parapente con la finalidad de tener una visión aérea y panorámica del paisaje en los alrededores del Cerro Otto —Bariloche—, que concluyó en un accidente con graves lesiones físicas. (22)

b. Casos contractuales en los que se ha admitido que existiera asunción del riesgo:

El caso más paradigmático, por no haberse establecido que existiera culpa alguna en la víctima, es el que ha resuelto el Juzgado Nacional Comercial N° 18, (23) o sea, que se trataría de una asunción del riesgo propia, constituida por haber aceptado participar en una carrera de motocicletas. Se trataba de un accidente ocurrido en una carrera de motocicletas que provoca daños a uno de los corredores, sin que se hubiera acreditado culpa suya en el manejo, pero en la cual queda sin acreditarse la causa concreta del accidente. No obstante ello, el Tribunal distribuyó el 50% de la responsabilidad en el equipo del cual formaba parte el accidentado y atribuyó el 50 % a la víctima, por su participación en la competencia riesgosa. La decisión recibió una crítica, rechazando el criterio de atribuir al hecho de la víctima esa proporción por el solo hecho de su participación como conductor, lo que entiende la autora que es un simple arbitrio para descargar de responsabilidad a los organizadores que obtenían los beneficios del espectáculo.

c. Casos extracontractuales en los que se ha admitido la asunción del riesgo:

La Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Nicolás, tuvo oportunidad de resolver un caso en que una persona que había ingresado en una plantación de frutales custodiada por personal de seguridad armado, había sido víctima de un disparo de arma de fuego por quien ejercía la guarda del predio. En el caso, la Cámara estableció una responsabilidad por el 20% de los daños invocados por el actor a la parte demandada y

atribuyó el 80 % restante a la víctima, sosteniendo el voto que hizo mayoría: "El conocimiento por parte del agredido de la existencia en el monte de duraznos de cuidadores armados que tiran con frecuencia —casi a diario— en la zona, convierte su incursión en su interior a la medianoche en una conducta teñida de grave imprudencia, a la par de la asunción voluntaria de un riesgo previsible, que contribuyó en grado sumo a la causación de su propio daño (arts. 1109 y 512, Cód. Civil). Al existir una participación causal de la propia víctima en la producción del daño, es que, en la medida de su contribución, debe eximirse parcialmente de responsabilidad a la parte demandada, ya que voluntariamente la misma parte dañada aceptó el riesgo cierto de ser baleado, facilitándolo"[\(24\)](#). Resulta fácil colegir —de su lectura— que la alusión a la asunción de riesgo es sobreabundante, después de haber concluido en que la conducta de la víctima revelaba una grave imprudencia.

En otra resolución, en la que un ciclista reclamaba los daños sufridos mientras circulaba por una autopista en infracción al art. 46 inc. b de la Ley Nacional de Tránsito 24.449 (Adla, LV-A, 327), se sostuvo "cierto... es que incurrió voluntariamente en una actitud peligrosa y de riesgo para su vida al ingresar en bicicleta a este tipo de vía"[\(25\)](#). La argumentación es también sobreabundante, ya que el Tribunal admitió que había una culpa probada de la víctima.

En igual sentido, se ha admitido la invocación de la asunción de riesgos en un caso en el que se había remitido un cheque por correo, el cual desapareció debido a una negligencia del ascensorista del edificio que dejó la correspondencia en un lugar sin seguridad alguna. Alguien sustrajo el cheque y lo cobró. Demandado el consorcio el Tribunal entendió que éste debía responder por el daño sufrido por el remitente, pero aminoró la responsabilidad del responsable, sosteniendo que existía culpa de la víctima ya era una conducta altamente riesgosa el envío de un cheque a la orden por correo. Se sostuvo que "El desarrollo de los efectos de una causa puede ser desviado o directamente suprimido por otra causa distinta y coexistente —concausa—. Con ello se relaciona la cuestión conocida doctrinariamente como "asunción de riesgos por el damnificado". La obligación resarcitoria a cargo del agente del daño puede ser modificada o desplazada cuando ha obrado como concausa de aquél una culpa de la víctima que lo ha llevado a exponerse a un riesgo anormal o extraordinario". [\(26\)](#) En el caso, la invocación de la asunción del riesgo se aplicó a la conducta de la víctima se la calificó de culposa atribuyéndole el carácter de concausa.

d. Casos extracontractuales en los que se ha descartado la asunción del riesgo.

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, [\(27\)](#) descartó que pudiera acogerse la imputación a la víctima de haber asumido el riesgo de la circunstancia de que los reclamantes se hubieran instalado en su propiedad cuando ya funcionaba un basural municipal que contaminaba el ambiente en el predio lindero, pues se trataría de un riesgo anormal y extraordinario, que no resultan asumibles aun para la doctrina que admite tal causa de eximición.

Asimismo, se rechazó la invocación, en el caso en que los accionantes habían sufrido lesiones al participar en juegos organizados por un programa de televisión, que presentaban una imagen inofensiva. [\(28\)](#)

Sin consideración a la órbita de la responsabilidad en que se ventilaba la cuestión, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, tuvo oportunidad de resolver un caso en el que el participante de una carrera automovilística amateur reclamaba los daños sufridos al embestir una motocicleta que había protagonizado un accidente ocurrido minutos antes, y que no fue señalizada por los banderilleros. [\(29\)](#) La Dra. Kemelmajer de Carlucci, que llevó la palabra en dicho decisorio, abordó con su habitual prolijidad el examen del caso, de la doctrina y jurisprudencia relativa a la asunción del riesgo, entendiendo que existía culpa probada de los organizadores y culpa de la víctima al participar de una carrera que sabía organizada sin un mínimo de garantías de seguridad. Descartó, no obstante, que la asunción del riesgo elimine el riesgo creado y se limitó a analizar el grado de incidencia causal de la culpa de la víctima, estimándolo en el 20%. Se advertirá que la solución es contrastante con la que hemos reseñado del Juzgado de Comercio N° 18 de la Capital Federal, [\(30\)](#) en el que sin culpa probada de la víctima, se le atribuyó el 50 % de la responsabilidad, en el cual se admitió con plenitud la eximente asunción del riesgo en sentido propio, o sea, sin reprochar la existencia de culpa.

III. Causa de exoneración o eximente de la responsabilidad extracontractual

Las eximentes de la responsabilidad constituyen supuestos en los que el factor de atribución está ausente o no se vincula causalmente con el daño sufrido. En la responsabilidad subjetiva la eximente es la no culpa o falta de culpa dentro del plano de la inculpabilidad o bien la causa ajena en el terreno de la incausalidad. [\(31\)](#)

En la responsabilidad objetiva, la eximente es la causa ajena, o sea, la ruptura del nexo causal entre el riesgo que se presume causa y el daño. Tal ruptura está constituida por el hecho de la víctima o de un tercero por el cual no deba responder el creador del riesgo o el caso fortuito ajeno a la cosa o la actividad.

a. Ámbito de la aceptación del riesgo. El ámbito en que se postula que la asunción del riesgo constituye una

causal de eximición es el de la responsabilidad por riesgo. (32) Se sostiene que la aceptación del riesgo es una causal autónoma de liberación del presunto responsable; que en aquellos casos en que la víctima ha aceptado libremente correr con los riesgos que supone la utilización de una cosa peligrosa, si pretende comprometer la responsabilidad del dueño o guardián, deberá probar su culpa resultando insuficiente la alegación de la responsabilidad objetiva. (33)

Otro sector, la extiende a los supuestos de culpa presumida; se la excluye, en cambio, —por innecesaria— en la responsabilidad subjetiva por culpa probada. (34) Es de toda evidencia que la asunción del riesgo es irrelevante en el campo de la responsabilidad subjetiva por culpa probada, ya que no se puede asumir como un riesgo el comportamiento culposo del victimario, porque —como ya hemos dicho— se coincide en que los riesgos genéricos no son asumibles y no convocan a la teoría mencionada.

Tampoco muestra eficacia en el ámbito de la responsabilidad subjetiva por culpa presumida, pues en estos casos no hay riesgo específico que asumir. De existir alguno, sería el genérico: que responsable podría obrar con culpa. Cuando la culpa está presumida la responsabilidad no deja de ser subjetiva, sólo que en ese caso se presume el factor de atribución, pero no la relación causal, cuya prueba queda a cargo de la víctima. Por lo tanto, el agente —de quien se presume la culpa— podrá probar su falta de culpa o la ausencia del nexo causal, y se liberaría, sin que sea necesario que aporte la prueba de la conducta de la víctima.

