



## **¿ES LA ACEPTACIÓN DEL RIESGO UNA CAUSAL DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL?**

Tesina de la Carrera de Derecho de la Universidad de Valparaíso Chile.

Alumno: Ronny Fabián Arenas Silva

Profesora guía: Pamela Prado López

**Diciembre 2018.**

## CAPÍTULO I: Consideraciones Preliminares

1.1. Planteamiento del problema.....	4
1.2. Aproximación a la responsabilidad aquiliana.....	5
1.3. Causales de exoneración de la responsabilidad civil extracontractual.....	7

## CAPÍTULO II: Aceptación de los riesgos por parte de la víctima.

2.1. Hacia una conceptualización.....	8
2.2. Origen.....	13
2.3. Diferenciación con otras figuras.....	16

## CAPÍTULO III: Aceptación del riesgo como causal de exoneración de responsabilidad

3.1. Naturaleza jurídica.....	20
3.2. ¿Es la asunción del riesgo una causal de exoneración de responsabilidad en Chile?.....	22
3.3. Análisis de la asunción del riesgo en legislaciones comparadas.....	27
3.3.1. Legislación argentina.....	27
3.3.2. Legislación española.....	29
3.4. Casos dogmáticos: riesgos deportivos y empresas tabacaleras.....	31
3.4.1. Riesgos deportivos.....	31
3.4.2. Responsabilidad de las empresas tabacaleras.....	36

## CAPÍTULO IV: Consideraciones finales

4.1. Conclusiones.....	38
5. Bibliografía.....	41

## **RESUMEN**

El objetivo de este trabajo es analizar la asunción del riesgo, en cuanto causal de exoneración de responsabilidad civil extracontractual. En particular, se busca determinar si ésta, a pesar de la escasa literatura y su desregulación, es aplicable a nuestro derecho. Para ello, se realiza un análisis comparado de la aceptación del riesgo, a efectos de perfilar los a veces difusos contornos de la figura, para luego estudiar las hipótesis dogmáticas en las que ésta se erige como un eximente de responsabilidad para el hechor. Por último, se contrasta el análisis comparado con la realidad chilena.

## **PALABRAS CLAVES**

Responsabilidad Extracontractual. Causales de exoneración de responsabilidad. Asunción del riesgo. Aceptación del riesgo.

## CAPITULO I: Consideraciones Preliminares

### 1.1. Planteamiento del problema

Tomando como punto de partida la crisis de la culpa en cuanto fundamento y medida de la responsabilidad civil, es que nacen diferentes teorías que, en definitiva, buscan determinar cuál será el factor de atribución que se considerará jurídicamente relevante a efectos de responsabilizar a un tercero por el daño producido en otra persona. En ese contexto, nace la teoría del riesgo creado, la que en su seno -como se verá- dio origen a la figura de la asunción del riesgo.

Esta figura, entendida como el corolario del riesgo creado, en cuanto en el desarrollo de una actividad riesgosa, es la propia víctima la que asume, de manera consciente y voluntaria, el aumento del riesgo, en nuestra legislación carece de regulación orgánica. Aún más, ni siquiera ha sido objeto de análisis científicos por parte de la doctrina nacional, salvo valiosas excepciones.

De acuerdo al panorama recientemente descrito, es que nos proponemos determinar, a partir de un análisis comparado de la figura, si ésta sería aplicable en Chile, y de serlo, bajo qué términos. Para ello, se comienza un análisis general de la responsabilidad extracontractual, en particular de las causales de exoneración de responsabilidad; para luego conceptualizar la figura de la asunción del riesgo, no sólo desde un punto de vista puramente semántico, sino también jurídico, es decir, establecer cuáles serían los elementos que la constituirían. Por añadidura, se realiza una diferenciación de otras figuras, con particular mención a la hipótesis regulada en el artículo 2330 del Código Civil, por sus evidentes similitudes.

Posteriormente, se analiza la naturaleza jurídica de la asunción del riesgo, a partir de las principales teorías que buscan explicarla, desde un punto de vista doctrinal, para continuar analizando la doctrina nacional que ha tratado el tema. Como una forma de enriquecer el análisis, se examina de manera comparada, particularmente la legislación argentina y española.

Por último, se examinan dos hipótesis en las que, gran parte de la doctrina internacional se encuentra conteste, existe asunción del riesgo; a saber: riesgos deportivos y responsabilidad de las empresas tabacaleras, en relación a la acción del fumador.

## 1.2. Aproximación a la responsabilidad aquiliana

Entre las legislaciones pertenecientes a la tradición jurídica romano-germánica, dentro de la que se encuentra nuestro derecho civil, la tesis dualista de responsabilidad civil ha sido desde siempre muy patente. Ya desde la instauración de nuestro código hacia 1855, el codificador realizó diferentes tratamientos en materia de responsabilidad contractual y extracontractual. Basta con señalar que la primera fue regulada a propósito de los efectos de las obligaciones, mientras que la responsabilidad aquiliana en materia de fuentes de las mismas.

Así las cosas, nuestro Código Civil, tal como sus pares decimonónicos, regula la responsabilidad extracontractual en tan solo 15 artículos, lo que se entiende de acuerdo al contexto histórico y jurídico en el que se dictó el Código. Sin embargo, el curso de la historia, de la mano de mayores avances tecnológicos y científicos, lo que se tradujo en nuevas formas de producción, hizo inevitable una proliferación de exposición de riesgos que antes eran impensados, y que finalmente devienen en la actualidad en un mayor número de demandas de indemnización de perjuicios.

De este modo, en la actualidad es ineludible que se produzcan cada vez mayores exposiciones al riesgo, por parte de cada uno de los ciudadanos que componen una sociedad y, por tanto, desde el punto de vista del Derecho, la responsabilidad civil constituye, cada vez más, una fuente de mayor análisis doctrinal y jurisprudencial, apareciendo así nuevos conflictos que antaño no se planteaban. En esta línea, podemos situar el conflicto jurídico que nos proponemos desentrañar en el presente estudio, a saber, la denominada asunción del riesgo por parte de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil extracontractual.

Pues bien, la responsabilidad extracontractual o también denominada aquiliana es definida generalmente en la doctrina nacional a través de sus fuentes, así se afirma que es aquella que “(...) *proviene de un hecho u omisión ilícitos, cometidos con culpa o dolo y que causa daño a otro.*”<sup>1</sup>. De un punto de vista descriptivo, se ha señalado que “(l)a responsabilidad delictual o cuasidelictual supone la

---

<sup>1</sup> BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2010): Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo II. De las Fuentes de las Obligaciones, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p.240

*ausencia de obligación previa, se produce entre personas hasta entonces jurídicamente extrañas (por lo menos en cuanto al hecho de que deriva), y es ella la que crea la obligación de reparar el daño*<sup>2</sup>.

Reconoce su fundamento remoto en el deber general y recíproco de cuidado que han de observar todos los ciudadanos de una sociedad y que, desde el punto de vista positivo, en nuestro Derecho se encuentra plasmado en los artículos 2314 y 2329, en donde se establece la obligación general de reparar el daño causado a otro, quien no se encontraba jurídicamente obligado a soportarlo.