Ello así, sólo cabe el estudio de la causal de eximición en el ámbito de la responsabilidad por riesgo. En él, sólo puede ser eximente rompiendo el nexo causal entre el riesgo y el daño causado, dado que la responsabilidad objetiva asienta sobre esa relación y que la voluntad del creador o controlador del riesgo es indiferente o irrelevante. La aceptación de la asunción del riesgo supone —entonces— que ella opera cortando el nexo causal o concurriendo causalmente en el vínculo entre el riesgo creado o beneficio y el daño que ha sufrido la víctima.

b. ¿Puede sostenerse que la eximente es autónoma? En el campo de la responsabilidad objetiva, es evidente que la causal eximente del 'hecho de la víctima' comprende a la asunción del riesgo, pues si el hecho de la víctima comprende todos los supuestos en que la conducta de la víctima rompe la vinculación entre ella y el daño, y la asunción del riesgo rompe tal nexo, ella está comprendida en el concepto de 'hecho de la víctima'.

Ahora bien, en la doctrina argentina —hoy— existe prácticamente unanimidad que la causal eximitoria de responsabilidad enunciada en la norma del art. 1113, segundo párrafo, segunda parte del Cód. Civil, como "la culpa de la víctima", debe ser interpretada en el sentido de "hecho de la víctima" comprensivo del hecho culposo o no culposo causalmente relevante en la producción del daño. (35)

Ello así, puede concluirse sosteniendo que la asunción del riesgo por parte de la víctima es un supuesto comprendido en el 'hecho de la víctima', cuando esa asunción ha sido causalmente relevante o causa exclusiva del daño. Pero también es cierto —precisamente por ello— que en el Derecho Argentino se trata de una noción absolutamente innecesaria y carente de autonomía, al estar comprendida en el 'hecho de la víctima'.

La falta de claridad de los perfiles del instituto nos lleva a negar la utilidad de la noción de asunción del riesgo, negando —también— su pretendido carácter autónomo. Sostener la autonomía de una eximente comprendida en la noción de 'hecho de la víctima' importa una contradicción 'in terminis', pues si la pretendida eximente está comprendida en otra, no puede sostenerse su autonomía.

c. La finalidad de la teoría. Tampoco puede prescindirse de que en base a la admisión de la aceptación del riesgo se pretende, a veces, invertir la carga de la prueba, y otras, dejar de lado el factor de atribución objetivo para volver al régimen de la culpa, por lo que es fácil advertir que encierra un repudio a dicho régimen y consecuentemente eliminar o reducir el debido resarcimiento de la víctima, con sustento en los factores objetivos de la responsabilidad. Bien ha dicho el maestro Bueres que se trata de una teoría que trata de atenuar el ámbito de influencia del riesgo y de propiciar su excepcionalidad, en un afán subjetivista de exaltar la culpa erigiéndola en regla y en válvula de cierre del sistema. (36) No se trata de imputar intenciones, ya que los sostenedores de la asunción del riesgo, con absoluta honestidad intelectual, confiesan su insatisfacción con lo que entiende es la 'dureza' de la imputación objetiva. (37)

No cabe poner en duda que la justicia de las soluciones es una aspiración generalizada de los operadores jurídicos —sostengan o no la cuestionada teoría—, el problema es si ella es necesaria para lograr dicha justicia o si existen otros instrumentos, con una mayor precisión en su perfil, que pueden satisfacerla. Y en tal sentido, nos parece que la relación causal cumple más acabadamente y con mayor precisión la función que se pretende atribuir a la teoría de la asunción del riesgo.

Lo cierto es que conocer un riesgo no importa aceptarlo, ni someterse mansamente a él, renunciando a las posibilidades de efectuar el reclamo indemnizatorio. (38) Pero aun si, por hipótesis, se admite que el

damnificado ha aceptado la eventualidad del daño, sería necesario indagar si esa actitud es apta desde el punto de vista causal para constituirse en el hecho de la víctima. Si la conclusión fuese afirmativa, por esa sola razón y no por la aducida aceptación de riesgos corresponderá eliminar o reducir el importe indemnizatorio. (39)

d. La asunción del riesgo y la culpa de quien está a cargo del riesgo. Hemos sostenido que la teoría de la aceptación o asunción de los riesgos es ajena al ámbito de la responsabilidad subjetiva —esté o no presumida la culpa—, por lo tanto la alusión a ella en ese ámbito es igualmente innecesaria y carente de toda relevancia. De allí que coincidamos con el criterio que sostiene que la pretendida asunción del riesgo no resulta invocable para enervar los efectos de la culpa de aquél que tiene a su cargo el control del riesgo. (40) Por ello, el organizador de un espectáculo o competencia o el dueño o guardián cuya culpa ha sido probada no puede invocar la asunción del riesgo por parte del participante o del espectador.

e. El criterio de los tribunales. Es cierto que en los algunos fallos de diversos tribunales se sostiene el argumento de la asunción del riesgo por parte de la víctima. Sin embargo, no puede dejarse de señalar que en la mayoría de los casos se hace concurrentemente con algún reproche a la conducta de la víctima. Por lo demás, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su actual composición, ha descartado su autonomía como causa eximente y así ha sostenido, ante la invocación por parte del responsable de la asunción del riesgo por parte de la víctima: "Tal argumento no es atendible, toda vez que la aceptación del riesgo no es por sí misma una causa de exoneración si no se demuestra una falta de la víctima". (41)

f. Conclusiones: En relación a su pretendida relación con los factores de atribución, las consideraciones que anteceden nos llevan a concluir:

a. La teoría de la aceptación del riesgo sólo puede ser estudiada en relación al factor de atribución riesgo creado, es ajena al ámbito de la culpa probada y presumida.

b. La aceptación del riesgo por parte de la víctima no constituye una causal de eximición de la responsabilidad autónoma, sino que está comprendida dentro del 'hecho de la víctima', siempre que reúna los requisitos propios de tal eximente.

c. La asunción del riesgo por la víctima no exime de las consecuencias de la culpa de aquél que controla el riesgo.

IV. Causa de justificación

Las causas de justificación son excepciones a la excepción que constituye la ilicitud. En efecto, tal como se ha sostenido: el principio es la libertad; la ilicitud es una excepción a ese principio general y regla constitucional que es el de la libertad. El ordenamiento jurídico es el que veda determinadas conductas. Por lo tanto, la excepción al principio de la libertad es la ilicitud, establecida por la contrariedad de la conducta a lo querido por el Derecho. (42) La excepción a esa excepción (la ilicitud), es la causa de justificación. De allí que ellas no necesitan una previsión expresa, pues al ser una excepción a la excepción, devuelve al principio, que es el que tiene fuerza expansiva.

De tal modo que el sólo hecho de que no tenga una previsión legal expresa y específica que la contemple como una causa de justificación —excluyente de la antijuridicidad de la conducta o la injusticia del daño sufrido— no implica que por ello no pueda serlo, si ella surgiera del contexto sistemático o del espíritu de la legislación.

La ocurrencia de un daño hace presumir la antijuridicidad de la conducta —cuando ella existe— o la situación que lo ha causado; de modo tal, que establecida la causa del daño, es necesaria la verificación de la existencia de una causal de justificación que vuelva el daño que, en principio, es injusto en daño justificado. Dicho de otra manera, el daño se presume injusto, salvo que concurra una causa de justificación que lo revele como justificado. Se entiende por daño justificado el que se encuentra al amparo de una causa de justificación, y que, por ello, no es indemnizable, sea que encuentra su causa en un hecho fortuito en relación a su autor o al responsable presunto o sea que es justo que lo soporte la víctima porque ella ha sido quien lo ha provocado.

De allí se deduce que aquél de cuya esfera ha partido la fuerza dañadora —sea por su autoría o porque provenga de una cosa suya o bajo su guarda o de una actividad riesgosa— deba demostrar que el daño se ha producido en forma justificada, con la concurrencia alguna causa de justificación. Si así fuera, habrá que establecer si se trata de un supuesto excepcional de responsabilidad por acto lícito, en cuyo caso aun concurriendo la justificación podrá existir responsabilidad, como ocurre con el daño causado en estado de necesidad. (43)

a. ¿La asunción del riesgo es una causa de justificación? La respuesta es, en principio, negativa: asumir el riesgo no es asumir el daño. Creemos que existe un salto lógico en el razonamiento de quienes sostienen que la asunción del riesgo implica la asunción del daño, pues riesgo y daño no son conceptos iguales. (44)

El riesgo es la proximidad del daño, pero no se confunde con él. Asumir el riesgo no implica asumir el daño. Correr un riesgo no es igual a sufrir un perjuicio, someterse a la posibilidad de sufrir un daño no es lo mismo que consentir sufrir un daño. La diferencia ha sido destacada por los Dres. Trigo Represas y López Mesa cuando señalan: "la diferencia esencial entre la aceptación de riesgo y el consentimiento de la víctima o perjudicado radica en que en la asunción de riesgo no existe una aceptación de un daño actual". (45) Parece evidente que aceptar un riesgo, que eventualmente puede actualizarse en daño, no es lo mismo que consentir el daño, pues riesgo no es daño.

El daño es la lesión, el menoscabo, el detrimento. El riesgo es la posibilidad de lesión, menoscabo o detrimento. No creemos que quien enfrenta o afronta un riesgo asuma el daño, porque el riesgo es la eventualidad de un daño y no el daño mismo. El agente puede afrontar el riesgo sin querer el daño.

La diferencia no es poco trascendente, desde que a quien comete un delito doloso pero obtiene el resultado más grave que el querido —en forma preterintencional— no se lo castiga con la pena del delito mayor, sino que sólo es una agravante del delito que intentaba cometer. Explicaba Carrara que sería inicu imputar como dolosa la consecuencia culposa. (46) Si al autor de delito, que se encuentra en el campo del dolo —intención dañina— se lo trata más benignamente cuando consigue un resultado que no estaba dentro de su intención, no sería lógico que a la víctima cuya intención es sólo someterse al riesgo se le tenga por consentido el daño, que no quiso sufrir. Este argumento, de tipo axiológico, sólo se sostiene a los efectos de que se advierta que los delitos preterintencionales son demostrativos de que se puede querer algo —como correr el riesgo—, mas no querer la consecuencia —sufrir el daño—, que no se sigue necesariamente de lo querido, como es la eventualidad de que el daño se concrete.

La realidad es que regularmente —lo que sucede según el curso natural y ordinario de las cosas— el agente 'corre el riesgo' porque espera que quien tiene a su cargo a ese riesgo lo controla, de modo tal que espera que el daño no se concrete.

El daño no se vuelve justo, porque la víctima se haya arriesgado a sufrirlo, sino cuando ha consentido sufrirlo. En tal sentido, ha dicho Mosset Iturraspe que la teoría de la asunción del riesgo tiene como punto de partida "una ficción o mentira jurídica". Y destaca "la víctima está convencida de quien crea los riesgos previene sus consecuencias y ha tomado las medidas conducentes a su evitación y tiene para ello razones poderosas"(47).

b. Asunción del riesgo y renuncia del derecho indemnizatorio. Pretender que quien asume el riesgo renuncia a la indemnización del daño que pueda sufrir por la actualización del riesgo en daño concreto, importa infringir el art. 871 C.Civ., en virtud del cual la intención de renunciar no se presume, y la interpretación de los actos que induzca a probarla debe ser restrictiva.

Ello no impide que el Legislador pueda —en casos determinados— disponer que la asunción del riesgo importe una renuncia legalmente presumida al crédito resarcitorio, como sucede en los supuestos de los arts. 2106 y 2170, que analizamos infra. (48)

c. En el ámbito deportivo y los juegos de feria o asimilados. La negativa inicial a considerar la asunción del riesgo como causal de justificación general no impide que, en determinados sectores marginales, pueda cumplir tal función. Es lo que ocurre en ámbito deportivo en los que el participante admite jugar sabiendo que ello necesariamente —o con una muy alta probabilidad— ha de sufrir ciertos daños que son connaturales al deporte, en virtud del contacto físico que suponen de acuerdo a sus reglas del juego u otra circunstancia propia del alea de la práctica. Ello se advierte con meridiana claridad en el box, en los que no puede considerarse que el golpe que recibe la víctima de su contrincante sea una conducta ilícita o que las consecuencias de ese golpe constituya un daño injusto, que no haya sido asumido por la víctima. Es que en tales casos puede hablarse de una situación equivalente al consentimiento del damnificado, aunque el daño no sea actual, pues no se concibe la participación en el juego sin consentir anticipadamente el daño que es consecuencia del golpe lícito de acuerdo a las reglas de juego y siempre que no mediara abuso del derecho (que algunos autores señalan como exceso), dolo o culpa. Obviamente, que lo mismo sucede en el resto de los deportes en la medida que el daño sufrido sea el propio del alea del deporte en cuestión.

d. Su inadmisibilidad en el ámbito de los actos de abnegación. La problemática que venimos analizando se relaciona también con los llamados los actos de abnegación o altruismo. Son aquellos actos que ejecuta una persona que, habiendo sido ajena a la creación del peligro a que está expuesta otra y en ausencia de toda obligación jurídica, acepta deliberadamente sacrificarse espontáneamente exponiendo su integridad física para prestar el auxilio. (49)

Hay quienes sostienen que si el salvador sufre un daño en tal circunstancia, ha asumido un riesgo y, por lo tanto, no tendría derecho a ser indemnizado por la persona socorrida y/o quien le solicitó el auxilio. Otros

invocan al mismo fin de limitar el derecho al resarcimiento, la culpa de la víctima (art. 1111 C. Civil). La mayor parte de la doctrina descarta la posibilidad de que se entienda que el acto solidario pueda ser considerado 'culpa de la víctima'. (50) En la jurisprudencia, el leading case ha sido el caso resuelto por la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, "Oliva de Palomeque c. Rolandi" (51) en el que se descartó que pudiera juzgarse la existencia de concurrencia de culpa en el acto abnegado.

Creemos que es inadmisibles la equiparación del acto de abnegación al hecho de la víctima interruptor del nexo causal, pues el acto de solidaridad que importa exponerse a un peligro para salvar la situación amenazante que sufre otro es "el acto más sublime que de un hombre se puede esperar" (52).

Por lo tanto, hace inaudible la invocación de la asunción del riesgo por parte de quien recibiera el auxilio. Por supuesto, siempre que se hubieren respetado los recaudos que hacen procedente la indemnización al salvador, o sea, la proporcionalidad entre el hecho realizado y el daño que se intentaba evitar y la finalidad altruista del acto. (53)

V. La asunción del riesgo en ámbito contractual.

a. Previsiones legales que pueden reconocer inspiración en la asunción del riesgo. En el ámbito contractual hay algunos supuestos en los que la ley presume que ha existido una voluntad dirigida a asumir el riesgo y, además, el daño, si es que aquél se actualiza y concreta. Es la inspiración que reconocen los arts. 2106 y 2170 del Código Civil, en cuanto disponen: "Cuando el adquirente de cualquier modo conocía el peligro de la evicción antes de la adquisición, nada puede reclamar del enajenante por los efectos de la evicción que suceda, a no ser que ésta hubiere sido expresamente convenida" y "El enajenante está también libre de la responsabilidad de los vicios redhibitorios, si el adquirente los conocía o debía conocerlos por su profesión u oficio", respectivamente.