Sin perjuicio de lo dicho, conjunto al deber general de cuidado, coexiste en nuestro ordenamiento el principio de auto responsabilidad por hechos propios, vale decir, *“cada cual corre con sus propios riesgos, salvo que haya una razón para atribuirle responsabilidad a un tercero”*<sup>3</sup>. En ese sentido, de la conjugación de ambos principios enunciados es que nace la gran interrogante que ha presentado el desarrollo práctico de la responsabilidad civil a nivel mundial, este es, cuál es el factor de atribución que se considerará jurídicamente relevante para responsabilizar a un tercero distinto de la víctima. En esta línea, es posible advertir de manera sintética el movimiento que ha tenido el fundamento de la responsabilidad civil extracontractual, desde uno centrado en la culpa, siendo un reproche subjetivo al actuar del sujeto activo, hacia teorías objetivas o de responsabilidad estricta, de donde emana la figura jurídica de la aceptación del riesgo, como se explicará más adelante.

Por último, es menester señalar que los elementos que constituyen la responsabilidad civil extracontractual y que, por ende, generan la obligación de reparar el daño causado por parte del agente activo, clásicamente han sido sintetizados en la capacidad, el dolo o la culpa, el daño y la relación de causalidad. Así, Ramos Pazos afirmaba que *“(l)os requisitos de la responsabilidad extracontractual son los siguientes: a) capacidad del autor del hecho ilícito; b) imputabilidad, esto es, dolo o culpa del autor; c) nexo causal, entre el hecho u omisión dolosa o culpable y el daño, y; d) existencia de un daño”*<sup>4</sup>. Luego, en doctrina moderna se suele establecer que *“los elementos comunes a todo ilícito civil son los siguientes: el hecho del hombre, la antijuridicidad del mismo, la imputabilidad, el daño y la relación de causalidad entre el hecho y su consecuencia dañosa”*<sup>5</sup>. Asimismo, Corral Talciani agrega el elemento de

---

<sup>2</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): Lecciones de Responsabilidad civil Extracontractual, Santiago: Editorial Thomson Reuters, p.25.

<sup>3</sup> BARROS BOURIE, Enrique (2006): Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p6.

<sup>4</sup> RAMOS PAZOS, René (2008): De la responsabilidad extracontractual, Santiago: Editorial LegalPublishing, p.41.

<sup>5</sup> Rodríguez Grez, Pablo (2010): Responsabilidad extracontractual: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p.119.

la antijuridicidad, estableciendo que “*debe exigirse que ese hecho voluntario contraste con el derecho, es decir, sea injusto o ilícito desde el punto de vista objetivo (...)*”<sup>6</sup> requisito que al parecer en antaño la doctrina clásica subsumía en el elemento de la culpabilidad.

Una vez reunidos los requisitos recientemente nombrados, y en virtud del principio establecido en el artículo 2329 del Código Civil, según el cual todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser indemnizado por ésta, el autor del ilícito civil debería encontrarse en la obligación de indemnizar todo daño causado a la víctima. Sin embargo, lo dicho no se erige como una regla infalible, toda vez que existen ocasiones en las que el autor del daño puede que no se encuentre en la obligación jurídica de resarcir el daño producido; o bien, que dicha obligación pueda verse aminorada. Esto, se produce cuando interviene en general cualquier circunstancia modificatoria de la responsabilidad civil extracontractual, y en particular para efectos de esta investigación, las denominadas causales de exoneración (o eximentes) de responsabilidad civil, las que serán tratadas en el siguiente apartado.

### 1.3. Causales de exoneración de responsabilidad civil extracontractual.

Las causales de exoneración de responsabilidad civil, a diferencia de lo que ocurre en nuestro Código Penal, no poseen un tratamiento orgánico en nuestra legislación y, por tanto, responden más bien a una construcción doctrinaria, jurisprudencial y casuística. Es por esta misma razón que al adentrarse en la literatura nacional, es posible advertir diferentes términos para referirse a éstas, y que en definitiva responden no solo a una cuestión semántica, sino que a su trasfondo jurídico.

Así las cosas, por ejemplo, Barros Bourié, quien no considera que la antijuridicidad es un elemento distinto de la culpabilidad, las denomina causales de justificación, toda vez que –a su juicio– dichas causales lo que hacen es eliminar la culpabilidad, sirviendo “*(...) de excusa razonable para el hombre prudente*”<sup>7</sup>. Para el referido autor, estas son: “*a) La ejecución de actos autorizados por el derecho; b) El consentimiento de la víctima; c) El estado de necesidad; y, d) La legítima defensa*”<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): Lecciones de Responsabilidad civil Extracontractual, Santiago: Editorial Thomson Reuters, p.105

<sup>7</sup> BARROS BOURIE, Enrique (2006): Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p 62.

<sup>8</sup> BARROS BOURIE, Enrique (2006): Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p 62.

Por el contrario, Alessandri se refiere a ellas con una diferente nomenclatura, denominándolas eximentes de responsabilidad, incluyendo entre ellas también “*el caso fortuito o la fuerza mayor, la violencia física o moral, la culpa exclusiva de la víctima y el hecho de un tercero*”<sup>9</sup>, conteniendo, por tanto, circunstancias en las que se exime de responsabilidad no solo por vía de excluir la culpabilidad, sino también otros elementos como la causalidad.

Por su parte, Corral Talciani establece por un lado casos de exclusión de responsabilidad por falta de voluntad, en donde sitúa el caso fortuito o fuerza mayor; y, por otro lado, circunstancias que excluyen la ilicitud (por eliminar la antijuridicidad del hecho), aquí incluye la legítima defensa, el estado de necesidad y la asunción del riesgo por parte de la víctima<sup>10</sup>, en la medida en que se cumplan ciertos requisitos que serán objeto de estudio más adelante.

Por último, a modo ejemplar, Rodríguez Grez se refiere a las causales de justificación, estableciendo que éstas son las siguientes, a saber, la legítima defensa, el estado de necesidad, el que obra violentado por una fuerza irresistible, o impulsado por un miedo insuperable, y el que obra en ejercicio legítimo de un derecho<sup>11</sup>. Mientras que, al referirse a la posibilidad de excluir la responsabilidad en virtud de la asunción del riesgo por parte de la víctima, señala que ésta se produciría por exclusión del elemento de la culpabilidad<sup>12</sup>, circunstancia que será analizada en mayor profundidad en los siguientes capítulos.

## CAPÍTULO II: Asunción de los riesgos por parte de la víctima.

### 2.1. Hacia una conceptualización

Antes de adentrarnos al análisis de si la aceptación de los riesgos por parte de la víctima puede o no constituir una causal de exoneración de responsabilidad civil, y de ser así en qué casos procedería, es menester avanzar hacia una conceptualización de ésta, dado que sus contornos no siempre son suficientes precisos. Así las cosas, debido a que no se encuentra regulado en nuestro derecho, y a su escaso desarrollo doctrinal y jurisprudencial en Chile –al menos en lo

---

<sup>9</sup>ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo (1983): De la responsabilidad extracontractual en el Derecho chileno, Santiago: Editorial Ediar Editores, p.599.

<sup>10</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): Lecciones de Responsabilidad civil Extracontractual, Santiago: Editorial Thomson Reuters, p.132.

<sup>11</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010), Responsabilidad extracontractual: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p.154.

<sup>12</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010), Responsabilidad extracontractual: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p.312.



que respecta al Derecho Civil–, el análisis de esta figura fuerza un estudio a nivel comparado. Aún más, se ha afirmado en doctrina que *“la participación de la víctima en la causación [sic] de su propio daño no ha merecido los estudios necesarios si se considera su importancia práctica, ya sea para excluir la responsabilidad o para atenuar la indemnización reclamada”*<sup>13</sup>.

Pues bien, en literatura nacional como se adelantó, el tratamiento de la figura de la asunción del riesgo se realiza más bien de manera tangencial a propósito de las causales de exoneración de la responsabilidad civil (con los diferentes términos que recibe, dependiendo de la tesis a la que adhiera el autor, tal como se explicó), o bien a modo de exclusión haciendo su diferenciación con otras figuras, como la regulada en el artículo 2330 del Código Civil y que también será objeto de análisis posterior.

Hechas las anteriores prevenciones, es posible conceptualizar la figura en comento del siguiente modo, a saber, *“(c)uando se habla de asunción de riesgos, se alude a la situación en la cual una persona, teniendo conocimiento de los peligros que envuelven a una determinada actividad, decide llevarla a cabo exponiéndose a la eventualidad de sufrir daños”*<sup>14</sup>. Alessandri por su parte, afirma que *“hay aceptación de riesgos cuando la víctima se expone al daño a sabiendas de que puede sobrevenir, dada la naturaleza del hecho que ejecuta o en que interviene o participa”*<sup>15</sup>.

A mayor abundamiento, se afirma que *“(c)on la noción de la asunción de riesgo se alude, pues, a que el daño aparece ligado a una conducta de la víctima que lo sufre cuando se expone de forma consciente a un peligro típico o específico, sin estar obligada a ello”*<sup>16</sup>, añadiéndose que *“el daño sufrido por la víctima se imputa a su conducta consciente y no culposa, y que consiste en la exposición a un riesgo actualizado sin la intervención culpable de su creador”*<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> BAHAMONDES O, Claudia y PIZARRO W, Carlos (2012): La exposición de la víctima al daño: desde la culpabilidad a la causalidad, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2012, n.39 p.40.

<sup>14</sup> TOLOSA, Pamela y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ Lorena (2015): Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado en el Código Civil y Comercial, en Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación, N°4, p. 4.

<sup>15</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo (1983): De la responsabilidad extracontractual en el Derecho chileno, Santiago: Editorial Ediar Editores, p.619.

<sup>16</sup> MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson, p. 40.

<sup>17</sup>MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson, p. 40.

Desde el punto de vista terminológico, es posible advertir desde ya la discrepancia que existe en diferentes textos, en donde se alude tanto a la aceptación del riesgo, como la asunción de éste. Pues bien, en diferentes autores es posible notar que utilizan ambos términos de manera indistinta, apuntando siempre a la figura recién definida. Entre nosotros es posible distinguir a Rodríguez Grez y Corral Talcini<sup>18</sup>. Mientras que, a nivel comparado, se utiliza con mayor frecuencia el vocablo “asunción de riesgos”<sup>19</sup>.

Con todo, a partir de un análisis comparado e histórico de ambas nomenclaturas, se afirma que existiría una diferencia entre ambos conceptos, toda vez que el concepto de asunción del riesgo se caracteriza por su neutralidad, mientras que el término aceptación del riesgo, viene dotada de una connotación consensual o declarativa<sup>20</sup>. Esto, pues el vocablo de aceptación del riesgo, dice relación con las teorías contractualistas que intentan explicar la naturaleza jurídica de la figura en comento, mientras que la asunción, al evocar la referida neutralidad, se condicen con las teorías causalistas.

Si bien ambas teorías serán estudiadas en los siguientes apartados, se deja presente que en este estudio se utilizarán ambos términos de manera indistinta, siguiendo la doctrina nacional, salvo en la parte relativa al análisis de la naturaleza jurídica, para efectos de ilustrar de mejor manera la diferencia de ambas teorías.

Ahora bien, entregado ya un concepto desde el punto de vista terminológico, es menester avanzar hacia un análisis más exhaustivo, de tal manera de poder perfilar, jurídicamente la figura de la asunción del riesgo. Así las cosas, a partir de las definiciones ya entregadas, y más allá de consideraciones semánticas, la figura en estudio, en palabras sencillas dice relación con una persona que conoce y asume los potenciales o eventuales riesgos que entraña una actividad que ella decide realizar.

---

<sup>18</sup> Véase en: RODRÍGUEZ, Pablo (2010): Responsabilidad extracontractual, 2da edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, y en: CORRAL, Hernán (2004): Lecciones de responsabilidad civil extracontractual, 1era edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.

<sup>19</sup> Véase a modo ejemplar los siguientes: MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Editorial Dykinson, Madrid. PIÑEIRO SALGUERO, José (2005): Accidentes deportivos, lesiones consentidas, en Revista para el análisis del Derecho, n°3, 2005.

<sup>20</sup> Véase en: GERARD OSSES, MAURO (2015): Consideraciones dogmáticas sobre la asunción de riesgos, en Revista Derecho y Humanidades, N°26, 2015, pp. 57-76.

De acuerdo a lo expuesto, es posible extraer una serie de elementos que constituyen la figura en comento, a saber, supone necesariamente una persona capaz, que conoce y asume los riesgos (por tanto, requiere de una voluntad válida) y, por último, que dichos riesgos sean eventuales o potenciales (por oposición a ciertos).

Pues bien, respecto al primer requisito, debemos remitirnos a la regla general entre nosotros, según la cual “*todas las personas humanas son capaces, salvo aquellas que la ley ha declarado expresamente incapaces*”<sup>21</sup>. Asimismo, es necesario que la persona no solo conozca, sino que también asuma los riesgos, de tal manera que se ha dicho que “*(e)sta aceptación por supuesto que debe existir, y ser libre y consciente, excluyendo todo tipo de aceptación que esté emponzoñada con algún vicio de la voluntad*”<sup>22</sup>. De ahí que serían totalmente aplicables las reglas sobre la voluntad exenta de vicios establecida en nuestro Código Civil. Cabe precisar que con el hecho de afirmar que se requiere capacidad y voluntad exenta de vicios, solo nos remitirnos a la regla general de los actos jurídicos, sin que ello importe que se esté optando por una tesis contractualista.

A mayor abundamiento se afirma que “*damos por sentado a la vez, que no necesariamente la aceptación debe ser expresa, es decir, en términos directos y explícitos, sino que también tácita, o sea, una serie de conductas del sujeto que nos permite deducir indudablemente*”<sup>23</sup>, siendo así plenamente aplicables las normas sobre manifestación de voluntad que se encuentran reguladas en nuestro Código Civil y Código de Comercio.

Pues bien, una cuestión insoslayable dice relación con el momento en el que ha de otorgarse la voluntad encaminada a aceptar el riesgo, ello pues no es baladí si esto se realiza antes o después de la producción del daño. Lo anterior, pues la figura de asunción del riesgo requiere necesariamente que la voluntad sea entregada con antelación a la concreción del riesgo. Esto, dado que una vez que el potencial riesgo se haya materializado en un daño, mal podemos hablar de asunción del riesgo, debido a que en realidad en la práctica se tratará de una renuncia a la acción de indemnización de perjuicios, lo que no conlleva mayores consideraciones jurídicas. Al respecto, se afirma que “*debe tratarse de un consentimiento previo al daño, ya que si la*

---

<sup>21</sup> LYON PUELMA, Alberto (2007): *Personas naturales*, Editorial Ediciones UC, Santiago, p.162.

<sup>22</sup> GERARD OSSES, MAURO (2015): Consideraciones dogmáticas sobre la asunción de riesgos, en *Revista Derecho y Humanidades*, N°26, 2015, p 59.

<sup>23</sup> GERARD OSSES, MAURO (2015): Consideraciones dogmáticas sobre la asunción de riesgos, en *Revista Derecho y Humanidades*, N°26, 2015, p 59

*voluntad se manifiesta con posterioridad estaremos más bien en el ámbito de la renuncia al derecho de demandar reclamando la responsabilidad ya surgida*<sup>24</sup>.