Según tales disposiciones el adquirente no puede reclamar por la evicción si conoce o debía conocer el peligro de ella o por los vicios redhibitorios si los conocía o debía conocerlos por su profesión. De modo tal que el conocimiento del peligro o de los vicios, obsta a que pueda hacer efectiva la responsabilidad del enajenante por evicción. (54)

b. Origen de la teoría de la asunción del riesgo y su similar función a la de las cláusulas de limitación o exoneración de la responsabilidad. No puede olvidarse que la construcción de la teoría de la asunción del riesgo proviene del ámbito contractual y que ha venido a ser considerada en el ámbito extracontractual a través de las argumentaciones contenidas en las sentencias (55). La circunstancia de que provenga del ámbito contractual la vincula —de alguna manera— con las cláusulas de dispensa de la responsabilidad —como lo admitía Esmein—, (56) ya que es normal que en ese ámbito las partes distribuyan los riesgos del contrato según su voluntad, a consecuencia de una negociación; (57) en esa hipótesis, no es extraño que la asunción del riesgo excluya el deber de responder. La base que le confiere juridicidad es la autonomía de la voluntad, y en la medida que ellas son admisibles. Se acepte o no su vinculación con tales cláusulas, lo indudable es que tienen en común la finalidad de que no responda quien tiene a su cargo el riesgo implicado.

c. Inadmisibilidad en el ámbito de los derechos indisponibles. De lo dicho puede deducirse con facilidad que sólo será válida en la medida que se trate de derechos que pueden ser objeto de negociación y que exista una indudable voluntad de asumirlos. En tal sentido, algunos autores señalan que la aceptación del riesgo importa un acto de disposición. (58)

Por lo tanto, quedan excluidos los derechos indisponibles, como la vida, la salud, la integridad corporal (59) que no pueden ser objeto de negociación privada, a tenor de lo dispuesto por el art. 21 del Cód. Civ. Arg. (60)

En síntesis, de aceptarse la figura de la asunción del riesgo en el ámbito contractual, solo podría aplicarse con criterio restrictivo, ya que el objeto del contrato no puede ser contrario a la moral y a las buenas costumbres (arts. 21, 953, 1167 del Cód. Civil), y porque al ser una convención —expresa o tácita— que limita o dispensa la responsabilidad sólo puede ser admitida en los contratos discrecionales, y no en los predispuestos. (61)

En este orden de ideas, con un criterio también restrictivo, algunos autores le reconocen alguna operatividad como límite cualitativo y cuantitativo de la obligación de seguridad, con sustento en la garantía. Ello sucedería en los contratos en los que la prestación es estadísticamente riesgosa, ya sea por su naturaleza o por la forma de realización, como sucede en las prestaciones de los profesionales de la salud. Estos autores sólo aceptan la asunción de riesgos en los contratos caracterizados por prestaciones estadísticamente riesgosas por parte del deudor, sea por su naturaleza o por la forma de realización. Debería tratarse de un daño derivado de una prestación no defectuosamente ejecutada, estadísticamente previsible, conforme al curso normal y ordinario de las cosas, al haberse generado aun mediando una prestación del deudor desarrollada de acuerdo con el plan preconcebido. En todos los casos, sería indispensable el consentimiento informado y documentado del acreedor

damnificado. (62)

Dentro de esta línea de pensamiento, se sostiene que habrá asunción del riesgo por la víctima, cuando el daño venga generado por uno de los riesgos específicos de la actividad y por ello previsible ab initio, ya que pueden acaecer normalmente, aun mediando una prestación adecuada por parte del prestador. Concluyen, que habrá asunción de riesgos cuando se produzcan los daños estadísticamente previsible por su frecuencia de producción. Así por ejemplo, en la actividad de rafting, caer al agua y sufrir un golpe con alguna roca existente en el cauce del río, sufrir picaduras de insectos, raspones, alguna fractura en partes del cuerpo en la actividad de 'traiking' o escalamiento por terrenos con dificultades geográficas (turismo aventura). Para que esta asunción de riesgo posea eficacia, resulta necesario que la víctima del accidente haya consentido de manera expresa y documentada tales riesgos o peligros, luego que el prestador haya cumplimentado acabadamente el deber de información. (63) Al respecto, cabe recordar que las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil recomendaron que "El consentimiento informado es requisito previo e ineludible en actos que involucren la disposición del propio cuerpo, con las excepciones legisladas". (64)

El análisis de los casos jurisprudenciales que hemos formulado supra revela que, en general, cuando se ha invocado la doctrina de la aceptación del riesgo, no hay —en verdad— tal aceptación, sino que en ellos había una actividad lícita y, consecuentemente, los riesgos propios quedan absorbidos por la licitud de ella y no por el consentimiento de la víctima. (65)

En virtud de lo expuesto, creemos que la figura de la aceptación de los riesgos, salvo cuando constituye una causal de justificación en los ámbitos particulares del derecho deportivo y los juegos de feria o asimilables, encierra una imprecisión que puede llevar a más confusiones que esclarecimientos, pues a través de otros institutos, como el estado de necesidad, el ejercicio regular de un derecho, las causas de inculpabilidad, el hecho de la víctima, las cláusulas limitativas de responsabilidad de responsabilidad puede llegarse a las mismas soluciones, sin necesidad de abrir la puertas a esta figura extremadamente riesgosa y sin sustento normativo ni lógico. (66)

d. ¿Es admisible en el Derecho del Consumo? Si la cuestión es controvertida desde la óptica del derecho común de la responsabilidad, debe ser cuidadosamente analizada en el plano del derecho del consumo, teniendo en cuenta las particularidades que determina la finalidad tuitiva de este subsistema. (67)

En primer lugar, no hay que olvidar que en el régimen de protección al consumidor, se rechazó la norma del derecho común que se inspira en una presunción de asunción del daño por el conocimiento real o debido de acuerdo a su profesión u oficio de los vicios redhibitorios. En efecto, el art. 18 de la L. 24.240 (Adla, LIII-D, 4125) veda la oposición al consumidor de tal conocimiento para excluir o aminorar la indemnización.

Por otro lado, la ley prevé en forma expresa el derecho a la salud e integridad del consumidor —art. 5 L.D.C.—, consagrando una obligación de seguridad que nos lleva a la responsabilidad objetiva (68) —incluso para los casos de cosas o servicios riesgosos, art. 6 L.D.C.— por lo que en ese campo la exigente es el 'hecho de la víctima', en el que queda subsumida la aceptación del riesgo, sin que sea preciso acudir a ella. De todos modos, creemos que en el juzgamiento de la conducta del consumidor a los fines de configurarlo debe tenerse particularmente en cuenta el requisito de que la conducta de la víctima no debe estar determinada por la conducta del presunto responsable. En ese aspecto, ha de considerarse especialmente los efectos de la publicidad del servicio o del producto y el acabado cumplimiento de los deberes de información a través de las instrucciones que brinde el proveedor, que pueden influir sobre la utilización, provocadora del daño, que hubiere hecho el consumidor. (69)

VI. Conclusiones.

a. La teoría de la aceptación del riesgo sólo puede ser estudiada en relación a la responsabilidad objetiva (especialmente en el ámbito del riesgo creado).

b. La asunción de riesgos no tiene relevancia en el ámbito de la responsabilidad por culpa probada ni presumida.

c. Se entiende por asunción del riesgo por parte de la víctima la conducta voluntaria llevada a cabo por ésta —sin que concurra culpa— por la que participa de un hecho o una actividad riesgosa.

d. La asunción del riesgo no es una causal exigente de la responsabilidad de carácter autónoma. Para tener relevancia, eximiendo total o parcialmente de la responsabilidad a quien tiene el deber de controlar el riesgo, debe constituir 'hecho de la víctima', reuniendo los requisitos propios de éste.

e. No hay asunción de los riesgos genéricos de la vida en sociedad, sino únicamente, de los riesgos específicos de ciertas actividades.

f. No hay asunción del riesgo, con efectos total o parcialmente liberatorios, cuando la víctima está obligada en razón de su desempeño laboral o participa en un acto de abnegación.

g. La asunción del riesgo por la víctima no exime de la responsabilidad por las consecuencias de la culpa de aquél que controla el riesgo.

h. La asunción del riesgo es una causal de justificación que opera en las actividades peligrosas que encierran un riesgo específico, como en los deportes y juegos de feria o asimilables.

i. Asumir el riesgo no implica normalmente asumir el daño, por lo que debe distinguirse la figura de la asunción del riesgo del consentimiento de la víctima, salvo cuando el consentimiento en la participación del ámbito de peligro conlleve necesariamente o con altísima probabilidad el daño, como sucede cuando opera como causa de justificación en relación al alea propio de la actividad dañosa.

j. La asunción del riesgo específico no justifica el sacrificio de derechos indisponibles, como la vida, la salud y la integridad física.

k. En el ámbito contractual, la asunción voluntaria del riesgo opera como una causa de justificación de los daños específicos en los contratos discrecionales o negociados, siempre que haya existido un consentimiento informado y se trate de derechos disponibles.