Por añadidura, resulta imprescindible detenerse en la exigencia de que los riesgos que la potencial víctima está asumiendo, sean eventuales y no ciertos. Esto, se establece por la diferencia evidente que existe entre quien asume un riesgo y quien acepta un daño. De este modo, se establece que *“tratamos de la aceptación de los riesgos por parte de la víctima, que es distinta de la aceptación de los daños que pueden producirse como consecuencia de realizarse aquéllos. Nos situamos en la posibilidad/probabilidad de su producción, y no en la certeza de su realización”*<sup>25</sup>.

En palabras diferentes, pero bajo la misma idea, Rodríguez Grez señala que es posible distinguir entre quien quiere un daño a quien simplemente lo acepta. Así, afirma que *“no es lo mismo aceptar un daño –cuya ocurrencia aparece a los ojos de la víctima como hipotética o probable– que querer un daño y procurar que él se produzca”*<sup>26</sup>. Para tal efecto, coloca el ejemplo del duelo, a saber, *“cada duelista acepta el daño que puede sobrevenirle, pero no quiere ser lesionado, más bien quiere lesionar a su contrincante”*<sup>27</sup>. Sin embargo, Rodríguez Grez avanza un paso más allá y realiza un segundo matiz. El autor advierte que existen ciertas situaciones en las que la probabilidad de que el riesgo se concrete en un daño es tan alta que en realidad la persona no puede sino haberse representado la posibilidad de sufrirlo y, por tanto, en este caso asumir el riesgo sería más bien una aceptación del daño<sup>28</sup>.

Por último, un relevante elemento que constituye la figura de la asunción del riesgo, dice relación precisamente con este último, es decir, ¿cuál es el riesgo que es posible asumir por la potencial víctima?, ¿es necesario distinguir entre diferentes tipos de riesgos? Si bien esto se analizará con mayor profundidad en los siguientes capítulos y, en particular, en los casos

---

<sup>24</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): Lecciones de Responsabilidad civil Extracontractual, Santiago: Editorial Thomson Reuters, pp.133-134.

<sup>25</sup> MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson, p.26.

<sup>26</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010), Responsabilidad extracontractual: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p.414

<sup>27</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010), Responsabilidad extracontractual: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p. 414.

<sup>28</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010), Responsabilidad extracontractual: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p. 417.

concretos en donde opera la aceptación del riesgo, es menester señalar, de forma general, que necesariamente ha de haber una limitación de los riesgos para efectos que opere la figura.

Lo anterior, pues en un mundo en donde la tecnología, la ciencia y los medios de producción a gran escala se van complejizando cada día más, las personas cada vez se encuentran expuestas a una mayor cantidad de riesgos que, hace un par de décadas, podían ser impensadas. Así las cosas, la figura de la asunción del riesgo implica, ineludiblemente, un riesgo extraordinario, pues “*no es dable sostener que cualquier riesgo general de la vida de relación pueda ser considerado un supuesto de asunción de riesgo, con los consiguientes efectos exoneratorios [sic] del creador del mismo. Ello conllevaría una clara desprotección de la víctima y una interpretación excesivamente laxa de la eximente (...)*”<sup>29</sup>. Sin embargo, tal como se verá a propósito de los riesgos deportivos, también existe un límite en el otro sentido, es decir, los riesgos claramente no han de ser los típicos de una vida cotidiana, como, por ejemplo, cruzar la calle; sin embargo, en el caso de la práctica de un deporte, tampoco ha de tratarse de un aumento indiscriminado del riesgo. Así, para que opere la asunción del riesgo, generalmente en materia deportiva, se refiere a los riesgos normales de la actividad, lo que será analizado más adelante.

## 2.2. Origen

Dado ya un concepto de la asunción del riesgo, como también los elementos que la componen desde el punto de vista jurídico, corresponde ahora analizar los orígenes de esta figura, lo que a modo preliminar se hallan en la teoría del riesgo creado y en el transporte benévolo.

Del mismo modo que se expresó en las consideraciones preliminares de este estudio, el fundamento de la responsabilidad civil ha ido cambiando conforme ha avanzado la tecnología y la ciencia, creándose consecuentemente una mayor exposición al riesgo por los ciudadanos. En esa línea, cabe destacar que, al momento de la dictación del Código, y con el tratamiento más bien residual que realiza éste de la responsabilidad civil, el fundamento venía dado por la culpa del hechor. Así, nuestro Código Civil hace suya la distinción tripartita de la culpa de origen romano, y establece una serie de artículos que en definitiva demuestran que el fundamento y la medida de la responsabilidad civil y, por consiguiente, de la indemnización de

---

<sup>29</sup> PITTA, Enrique (2013): La responsabilidad civil deportiva, en Tesis doctoral en Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Secretaría de posgrado, Universidad Nacional del Litoral, Argentina, p. 165.

perjuicios es la culpa<sup>30</sup>. De este modo, “(...) *la razón para atribuir responsabilidad a un tercero radica en que el daño ha sido causado por su acción culpable, esto es, ha sido el resultado de una acción ejecutada con infracción a un deber de cuidado*”<sup>31</sup>.

Sin perjuicio de lo dicho, y no pudiendo soslayar el hecho de que aún el fundamento de la responsabilidad en nuestro sistema, por regla general, es la culpa, cabe señalar que conforme ha pasado el tiempo (y ha aumentado los riesgos cotidianos) se han desarrollado otros modelos de atribución de responsabilidad. En ese sentido, se afirma que “*el nacimiento del sistema de responsabilidad objetivo está íntimamente ligado con la industrialización, que con la creación de nuevas industrias dio lugar también a nuevos riesgos. Frente a ellos nace la teoría de la responsabilidad objetiva o del riesgo creado*”.<sup>32</sup> Dicha responsabilidad “*tiene como antecedentes el riesgo creado y no la negligencia, de modo que es indiferente el juicio de valor respecto de la conducta del autor del daño*”.<sup>33</sup>

En términos generales, su origen se centra en los accidentes del trabajo y en la compleja tarea que tenía la víctima/trabajador de probar la culpa del empleador para lograr ser indemnizado<sup>34</sup>, tal como alude Díez Picazo al señalar que la responsabilidad por riesgo creado “*es históricamente una consecuencia de la Ley francesa de Accidentes de Trabajo de 1896 (...)*”<sup>35</sup>. Así, este sistema de atribución de responsabilidad solo exige que el daño se verifique dentro del ámbito de la actividad riesgosa (de la que, generalmente, el creador de la actividad obtiene réditos) y la relación de causalidad entre el hecho y el daño. En esa misma línea, se afirma que “*esto significa, pura y simplemente, que su creador tiene que responder, en principio, de las consecuencias dañosas de su realización*”<sup>36</sup>, refiriéndose a la actividad riesgosa.

Pues bien, sin negar las innumerables ventajas que trajo consigo esta teoría, particularmente en materia de accidentes del trabajo como ya se señaló, se afirma que generó problemas en los

---

<sup>30</sup> BARROS BOURIE (2005): La culpa en la responsabilidad civil, En Ensayos Jurídicos, Universidad Alberto Hurtado, Número 1, pp. 7-8.

<sup>31</sup>BARROS BOURIE, Enrique (2006): Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p.6.

<sup>32</sup> BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2010): Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo II. De las Fuentes de las Obligaciones, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 245.

<sup>33</sup> BARROS BOURIE, Enrique (2006): Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p8.

<sup>34</sup>Véase en DIEZ, José Luis (2005): La culpa del empresario por accidentes del trabajo. Modernas tendencias jurisprudenciales, Cuadernos de extensión jurídica, U de los Andes, N° 10, 2005, p.73-98.

<sup>35</sup> DIEZ PICASO, Luis (2000): Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n°4, p. 153

<sup>36</sup> MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson, p 89.

afectados, así *“(e)n efecto, no se asumió tan fácilmente que quien crea un daño debe soportar las consecuencias, porque se empezó a poner de manifiesto casos en que las víctimas se ponían en una situación de riesgo, consciente y voluntariamente; por tanto, tampoco era equitativo, en su opinión, soportar los daños si son ellas mismas las que asumen la posibilidad de la lesión”*<sup>37</sup>.

En virtud de lo expuesto, es posible afirmar que hay quienes consideran que la figura de asunción (o aceptación) del riesgo encuentra su origen en la teoría del riesgo creado. Ello, pues al observarse que existen situaciones en las que es la propia víctima del daño quien voluntaria y conscientemente acepta exponerse a un riesgo, asumiendo la posibilidad de verse lesionada, consideran que es de toda lógica que en tales casos no se utilice como un elemento que sirva para objetivar la responsabilidad, sino que derechamente se excluya la misma. En esa misma línea se afirma que *“(…) fueron los autores contrarios y renuentes a la implantación de la responsabilidad por riesgo creado los que, ante su afirmación indeclinable, reaccionaron con el postulado de que la aceptación del riesgo por la víctima se erigía en circunstancia impeditiva del nacimiento de la responsabilidad civil de su creador”*<sup>38</sup>. En ese sentido, se establece que se acuñó el concepto de la asunción del riesgo, *“como una reacción correctiva frente a la multiplicación considerable de los casos en los que el Tribunal de Casación [francés] apreciaba la existencia de responsabilidad civil por el hecho de las cosas, pues se había constatado que su aplicación rigurosa conducía a resultados poco equitativos para el sujeto dañador”*<sup>39</sup>.

Sin perjuicio de lo dicho, tal como se adelantó al inicio de este título, hay quienes consideran que el origen de la figura de la asunción del riesgo se encuentra en el transporte benévolo. Este tipo de transporte, a nivel comparado se ha definido como *“aquella modalidad del transporte que una persona realiza para otra gratuitamente, por buena voluntad, trasladándola de un lugar a otro”*<sup>40</sup> o bien, como aquel en el que *“el conductor de un vehículo por un acto de cortesía y con intención de beneficiar a otro, lo traslada de un punto a otro, sin que la persona favorecida con el transporte se obligue a prestación alguna”*<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> GERARD OSSES, MAURO (2015): Consideraciones dogmáticas sobre la asunción de riesgos, en Revista Derecho y Humanidades, N°26, 2015, p. 65.

<sup>38</sup> MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson, p. 34.

<sup>39</sup> MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson, pp. 32 y 33.

<sup>40</sup> FURLOTTI Silvina y QUIRÓS Pablo (2004): El transporte benévolo y la aceptación de los riesgos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en RCyS, Universidad de Mendoza p.2.

<sup>41</sup> FURLOTTI Silvina y QUIRÓS Pablo (2004): El transporte benévolo y la aceptación de los riesgos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en RCyS, Universidad de Mendoza p.2.

Ahora bien, en relación la figura en análisis, se precisa que *“la teoría de la asunción del riesgo, invoca que la persona se somete voluntariamente a los peligros que implica un transporte de cortesía, por ende, en caso de siniestro no puede invocar su propia culpa para pretender reparación; además sería contrario a todo sentimiento de justicia, tratar con igual severidad al que presta un servicio con miras en una retribución, que al que lo hace sin interés alguno, graciosamente o por pura complacencia<sup>42</sup>”*. Así las cosas, la asunción o aceptación del riesgo nacería como un argumento para eximir de responsabilidad civil a la persona que, sin ningún ánimo de lucro, transporta a otra y que, en ese evento, el pasajero sufre un accidente. De esta forma, la víctima mal podría intentar ejercer una acción de reparación en contra del conductor, quien gratuitamente lo transportó, debiendo soportar él mismo las eventuales consecuencias dañosas. En esa misma línea, se afirma que *“el carácter consensual del transporte benévolo (...) constituye el cimiento de la configuración negocial de la asunción de riesgo, al conformarse como la prestación de un consentimiento tácito a los daños que eventualmente puedan producirse y como concierto tácito, o en todo caso, presunto (verdadera ficción), de una cláusula de exención de la responsabilidad civil del agente dañoso<sup>43</sup>”*.

### 2.3. Diferenciación con otras figuras.

Para efectos de seguir adentrándonos en la tarea de delinear los contornos de la figura de la asunción del riesgo, es menester proceder a modo de exclusión. En particular, resulta necesario diferenciarla con la hipótesis regulada en el artículo 2330 de nuestro Código Civil, comúnmente denominada exposición imprudente al daño. Dicho artículo dispone lo siguiente, a saber, *“la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”*.

Pues bien, en primer lugar cabe señalar que la hipótesis regulada en el citado artículo excluye el caso en el que el actuar imprudente de la víctima sea la causa exclusiva del daño, pues en tal caso no existe una rebaja del monto de la indemnización, sino que derechamente no cabe hablar de indemnización, por ruptura del nexo causal. De este modo, se establece que *“si el*

---

<sup>42</sup> BLANCO, Gonzalo, PAOLI, Carla y ULLAN, Lilen (2011): Responsabilidad civil en el transporte benévolo, en Seminario sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Universidad Nacional de la Pampa, p. 49.

<sup>43</sup> MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson, p. 34.



*daño tiene una sola causa y ella es el hecho de la víctima, el demandado deberá ser exonerado de toda responsabilidad. El demandado no habrá participado, por su culpa, en la producción del daño*<sup>44</sup>.

Así las cosas, en el caso en comento “*el daño experimentado encuentra su origen tanto en la actividad del demandado como en aquella acción u omisión negligente de la propia víctima, configurando un fenómeno de concausas. En otros términos, el daño es el resultado coetáneo de ambos sujetos, aunque con intensidades diversas. Y es en virtud de esta participación convergente de ambos involucrados en el ilícito, que se procede a rebajar la cuantía del resarcimiento*”<sup>45</sup>. En esa misma línea, se afirma que la hipótesis del artículo 2330 “*(...) impone al agente una responsabilidad parcial fundada en la autorresponsabilidad de la víctima, a quien debe atribuirse parte del daño sufrido; su objetivo es cumplir con la máxima según la cual el agente no debe sino el daño que le resulta jurídicamente imputable*”<sup>46</sup>.

Con todo, en relación a la figura de la asunción del riesgo por parte de la víctima, en primer término, es posible establecer un escenario común, este es, que en ambos casos existe un actuar del sujeto pasivo del hecho ilícito y éste influye en la concreción del mismo. Aún más, para quienes consideran que la aceptación del riesgo por parte de la víctima –en cuanto causal de exoneración como se verá más adelante– excluye la causalidad, ambas figuras actuarían respecto de ese requisito de la responsabilidad civil. Sin embargo, se ha afirmado que poseen profundas diferencias, pues en la hipótesis del artículo 2330 “*(...) el daño es el resultado coetáneo de ambos sujetos, aunque con intensidades diversas*”<sup>47</sup>, vale decir, es indispensable para que opere dicha figura que la víctima concorra de manera negligente a la concreción del hecho dañoso, mientras que en la aceptación del riesgo “*en ningún caso es necesario que la víctima actúe de forma negligente, sino que bastará con que realice de forma voluntaria una actividad con algún riesgo inherente y que éste se manifieste en el daño sufrido*”<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> DOMINGUEZ ÁGUILA, Ramón (1996): El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, n°136, p. 42.