l. En el Código Civil, en el arts. 2106 y 2170 (evicción y vicios redhibitorios), se presume que ha existido una voluntad dirigida a asumir el riesgo y, además, el daño, si es que aquél se actualiza y concreta.

m. La norma del art. 2170 está excluida del derecho del consumo (art. 18 ley 24.240), de modo que no tiene aplicación en subsistemas tuitivos.

n. En el derecho del consumo, en virtud de la obligación de seguridad que consagran los artículos 5 y 6 de la L.D.C., no puede recibir aplicación la pretendida eximente 'asunción del riesgo'.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci, A. R. en S.C.J. Mza., sala I, febrero 27-2006, autos "Molina, Hugo en J. 'Molina, Hugo c. Consejo Municipal de Deportes y otros p/Ordinario' s/INC-CAS", RCyS, 2006-1367, con citas de GIRARDIN, Charles "Sports: application de la théorie de la l'acceptation des risques" en La Semaine Juridique N° 46, p. 2073 y CORDERIER, Emmanuel "Un arbitrage sans concession a la Court de Cassation: l'acceptation des risques en butte a une exclusion définitive des terrains de sports" Dalloz, t. 2003, N° 8 p. 519. El fallo también fue publicado en LLGran Cuyo, 2007-28, con remisión a La Ley Online para su consulta íntegra, con nota aprobatoria de la Dra. Celia WEINGARTEN "Los espectáculos deportivos y la asunción del riesgo".

(2) ORGAZ, Alfredo "La culpa (actos ilícitos)", Córdoba, Lerner, 1970, p. 241 y ss., N° 99; MAZEAUD, H. Y L.-TUNC, A., "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil" Bs. As., EJE, 1963, trad. de la 5ª Ed. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, t. II-2, p. 78.

(3) MAZINGHI, Jorge Adolfo (h.) "Responsabilidad objetiva: uso de la cosa contra la voluntad del dueño y asunción del riesgo", en LA LEY, 1995-E, 205 y ss. y en TRIGO REPRESAS, F. A. (Director) "Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales", Bs. As., LA LEY, 2007, t. II p. 1125; MEDINA ALCOZ, María "La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos", Madrid, Dykinson, 2004, p. 50 y ss., al señalar: "La asunción por parte de la víctima del riesgo creado por otro sujeto constituye una circunstancia relevante, porque en unos casos, afecta la imputación, en la medida en que opera como factor de exoneración del supuesto agente dañoso (falta de imputación, por atribuirse el daño al comportamiento de la víctima, y, en otros, afirmada la responsabilidad civil, sirve para reducir su extensión cuantitativa (supuestos de imputación concomitante)".

(4) KRAUT, Alfredo J. "La culpa de la víctima como eximente en la responsabilidad objetiva", J.A. t. 1989-III p. 873, especialmente ap. 5) del cap. I; ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde "Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones el derecho de daños", Bs. As., Hammurabi, 1999, p. 288, N° 39 IV; LLAMBIAS, J. J. "Tratado de Derecho Civil", Bs. As., Perrot, 1977, Obligaciones t. III p. 719, N° 2289; BORDA, Guillermo A. actualizado por Alejandro BORDA "Tratado de Derecho Civil", Bs. As., LA LEY, 2008, Obligaciones t. II p. 282, N° 1368, que lo trata dentro del tema de la culpa de la víctima. ALTERINI, Atilio, A., AMEAL, Oscar J., LOPEZ CABANA, Roberto, "Derecho de Obligaciones. Civiles y Comerciales", Bs. As., Abeledo Perrot, 2008, 4ª ed., p. 208/209, N° 451, señalan "hay cierta dosis de culpa de parte del aceptante del riesgo" y remiten a la concurrencia de culpas. MINYERSKY, Nelly — LLAMBOIS, Susana en "Responsabilidad por transmisión de enfermedades sexuales" en AMEAL, Oscar J. (Dir.)-TANZI, Silvia Y. (Coord.) "Daños a las personas" sostienen "La asunción del riesgo no libera de responsabilidad al agente sino cuando se acredite que configura

una culpa por parte de la víctima" Lexis 1013/003199. Ciertamente, coincidimos con la solución propugnada en el ámbito de la transmisión de enfermedades, por dos razones: la aceptación de riesgos no funciona como eximente en el ámbito de la responsabilidad subjetiva y por el carácter indisponible de los derechos en juego, según se sostiene infra.

(5) PIZARRO, R. Daniel "Causalidad adecuada y factores extraños" en TRIGO REPRESAS, F. A.-STIGLITZ, R. S. "Derecho de Daños", Bs. As., La Rocca, 1989, p. 269 y "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa", Bs. As., LA LEY, 2006, t. I, p. 261; MULLER, Enrique C. "La aceptación o asunción del riesgo o peligro como eximente. Supuestos discutidos. El turismo aventura. Las prácticas deportivas. Otras hipótesis" Rev. de Daños, t. 2006-2, p. 129, especialmente en cap. 6; de TRAZEGNIES, Fernando "La responsabilidad extracontractual", Lima, 1988, Fondo Editorial Pontificia Univ. Católica del Perú, t. I p. 125, N° 125; MARTINEZ RAVE, Gilberto "Responsabilidad civil extracontractual", Sta. Fe de Bogotá, Temis, 1998, p. 141, según surge de su metodología.(6) BUSTAMANTE ALSINA, J. "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1987, p. 141 y ss., quien trata la cuestión dentro del consentimiento tácito del damnificado, N° 305 y ss.; BARROS BOURIE, Enrique "Tratado de la responsabilidad extracontractual", Sgo. de Chile, Jur. de Chile, 2006, p. 137, N° 81.

(7) BUSTAMANTE ALSINA, "Teoría General..." cit., p. 143; ORGAZ, Alfredo, "La culpa (actos ilícitos)", Bs. As., Lerner, 1970, p. 242, expresa que hay riesgos en sentido impropio, cuando una persona asume el peligro del que nadie es particularmente responsable (bajar de un vehículo en movimiento, cruzar una calle o camino de tránsito rápido, asomarse a la calle desde una construcción elevada). En todos esos casos dice el autor el accidente que puede ocurrir se debe exclusivamente al hecho de la víctima, sin que pueda imputarse el daño a otros sujetos. ALTERINI, Atilio, A., AMEAL, Oscar J., LOPEZ CABANA, Roberto, "Derecho de Obligaciones. Civiles y Comerciales" cit., ps. 208/209, N° 451. destacan que siguen a Orgaz, aunque la explican en forma diferente. Resaltan que hay aceptación impropia de los riesgos cuando una persona asume el peligro del que nadie es particularmente responsable, por ejemplo una operación de cirugía (corriente), un jugador de rugby que sufre una lesión, señalan que en ambos casos se trata de riesgos impropios y no configuran culpa de quién se somete o participa. Asimismo los autores citados afirman que hay aceptación propia de los riesgos cuando "la víctima asume el riesgo inherente a la cosa o a la actividad ajena que le produce el daño" (v.gr. quién se presta a la realización de una operación quirúrgica innecesaria y peligrosa o sube a un automóvil conducido por un ebrio o utiliza una escalera ajena que está manifiestamente deteriorada). En tales casos sostienen que hay una culpa del aceptante del riesgo, que excluye o disminuye su derecho a indemnización. En síntesis esta postura importa quitar relevancia a la llamada aceptación de riesgos. MOSSET ITURRASPE, Jorge "La aceptación de los riesgos. Retroceso en la responsabilidad civil por actos ilícitos", LA LEY, 1978-D, 1067 y ss., distingue los riesgos normales que existen por el mero hecho de vivir (cruce de calles avenidas, concurrencia a espectáculos deportivos, viaje en transporte público, etc.). Por otro hay riesgos anormales (acompañar a un automovilista en una prueba de velocidad, disputar un asalto de esgrima sin careta protectora, etc.), y entiende que en estos riesgos anormales, en rigor, es la culpa de la víctima la que puede incidir en la supresión o morigeración del daño.

(8) MAYO, Jorge A., "La denominada aceptación..." cit., LLC, 2005-489, comentando el fallo: TS Córdoba, Sala Penal, 2004/10/22, "Bustos Moyano, Juan M. s/Recurso de Casación".