<sup>45</sup> BAHAMONDES O, Claudia y PIZARRO W, Carlos (2012): La exposición de la víctima al daño: desde la culpabilidad a la causalidad, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2012, n.39, p. 42

<sup>46</sup> SAN MARTÍN, Lilian (2016): Culpa concurrente de la víctima y daño por rebote o repercusión, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLVII, p. 159

<sup>47</sup> BAHAMONDES O, Claudia y PIZARRO W, Carlos (2012): La exposición de la víctima al daño: desde la culpabilidad a la causalidad, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2012, n.39, p. 42

<sup>48</sup> GERARD OSSES, MAURO (2015): Consideraciones dogmáticas sobre la asunción de riesgos, en Revista Derecho y Humanidades, N°26, 2015, p. 62

A mayor abundamiento, se afirma que otra diferencia entre ambas figuras viene dada con el momento en que la víctima interviene; esto, pues el accionar culposo de la víctima se produce en el mismo momento en el que se causa el daño; mientras que, en la asunción del riesgo, la víctima interviene con antelación a la producción del mismo, tal como se precisó anteriormente.

Por último, es posible advertir otra diferencia entre ambas figuras. Esto, pues –tal como se señaló con antelación – la asunción del riesgo requiere de una persona capaz que realice la declaración de voluntad en orden a aceptar el riesgo; mientras que para Corral Talciani, en el caso de la hipótesis de la culpa concurrente de la víctima, regulada en el artículo 2330, no sería necesario que la víctima fuese una persona capaz. Lo dicho, el autor lo argumenta afirmando que en este caso no existe una exención de responsabilidad fundada en la responsabilidad de la víctima, sino que ésta viene dada porque su actuar interviene en el proceder causal que genera el resultado dañoso. De ahí que afirma que la exposición imprudente al daño generará la reducción del quantum indemnizatorio aun cuando se trate de una persona incapaz<sup>49</sup>.

Sin perjuicio de lo dicho, hay quienes realizan un matiz al respecto, puesto que afirman que en el caso de la exposición imprudente al daño, es indispensable que se trate de una víctima capaz, afirmándose que existe “(...) *la necesidad que el demandado sea una persona capaz, lo que impide la aplicación del artículo 2330 CC. a los incapaces, quienes no son susceptibles de culpa, lo que es un elemento imprescindible para la procedencia de la exposición imprudente al daño*”<sup>50</sup>. Sin embargo, ello no implica que, si la víctima es una persona incapaz y ha concurrido con su actuar a la materialización del ilícito, el demandado deba soportar la totalidad de la indemnización, toda vez que “*el victimario sólo deberá responder de aquella parte que le resulta pertinente conforme a los parámetros de la causalidad*”<sup>51</sup>.

De este modo, es posible afirmar que, si bien para la aplicación del caso del artículo 2330 generalmente se afirma la necesidad de que la víctima sea capaz, lo que viene dado por el

---

<sup>49</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): Lecciones de Responsabilidad civil Extracontractual, Santiago: Editorial Thomson Reuters, p. 203.

<sup>50</sup> BAHAMONDES O, Claudia y PIZARRO W, Carlos (2012): La exposición de la víctima al daño: desde la culpabilidad a la causalidad, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2012, n.39, p48.

<sup>51</sup> BAHAMONDES O, Claudia y PIZARRO W, Carlos (2012): La exposición de la víctima al daño: desde la culpabilidad a la causalidad, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2012, n.39, p48.

vocablo utilizado en el Código, a saber, “*imprudentemente*”<sup>52</sup>; en términos prácticos la exposición al daño, sea de una persona plenamente capaz o no, puede generar una disminución del quantum indemnizatorio. Sin embargo, en el caso de la persona capaz, será por estricta aplicación del artículo 2330, entendiendo que ésta concurre con culpa a la concreción del ilícito civil; mientras que tratándose de un incapaz, la reducción vendrá dada por la inserción del hecho en el nexo causal.

En virtud de lo expuesto, es posible sintetizar las diferencias patentes que hay entre la asunción del riesgo, y la exposición imprudente al daño del siguiente modo, a saber, la aceptación del riesgo ocurre con antelación a la producción del daño, pues éste se representa para la potencial víctima como probable o eventual; mientras que la exposición imprudente ocurre de manera coetánea a la actuación del agente activo, pues concurre en el devenir causal de la producción del daño. De tal modo, la asunción es una exposición consciente a un eventual riesgo, en cambio la hipótesis del artículo 2330 es una exposición de carácter imprudente a un daño concreto. A mayor abundamiento, la aceptación del riesgo, al requerir la exposición consciente, precisa una potencial víctima capaz. Por su parte la exposición imprudente, en cuanto factor para disminuir el monto de la indemnización más allá de la literalidad del artículo 2330, acepta una víctima incapaz, con todo los bemoles y matices ya explicados.

Lo expuesto cobra vital importancia, incluso a nivel comparado pues en otras legislaciones, al no contar con un símil a nuestro artículo 2330, no siempre se afirma con total certeza la autonomía de la figura de la asunción del riesgo, respecto de la culpa de la víctima. Así, por ejemplo, resulta gráfico lo expuesto por Medina, en cuanto distingue entre asunción del riesgo en sentido propio e impropio, asimilándose en gran medida a la distinción que venimos de hacer.

La referida autora, señala que “*la hay en sentido propio cuando la víctima, sin intervención culposa, acepta el riesgo creado por otro, de tal manera que, de actualizarse, su aceptación se erige en la causa atributiva de los daños y da lugar a que éstos se le imputen a ella, porque tienen su origen en el riesgo consentido y no en el riesgo generado. En cambio, hay asunción en sentido impropio cuando a la causalidad aportada por el creador del riesgo, se une una actuación culpable de la víctima que, sin ser concausa del hecho dañoso en sí (ni de los daños causados a terceros), se alza como concausa de los daños sufridos por ella, de modo que se trata de un supuesto*

---

<sup>52</sup> DOMINGUEZ ÁGUILA, Ramón (1996): El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, n°136, p. 36.

*de causas concurrentes*<sup>53</sup>. Según lo expuesto, la asunción en sentido propio se erige como la verdadera figura que en el presente estudio pretendemos analizar, mientras que la asunción en sentido impropio es una situación jurídicamente similar a la hipótesis contemplada en nuestro Código Civil en el analizado precepto.

Por añadidura, resulta conveniente diferenciar de manera sucinta la asunción del riesgo con la renuncia de la acción de indemnización de perjuicios en materia extracontractual. Esto, pues si bien terminológicamente parecen ser suficientemente diferentes, en los hechos importan una diferencia más bien temporal.

Así las cosas, y tal como se había mencionado anteriormente, la asunción del riesgo requiere que la potencial víctima acepte el riesgo con antelación a la producción del daño, toda vez que si ésta entrega su voluntad, en orden a aceptar, una vez que el daño ya se ha producido, en la práctica lo que está realizando es simplemente renunciar al derecho que le asiste de demandar los perjuicios que ha sufrido.

Dicha diferenciación resulta vital, pues la figura de la asunción del riesgo, como causal de exoneración de responsabilidad, no se encuentra exenta de críticas y prevenciones; de hecho, como se verá, ni siquiera es conteste en doctrina nacional que constituya efectivamente un eximente de responsabilidad. Sin embargo, la renuncia a la acción de indemnización de perjuicios no carece mayores reparos, por tratarse de una acción con contenido pecuniario. De tal modo, se afirma que *“(e)s perfectamente aplicable el art. 12 del Código Civil a la renuncia de la acción para perseguir la responsabilidad civil. Así lo confirman el art. 28 CPP y el art. 56 NCPP, que declaran la extinción por renuncia de la acción civil derivada de cualquier clase de delitos”*<sup>54</sup>.

### CAPÍTULO III: Asunción del riesgo como causal de exoneración de responsabilidad

#### 3.1. Naturaleza jurídica

A nivel comparado son diversas las teorías que han intentado explicar la naturaleza jurídica de la asunción del riesgo, en cuanto eximente de responsabilidad del hechor, aun cuando generalmente son agrupadas en dos, a saber, teoría contractualista y causalista. Dichas teorías,

---

<sup>53</sup> MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson, pp. 45 y 46.

<sup>54</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): Lecciones de Responsabilidad civil Extracontractual, Santiago: Editorial Thomson Reuters, p.348.

en gran medida, se condicen con los diferentes orígenes que se le atribuyen a la asunción del riesgo, estas son, la teoría del riesgo creado y el transporte benévolo. Asimismo, optar por una u otra teoría implica adoptar una postura en relación al elemento de la responsabilidad civil que se entiende suprimido a efectos de exonerar al sujeto activo.

### 3.1.1. Teoría contractualista

Esta teoría encuentra su origen en el Derecho Romano, en particular en el principio *“nulla iniuria est, quae in volentem fiat”* que formulara Ulpiano en el Digesto (Libro XLVII, tit. X, 1. Ulpianus 5), que podría traducirse como *“no existe injuria para el que ha consentido”*<sup>55</sup>. De este modo, entendiendo injuria como perjuicio, lo que expone esta teoría es que cuando ha sido la propia víctima la que ha consentido en la realización del daño, dicha circunstancia constituye una causal de justificación, eliminando la antijuridicidad del hecho dañoso.

A mayor abundamiento, se afirma que *“se entiende que la víctima potencial, al asumir el riesgo —es decir, al someterse voluntariamente a él—, ha realizado de forma implícita una manifestación de voluntad mediante la cual ha evidenciado su intención de soportar los daños que eventualmente pueda sufrir y de no formular reclamación alguna al creador del riesgo”*<sup>56</sup>. De tal manera que *“estamos ante un pacto entre el agente creador del riesgo y la potencial víctima en virtud del cual esta última asume todos y cada uno de los riesgos y sus conducentes daños, exonerando así al primero por los daños que efectivamente se produzcan”*<sup>57</sup>.

Por último, es menester señalar que esta teoría fue primigeniamente aceptada como forma de explicar la naturaleza jurídica de la asunción del riesgo, dado que se consideraba que el origen de ésta radicada precisamente en el transporte benévolo. Así, y tal como se mencionó con antelación éste *“constituye el cimiento de la configuración negocial de la asunción de riesgo, al conformarse como la prestación de un consentimiento tácito a los daños que eventualmente puedan producirse y como concierto tácito, o en todo caso, presunto (verdadera ficción), de una cláusula de exención de la responsabilidad civil del agente dañoso”*<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> TOLOSA, Pamela y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ Lorena (2015): Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado en el Código Civil y Comercial, en Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencia y legislación, N°4, p1.

<sup>56</sup> MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson, p.78.

<sup>57</sup> GERARD OSSES, MAURO (2015): Consideraciones dogmáticas sobre la asunción de riesgos, en Revista Derecho y Humanidades, N°26, 2015, p. 67

<sup>58</sup> MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson, p.34.

### 3.1.2 Teoría causalista

Superada históricamente la idea de que la figura de la asunción del riesgo encuentra su origen en el transporte benévolo, entre otras razones por la difícil calificación de dicho transporte (no existe consenso si se trata de uno de carácter contractual o extracontractual<sup>59</sup>), se da paso a la teoría del riesgo creado. En su seno, como se explicó, nace la figura en comento, distinguiéndose entre el riesgo creado y el asumido. El primero es al que nos referimos latamente en el título acerca del origen, mientras que el segundo vendría dado por aquel en el que se erige la asunción del riesgo. De este modo, el riesgo asumido se inserta en el vínculo causal entre el riesgo creado por el hechor y la víctima, de tal manera que la virtualidad exoneradora viene dada por la ruptura de la relación de causalidad.

Lo anterior lo ha desarrollado doctrinalmente de manera vasta la autora Medina Alcoz, quien establece que *“la doctrina de la asunción del riesgo se asienta, por eso, en la ineludible necesidad de ponderar el rango causal de la conducta de la víctima en aquellos supuestos en que, sin ser ella la estricta productora del daño padecido, lo ha propiciado en exclusiva o de forma compartida. De esta forma, la doctrina del riesgo asumido, reverso de la doctrina del riesgo creado, sirve para fijar un límite razonable a esa actitud”<sup>60</sup>*.

Según lo expuesto, la referida tratadista inserta la asunción del riesgo en el campo del nexo causal, por lo mismo se utiliza la nomenclatura de asunción y no aceptación, dado que la segunda evoca indefectiblemente la idea de una declaración de voluntad, de un consentimiento.

Ahora bien, Medina Alcoz avanza en su análisis y explica que *“cuando el daño generado por el riesgo se imputa a su creador (por el rango causal del riesgo creado) es porque no puede imputarse a la víctima (ni a una fuerza mayor extraña); y cuando se imputa a ésta (por el rango causal del riesgo consentido), es porque no puede imputarse al que lo ha puesto en circulación”<sup>61</sup>*. Por último, afirma que *“cuando un sujeto asume el riesgo creado por otro, se rompe el nexo causal y el agente queda exonerado (asunción propia); y si la asunción del riesgo va acompañada de un componente negligente vinculado causalmente con el daño, que se une a la culpa*

---

<sup>59</sup> Véase en: BLANCO, Gonzalo, PAOLI, Carla y ULLAN, Lilen (2011): Responsabilidad civil en el transporte benévolo, en Seminario sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Universidad Nacional de la Pampa.

<sup>60</sup> MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson, pp. 36 y 37.

<sup>61</sup> MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson, p. 41

*(o causa) de su creador, la dualidad del nexo causal se traduce en la disminución del alcance de la responsabilidad civil de éste (asunción impropia)<sup>62</sup>*.

### 3.2. ¿Es la asunción del riesgo una causal de exoneración de responsabilidad en Chile?

Explicadas a grandes rasgos las doctrinas que fundamentan la naturaleza jurídica de la asunción del riesgo como eximente de la responsabilidad, es menester determinar si en Chile ello es aplicable.

Para lo anterior, y haciendo la debida advertencia de la escasa doctrina nacional que existe al respecto, nos remitiremos a los autores nacionales que han analizado la figura, aun cuando tangencialmente; asimismo, se analizará si se encuadran en las teorías de tipo contractual o causal.

En el marco de la doctrina nacional clásica, el primero en referirse a la aceptación del riesgo fue Alessandri. Este autor, tal como ya se mencionó, afirma que esta figura “*se constituye cuando la víctima se expone al daño a sabiendas de que pueda sobrevenir, dada la naturaleza del hecho que ejecuta o en que interviene o participa<sup>63</sup>*”. Asimismo, en la misma obra afirma que ésta es equiparable a la culpa exclusiva de la víctima, por lo que la considera una eximente de la responsabilidad del hechor, en la medida que entendemos que la culpa exclusiva de la víctima no genera ninguna responsabilidad a terceros. Respecto de cuál elemento de la responsabilidad civil eliminaría, se inclina por la antijuridicidad<sup>64</sup>.