(9) En ese sentido se orienta la jurisprudencia del anglosajón. Véase de PAUL VELASCO, José Manuel "La asunción voluntaria del riesgo. La asunción voluntaria del riesgo por la víctima como factor de reducción en el ámbito de la responsabilidad civil automovilística, con especial referencia a la omisión de medidas preceptivas de seguridad pasiva" en http://www.la-plaza.com/vdc/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=154.

(10) MEDINA ALCOZ, María "La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos" cit., p. 76 y ss. Conf. voto del Dr. Hitters en S.C.J. Bs. As., febrero 25-2009, "S., M. A. y ot. c. Municipalidad de Pergamino" La Ley Online, en el que afirma: "ya que —obviamente— de constatarse que el damnificado se sometió voluntaria e imprudentemente a un peligro cierto (...), lo que se verificaría es un caso de ruptura del nexo causal por el hecho de la víctima, sin que sea necesario remitir a una noción como la que venimos analizando".

(11) Conf. PEIRANO FACIO, Jorge "Responsabilidad extracontractual", Bogotá, Temis, 1979, p. 429, N° 244.

(12) ARAYA JASMA, Fernando "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", Santiago de Chile, LexisNexis, 2003, p. 141, N° 8.5.2, evocando el criterio de ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo "De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Chileno", Santiago, Universitaria, 1943, N° 481; DIEZ SCHWERTER, José Luis "El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina", Santiago, Ed. Jurídica de Chile,

2002, p. 228/229, N° 2.7.3.2.

(13) de PAUL VELASCO, José Manuel "La asunción voluntaria..." cit. http://www.la-plaza.com/vdc/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=154, quien considera que constituye una figura intermedia entre el simple conocimiento del riesgo y el consentimiento en el resultado.

(14) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "Teoría general..." cit., 1980, 3ª ed., p. 141, N° 306 y siguientes.

(15) T.S.J. Córdoba, sala penal, octubre 22-2004 "Bustos Moyano, Juan M. s/rec. de casación" con nota de Jorge A. MAYO "La denominada aceptación..." cit., LLC, 2005-491.

(16) MEDINA ALCOZ, María "La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos", cit., p. 29.

(17) Nuestro más Alto Tribunal ha descartado que el vuelo en 'parapente' con un instructor sea un supuesto de asunción del riesgo por parte de la víctima, sosteniendo que "la aceptación del riesgo no es por sí misma una causa de exoneración si no se demuestra una falta de la víctima" (C.S.J.N., mayo 30-2006 "Cohen, Eliazar c. Río Negro, Provincia de y otros", considerando 8° compartido por todos los integrantes del Tribunal, Fallos, 329:2008).

(18) C.Nac.Civ., sala B, diciembre 29-2005 "Canterino, Gabriela B. c. Indoor Kart S.A." RCyS, 2006-1353.

(19) T.S.J. Córdoba, sala penal, octubre 22-2004 "Bustos Moyano, Juan M. s/rec. de casación" con nota de Jorge A. Mayo "La denominada aceptación..." cit., LLC, 2005-491.

(20) El caso del transporte benévolo es supuesto en que no hay acuerdo acerca de su encuadre en la responsabilidad contractual o extracontractual, véase al respecto KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R. "Nuevamente sobre los daños causados en el llamado transporte benévolo" en Rev. Derecho de Daños, t. 7-Daños en el transporte, p. 37.

(21) Trib. cit., abril 30-1996, "Tettamanti, Raúl O. y otros c. Baccino, Orlando A. y otros" LA LEY, 1996-D 274 y DJ, 1996-2-198.

(22) S.C.J.N., mayo 30-2006 "Cohen, Eliazar c. Río Negro, Provincia de y ots." Fallos, 329:2008, la víctima sufrió una paraplejía flácida anefléxica hiptóica con compromiso esfinteriano.

(23) Trib. cit., agosto 17-2000, "Bozonic, Sergio A c. Co.De.Co.Za y ots." J.A., 2001-III-543, con nota crítica de la Dra. Celia WEINGARTEN "Accidentes deportivos. Integración horizontal de empresas y beneficio mutuos. Responsabilidad solidaria: grupos económicos accidentales" en p. 549.

(24) Trib. cit., julio 8-2003 "Reynoso, Walter R. c. Salas, Rubén A. y otros" LLBA, 2004-452.

(25) C.Nac.Civ., sala B, febrero 5-2002 "Rodríguez, Esteban Manuel c. Alarcon, Darío David" La Ley Online.

(26) C.Nac.Civ., sala E, febrero 23-1981 "Facya, S. A. c. Moray, Alfonso y otros" LA LEY, 1981-C, 313.

(27) Trib. cit, febrero 25-2009 "S., M. A. y otro c. Municipalidad de Pergamino" RCyS, 2009-VI, 88 — LLBA, 2009 (junio), 515.

(28) C.Nac.Civ., sala B, mayo 9-2007 "Giandoménico, Juan C. y ots. c. Telearte S.A., Canal 9 y ot." La Ley Online.

(29) S.C.J. Mza., sala I, febrero 27-2006, autos "Molina, Hugo en J. Molina, Hugo c. Consejo Municipal de Deportes y otros p/Ordinario' s/INC-CAS", RCyS, 2006-1367 y LL Gran Cuyo, 2007-28, con remisión a LA LEY Online para su consulta íntegra, con nota aprobatoria de la Dra. Celia WEINGARTEN "Los espectáculos deportivos y la asunción del riesgo".

(30) Véase este mismo capítulo apartado b).

(31) BUERES, Alberto, J., "El acto ilícito", Hammurabi, Buenos Aires, 1986, p. 54.

(32) MAZINGHI, Jorge Adolfo (h.) "La víctima del daño y la aceptación de los riesgos" E.D., 76-875.

(33) MAZINGHI, Jorge Adolfo (h.) "La víctima del daño y..." cit. E.D., 76-875.

(34) MEDINA ALCOZ, María "La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos" cit., p. 56 y 90. Dice la autora: "Cualquier disciplina que regule una responsabilidad bajo el sistema de culpa probada ha de abstenerse necesariamente, de hacer la más mínima alusión a la asunción del riesgo por parte de la víctima. Esto es por la sencilla razón que dicho subsistema sólo tiene sentido razonable en el ámbito de las actividades ordinarias carentes de peligro intrínseco y específico y es sabido que, cuando se habla de asunción de riesgos, éstos son los específicos y no los generales"; y en otro pasaje, afirma "..., la única

clasificación es la básica de actividades dañosas ordinarias y actividades dañosas intrínsecamente peligrosas, que se corresponde con el subsistema de imputación por culpa probada y con el subsistema de imputación por riesgo (de subjetividad objetivada o de objetividad atenuada). La asunción del riesgo es ajena al primero y propia del segundo en sus dos variantes".

(35) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. en BELLUSCIO, A. C. (Dir.)-ZANNONI, E. A. (Coord.) "Código Civil y leyes complementarias" cit., t. 5 p. 392, N° 4 de la glosa al art. 1111; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R. y PARELLADA, C. A. en MOSSET ITURRASPE, Jorge (Dir.)-KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R. (Coord.) "Responsabilidad civil", Bs. As., Hammurabi, 1992, ps. 160 N° 71 y 395, N° 171; CASTRO DURAN, Ricardo M. "El hecho o culpa de la víctima como eximente. La agravación de los daños. La negativa al tratamiento médico. El no arreglo del automotor" R. Der. de Daños t. 2006-II — Eximentes de responsabilidad, p. 206, especialmente cap. V; GALDOS, Jorge M. "Los accidentes de automotores y la teoría del riesgo creado" LA LEY, 1991-C, 728, N° 2 del cap. III y "Los peatones y el cruce fuera de la senda de seguridad" LA LEY, 1994-B, 176, especialmente en N° 1 del cap. IV; GOLDENBERG, Isidoro "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", Bs. As., LA LEY, 2000, p. 133, N° 43; GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis "El art. 1113 del Código Civil", Bs. As., Hammurabi, 1983, p. 470 y 471; KRAUT, Alfredo J. "La culpa de la víctima como eximente en la responsabilidad objetiva", J.A. To. 1989-II p. 873, especialmente ap. 1) del cap. I y "Faceta preventiva y sancionadora del derecho de daños. La culpa como agravación de la responsabilidad subjetiva" J.A. t. 1989-III p. 906, especialmente en el cap. III; LORENZETTI, Ricardo L. "Estudio sobre la nueva concepción normativa del riesgo creado" en "Derecho de daños — Homenaje al Dr. Feliz A. Trigo Represas", Bs. As., La Rocca, 1993, p. 360; MOSSET ITURRASPE, Jorge "Responsabilidad por daños" cit., t. IV p. 72, N° 2; PIZARRO, R. D. "Causalidad adecuada y factores extraños" cit. en "Derecho de Daños", p. 261 y sgtes. y en "Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa" cit., t. I p. 248; SAGARNA, Fernando, A. en BUERES, A. J.-HIGHTON, E. I. "Código Civil y normas complementarias" cit. t. 3-A p. 419 y en "La culpa de la víctima-peatón como factor eximente en la responsabilidad civil por riesgo creado" LA LEY, 1994-C, 380 y sgtes., esp. en nota 7; TANZI, Silvia Y. "Culpa de la víctima y riesgo", LA LEY, 1991-C, 326, especialmente cap. II; VAZQUEZ FERREYRA, Roberto "El hecho del tercero o de la víctima como eximente de la responsabilidad objetiva" LA LEY, 1996-C, 148; TRIGO REPRESAS, F. A.-LOPEZ MESA, Marcelo J., "Tratado de la responsabilidad civil" cit., t. 1 p. 877, N° 5.3.c); ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde "Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones el derecho de daños" cit., t. 4, p. 280, N° 39; Véase en el Derecho Chileno: ARAYA JASMA, Fernando "La relación de causalidad en la responsabilidad civil", Santiago de Chile, LexisNexis, 2003, p. 192, N° 14.3.

(36) BUERES, Alberto J., "Responsabilidad civil de los médicos", Buenos Aires, Hammurabi, 1992, T. 1 p. 516, nota al pie N° 36.

(37) MAZZINGHI, Jorge Adolfo (h.) "La víctima del daño y la aceptación de los riesgos" E.D. To. 76 p. 875, cap. I.; DILLON, Tomás M. "La aceptación del riesgo: ¿una eximente de responsabilidad?" J.A. t. 1005-I, p. 1422.

(38) BUERES, Alberto J., "Responsabilidad civil...", t. 1 p. 516, nota al pie N° 37; PIZARRO, Ramón Daniel, "Responsabilidad civil por riesgo creado y la empresa", Parte general, t. 1, Buenos Aires, LA LEY, 2006, t. 1 p. 261 a 263; ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde "Resarcimiento de daños. Presupuestos y funciones del derecho de daños", Bs. As., Hammurabi, 1999, t. 4 p. 287 a 290.

(39) PIZARRO, Ramón Daniel, "Causalidad adecuada y factores extraños", en "Derecho de Daños, Homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe", Bs. As., La Rocca, ps. 255 a 302.

(40) Véase voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci en S.C.J. Mza., sala I, febrero 27-2006, autos "Molina, Hugo en J. 'Molina, Hugo c. Consejo Municipal de Deportes y otros p/Ordinario' s/INC-CAS", RCyS, 2006-1367.

(41) C.S.J.N., mayo 30-2006 "Cohen, Eliazar c. Río Negro, Provincia de y ots.", considerando 8, ya citado en Fallos 329:2008.

(42) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída en BELLUSCIO, A. C. - ZANNONI, E. A., "Código Civil y leyes complementarias", Bs. As., Astrea, 1984, t. 5, p. 10, N° 10 de la glosa al art. 1066.

(43) ZAVALA DE GONZALEZ, Matilde, "Responsabilidad por el daño necesario", Bs. As., Astrea, 1985, especialmente p. 99 y ss., N° 15; LEONFANTI, María A., "Derecho de necesidad", Bs. As., Astrea, 1980; Proyecto de la Comisión creada por Decreto 468/92 (Adla, LII-B, 1641) art. 1551.

(44) de PAUL VELASCO, José Manuel "La asunción voluntaria..." en http://www.la-plaza.com/vdc/index.php?option=com_content&task=view&id=16&Itemid=154, sostiene "...en la asunción del riesgo no hay la voluntad de aceptar un daño actual, sino la voluntad de aceptar la exposición a

un daño eventual".

(45) TRIGO REPRESAS, F. A.- LOPEZ MESA, Fernando J. "Tratado de la responsabilidad civil", Bs. As., LA LEY, 2004, t. I, p. 966, N° 5.5.d.5.a)

(46) Cit. por SOLER, Sebastián "Derecho Penal Argentino", Bs. As. TEA, 1951, t. II, p. 130, N° 42.

(47) MOSSET ITURRASPE, Jorge "Responsabilidad por daños", Bs. As.-Sta. Fe, Rubinzal y Culzoni, 1999, t. IV, p. 209; en edición anterior, Bs. As., EDIAR, 1980, t. III, p. 158; y "Responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo" en "Estudios sobre responsabilidad por daños", Sta. Fe, Rubinzal y Culzoni, 1980 p. 11 y siguientes.

(48) Ver infra cap. V. La asunción del riesgo en el ámbito contractual.

(49) BUSTAMANTE ALSINA, Jorge; "Teoría general..." cit., p. 142. PIZARRO, Ramón Daniel "Responsabilidad civil por el riesgo creado y de empresa" cit. t. I p. 253.

(50) BORDA, Guillermo A. actualizado por Alejandro BORDA "Tratado..." cit., Obligaciones t. II p. 282, N° 1369, fundado en que "significaría castigar un acto moral y jurídicamente valioso".

(51) Tribunal citado en el texto, autos mencionados, en LA LEY, 92-477.

(52) SAGARNA, Fernando en BUERES, A. J.-HIGHTON, E. I. "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial", t. 3-A p. 442.

(53) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R. en BELLUSCIO, A. C.-ZANNONI, A. A. "Código Civil y leyes complementarias" cit., t. 5 p. 395, N° 7 de la glosa al art. 1111, y p. 9, N° 11 de la glosa al art. 1066.

(54) GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo L., "Derecho de los contratos", Buenos Aires, Hammurabi, 2009, t. 2, ps. 1332 y ss. LOPEZ DE ZAVALIA, Fernando J., "Teoría de los contratos", Bs. As., Zavalía, Buenos Aires 2003, To. 1 p. 796 a 797.

(55) SOZZO, Gonzalo "Repensar la regla..." cit. en Rev. de Derecho de Daños, Rubinzal y Culzoni, t. 2007-2 "La omisión el Derecho de Daños", p. 289, N° 1.

(56) ESMEIN, A. "L'idée de acceptation des risques en matiere de responsabilité civile", R.Trim. de Droit Civil, 1952, p. 652, quien la concebía como una convención tácita de irresponsabilidad.

(57) SOZZO, Gonzalo "Repensar la regla..." cit. en "Revista de Derecho de Daños", Bs. As., Rubinzal y Culzoni, 2007-2 "La omisión en el derecho de daños", p. 294.

(58) BARROS BOURIE, Enrique "Tratado..." cit., p. 137, N° 81 ap. b).

(59) MAZEAUD, Henry y León-TUNC, André "Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual", Bs. As., EJE, 1963, trad. de la 5ª Ed. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, t. II-2 p. 82, los autores señalan que el demandado por un daño causado a un tercero no cuenta con una convención de no-responsabilidad y que en el limitado ámbito que ellas son admisibles —respecto de los bienes, no de las personas— el único efecto sería la inversión de la carga de la prueba. Coincidentemente con la falta de valor de la convención de no responsabilidad en el ámbito de los derechos indisponibles: MOSSET ITURRASPE, Jorge "Responsabilidad por daños", Bs. As.-Sta. Fe, Rubinzal y Culzoni, 1999, t. IV, p. 209; en edición anterior, Bs. As., EDIAR, 1980, t. III p. 158; y "Responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo" en "Estudios sobre responsabilidad por daños", Sta. Fe, Rubinzal y Culzoni, 1980 p. 11 y ss.; ORGAZ, Alfredo, "La culpa (actos ilícitos)" cit., p. 244, N° 99 c); KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. R.-PARELLADA, Carlos en MOSSET ITURRASPE y ots. "Responsabilidad civil", Bs. As., Hammurabi, 1992, p. 163, N° 72; TRIGO REPRESAS, F. A.-LOPEZ MESA, Marcelo J. "Tratado de la responsabilidad civil", Bs. As., LA LEY, 2004, t. I p. 968; SOZZO, Gonzalo "Repensar la regla..." cit. en Rev. de Derecho de Daños, Rubinzal y Culzoni, To. 2007-2 "La omisión el Derecho de Daños", p. 309, N° 6; MULLER, Enrique C. "La aceptación o asunción del riesgo o peligro como eximente. Supuestos discutidos. El turismo aventura. Las prácticas deportivas. Otras hipótesis" Rev. de Daños, t. 2006-2 p. 129; de AGUIAR DIAS, José "Tratado de la Responsabilidad Civil", México-Lima-Bs. As., Cajica, 1996, t. II p. 299; BARROS BOURIE, Enrique "Tratado...", p. 137, N° 81; PEIRANO FACIO, Jorge "Responsabilidad extracontractual", Bogotá, Temis, 1979, p. 173, N° 146.

(60) En sentido concordante se excluye la validez de las cláusulas exonerativas o limitativas cuando el bien dañado es un derecho indisponible, o sea, de aquéllos que el propio acreedor no podría disponer, como el derecho a la vida, a la salud, la integridad corporal, al derecho a la intimidad y, en general, los daños a la persona. La cláusula de dispensa o limitación implica la renuncia anticipada al derecho indemnizatorio —sustitutivo del derecho indisponible—, de modo que si no puede disponerse anticipadamente del derecho, tampoco puede renunciarse 'ante tempus' a la indemnización por la violación del derecho. En esta línea, el Proyecto de Unificación de 1987 preveía la invalidez de las cláusulas limitativas de la responsabilidad del

predisponente por los daños corporales (art. 1157). Con mayor generalidad, el Proyecto de la Comisión creada por decreto 468/92, establece en el art. 1578: "Son inválidas las cláusulas que exoneran o limitan la obligación de indemnizar cuando afectan derechos indisponibles...". La orientación normativa se prolonga en el nuevo Proyecto de Código Unificado de 1998, ya que si bien no contiene una norma expresa en ese sentido, ello es deducible claramente de las normas del capítulo correspondiente a los derechos de la personalidad y en especial del art. 110 proyectado, al disponer: "Están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo que ocasionen una disminución permanente de su integridad o resultan contrarios a la ley, la moral o las buenas costumbres, salvo que sean requeridos para la curación o el mejoramiento de la salud de la persona... El consentimiento para los actos no comprendidos en la prohibición establecida en el primer párrafo, no puede ser suplido y su revocación no causa responsabilidad alguna".

(61) Tal como resulta de la recomendación 2 de la Comisión 1 "Cláusula de limitación o exoneración de responsabilidad" que sostuvo: "Como regla, las cláusulas limitativas de responsabilidad son válidas en los contratos discrecionales". En esa oportunidad la adhesión a la recomendación de uno de los autores de esta nota estuvo subordinada a que existiera una contrapartida económica que justificara la renuncia que ella implica (ampliación de los Dres. Ghersi, Messina de Estrella Gutiérrez, Boulin, Parellada, Borda y Lizarralde de Fava). Como la asunción de riesgo importa, como hemos sostenido, una renuncia tácita —cuando interpretarse que lo fue al daño y no sólo al riesgo— al derecho a la reclamación, cabe aplicar el mismo criterio.

(62) AGOGLIA, María M., BORAGINA Juan C., MEZA, Alfredo J., "La asunción de riesgos en la responsabilidad profesional contractual", en "Las responsabilidades profesionales. Libro homenaje al Dr. Luis Andorno", La Plata, Lib. Ed. Platense, 1992, pp. 143 a 157 y "Responsabilidad por incumplimiento contractual", Buenos Aires, Hammurabi, 1993, págs. 181 a 186.

(63) SILVESTRE, Norma, O., "El turismo aventura", RC y S 2008-147. Dicha autora distingue entre turismo aventura y deporte aventura. En el turismo aventura el participante no es una persona conocedora de la actividad que practica, no conoce las reglas y la finalidad es siempre la diversión. En cambio el deporte aventura, se efectúa con sujeción a ciertas reglas y con finalidad recreativa y competitiva. Los deportistas profesionales cuentan con un profundo y completo conocimiento de las probabilidades de accidentes que les acechan. En este caso la asunción de riesgo juega un papel muy importante, ya que existe riesgo en la mayoría de ellos y este es asumido voluntariamente por el participante siempre que haya actuado dentro de los límites del deporte concreto. Muy distinta es la situación del turismo aventura, cuya práctica no es habitual, la doctrina de la asunción del riesgo debe conectarse necesariamente con la teoría del consentimiento informado. MEDINA ALCOZ, María, "La asunción de los riesgos deportivos", Comunicación presentada en el "2º Congreso de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguros", Granada, 16/11/2002, www.asociacionabogadosrcs.org/doctrina/comunicacionmariamolina.doc. La autora destaca que la perspectiva del fenómeno de la asunción de riesgo por parte de la víctima, merecen particular atención los daños que derivan de la realización de los riesgos deportivos, puesto que su importancia determina que la responsabilidad civil se manifieste con perfiles específicos. La figura de la asunción del riesgo cobra así una enorme relevancia, pero siempre bajo la pauta de que se asumen los riesgos normales del juego o de competición y no los riesgos anormales o cualificados. Quedan al margen de aquellos los actos estrictamente dolosos, los actos brutales y también las actuaciones que no estén relacionadas con las exigencias de la competición. Por ello incurre en responsabilidad civil —e incluso penal— el jugador de rugby que muerde a un adversario y le secciona la oreja, y le causa la muerte de un contrincante al placarlo con enorme fuerza y presionarlo durante un tiempo bastante prolongado.

(64) Recomendación 8 de la Comisión N° 1 — Actos de disposición del propio cuerpo, en las Jornadas llevadas a cabo en la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Bs. As., 2001, en "Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil" Bs. As., LA LEY, 2005, p. 202.

(65) MAYO, Jorge A., "La denominada aceptación..." cit., LLC, 2005-489.

(66) PIZARRO, Ramón Daniel, "Responsabilidad civil por riesgo creado" cit. t. I, p. 263.

(67) MARQUEZ, José F., "La responsabilidad de los daños producidos por el tabaco. Dudas y propuestas", comentario al fallo. "Smolar, Angel v. Massalin Particulares S.A.", C Nac. Civil sala H, junio 22-2005, J.A. t. 2005-III p. 290. Destaca que la noción de asunción de riesgos en el derecho del consumo debe ser analizada con estrictez y siempre bajo la premisa de la mayor protección posible al consumidor. Existe una notable desproporción entre los medios de publicidad utilizados por los consumidores y los recursos disponibles por los consumidores para descifrar la veracidad del mensaje, colocándolos ante una nueva manera de "necesidad de consumo" y la aceptación inconsciente de riesgos innecesarios. Ver también las interesantes reflexiones del Dr. Gonzalo SOZZO "Repensar la regla de la asunción del riesgo (De causal de justificación a dispositivo tecnológico de gobierno de los riesgos)" en Rev. de Derecho de Daños, Rubinzal y Culzoni, t. 2007-2 "La

omisión el Derecho de Daños", p. 287 y ss.

(68) LOPEZ CABANA, Roberto M. en "Derecho del consumidor", Juris, Rosario, 1994, t. 5 p. 16. WAJNTRAUB, Javier H. "La culpa en las relaciones de consumo", en Rev. de Der. de Daños t. 2009-1 "La culpa", p. 109 y ss., especialmente cap. V; MOSSET ITURRASPE, Jorge y LORENZETTI, Ricardo L. "Defensa del consumidor", Sta. Fe, Rubinzal y Culzoni, 1994, p. 311 y ss. y LORENZETTI, Ricardo L. "Consumidores", Sta. Fe, Rubinzal y Culzoni, 2009, p. 502/504, para los supuestos en que se trate de cosas riesgosas, pero sólo de medios cuando se trata de conductas. Se advertirá que en ambos casos, sin embargo, se excluiría la asunción del riesgo como eximente autónoma, ya que en el primer caso queda absorbida por el hecho de la víctima y en el segundo, resulta inaplicable por ser un sistema de responsabilidad subjetivo.

(69) WEINGARTEN, Celia y otros "Derecho del consumidor", Bs. As., Universidad, 2007, p. 249, N° 10 a).