Luego, Corral Talciani, afirmando la existencia de la figura de la aceptación del riesgo como eximente de responsabilidad, establece que “*cuando la víctima se expone al daño a sabiendas y con la*

---

<sup>62</sup> MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson, p. 82. a

<sup>63</sup> ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo (1983): De la responsabilidad extracontractual en el Derecho chileno, Santiago: Editorial Ediar Editores, p.619

<sup>64</sup> Véase en ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo (1983): De la responsabilidad extracontractual en el Derecho chileno, Santiago: Editorial Ediar Editores.

*debida información de que puede sobrevenir, no podrá después demandar su reparación*<sup>65</sup>. En ese mismo sentido, perfilando la figura, afirma que debe tratarse de un consentimiento previo al daño, tal como se señaló precedentemente en este estudio. Más adelante, continuando con el análisis, señala que *“el consentimiento de la víctima en ponerse en situaciones de riesgo puede funcionar como legitimante de la conducta del agresor, siempre que no haya dolo, y cuando el riesgo tenga un valor socialmente relevante”*<sup>66</sup>.

Así las cosas, de lo expuesto es posible desprender que el autor afirma la existencia de la figura como eximente de responsabilidad en nuestro derecho; asimismo, lo enmarca dentro del ámbito de la antijuridicidad, es decir, considera que el hechor es exonerado pues el consentimiento entregado por la víctima legitima su actuar, eliminando lo antijurídico; por último, realiza hincapié en el aumento del riesgo de manera relevante, en sintonía con lo que se anunció respecto de que no todos los riesgos que entraña la vida cotidiana puede dar paso a la asunción del riesgo.

Continuando con la revisión de la doctrina nacional, encontramos a Rodríguez Grez. El autor, dentro del análisis de la relación de causalidad en cuanto elemento de la responsabilidad civil, sitúa el estudio de la aceptación o consentimiento de la víctima. Al respecto, se pregunta *“si la víctima ha aceptado el daño sin haberlo querido, o bien ha aceptado un riesgo extremo (...) ¿es posible asimilar esta situación a la que corresponde a quien ha querido el daño y, por consiguiente, carece de todo derecho a ser indemnizado?”*<sup>67</sup>. Ante ello, afirma como regla general que el consentimiento de la víctima no suprime el carácter culposo de la actividad del hechor, sin embargo, enumera una serie de requisitos los que, de reunirse, eliminaría la culpa, a saber:

*“a) Que se trate de una actividad legitimada por disposición en forma expresa;*

*b) Que se trate de un riesgo razonablemente improbable y no cierto;*

*c) Que quien asume el riesgo lo haga conscientemente y en conocimiento de las consecuencias nocivas que puedan producirse;*

---

<sup>65</sup>CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): Lecciones de Responsabilidad civil Extracontractual, Santiago: Editorial Thomson Reuters, p.133.

<sup>66</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): Lecciones de Responsabilidad civil Extracontractual, Santiago: Editorial Thomson Reuters, p.133.

<sup>67</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010), Responsabilidad extracontractual: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p 415.



d) *Que se advierta la naturaleza del riesgo, su extensión y sus proyecciones;*

e) *Que se cumplan, si las hay, las medidas de prevención administrativa dispuestas por la autoridad (...)*<sup>68</sup>

En virtud de lo expuesto, es posible advertir que, el precitado autor acepta la figura de la asunción del riesgo como causal de exoneración de responsabilidad, en la medida en que se reúnan los requisitos ya señalados. Asimismo, en cuanto a cuál elemento de la responsabilidad civil suprimiría, realiza un matiz diferente a los demás autores nacionales. Esto, pues sostiene que, cuando se reúnen los requisitos, el consentimiento de la víctima legitima el actuar del hechor, eliminando la culpa de éste; sin embargo, dicho consentimiento, se inserta dentro del nexo causal, decantando más bien en una tesis causalista. En ese sentido, precisa que “*a juicio nuestro, como un acto culposo [refiriéndose al consentimiento de la víctima] que integra la causa que genera el daño*”<sup>69</sup>.

Por último, Barros Bourié afirma que si bien en materia extracontractual, de manera recurrente las partes no se conocen sino hasta el evento dañoso, nada obsta a que puedan existir “*acuerdos previos entre el potencial autor del daño y la eventual víctima, ya sea de forma de autorizaciones para realizar un determinado acto (caso en el cual el acuerdo es, en rigor, un acto jurídico unilateral), o de convenciones sobre responsabilidad, por medio de los cuales se acepta un cierto nivel de riesgo, se modifican condiciones de responsabilidad, etc.*”<sup>70</sup>. Acto seguido, señala que este consentimiento entregado por la víctima ha de estar sujeto a ciertos límites, a saber “*(i) la autorización no puede importar condonación de dolo futuro, por prohibirlo el artículo 1465 del Código Civil; y, (ii) no puede significar la renuncia de derechos indisponibles (como la vida o la integridad física), en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 del mismo Código*”<sup>71</sup>. Luego, realizando la debida distinción entre la renuncia de un derecho y la sola aceptación del riesgo –hipótesis en análisis –, sostiene que, si se trata de una simple aceptación, podría incluso referirse a bienes indisponibles, como por ejemplo la vida o la salud, solo en la medida en el que el riesgo sea razonable, y la probabilidad del daño no sea elevada. Finalmente, agrega “*para que la aceptación voluntaria del riesgo opere como causal de justificación, es necesario que el autor*

---

<sup>68</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010), Responsabilidad extracontractual: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p 427.

<sup>69</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010), Responsabilidad extracontractual: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p 416.

<sup>70</sup> BARROS BOURIE, Enrique (2006): Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 66.

<sup>71</sup> BARROS BOURIE, Enrique (2006): Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 66.

*del daño haya proporcionado a la víctima información suficiente acerca de éste y de sus componentes (intensidad y probabilidad del daño)”<sup>72</sup>.*

Ahora bien, según lo expuesto por los autores nacionales cabe señalar que todos aceptan, con distintos matices y reuniendo diferentes requisitos, que la aceptación del riesgo constituya un eximente de responsabilidad extracontractual en ciertos casos. Sin embargo, los citados autores consideran que ello es así por eliminar el elemento de la antijuridicidad (o la culpabilidad, para quienes no incluyen la antijuridicidad como elemento de la responsabilidad civil), salvo Rodríguez Grez, quien parecería incluirlo dentro de la casualidad de manera conjunta a la supresión de la culpa.

Realizando un análisis a la luz de las teorías que explican la naturaleza jurídica de la figura de la asunción del riesgo, es dable concluir que la gran mayoría de los autores que tratan el tema, lo sitúan dentro de la teoría contractualista. Esto, pues consideran que el consentimiento de la víctima legitima el actuar, por eliminar la antijuridicidad, tal como se explicó, no influyendo en el nexo causal entre el hecho ilícito y el daño. En el mismo sentido, razonan siempre sobre la base de una declaración unilateral de voluntad o de un consentimiento, lo que es más claro aún en los términos utilizados por Barros Bourié. Esto, con la única excepción de lo referido por Rodríguez Grez. Por último, al analizar la figura de la aceptación del riesgo, siempre devienen en un análisis de las denominadas cláusulas de irresponsabilidad, lo que demuestra la marcada tendencia contractualista existente en la doctrina nacional.

De acuerdo a lo dicho, es menester realizar una sucinta referencia a las denominadas cláusulas de irresponsabilidad, por la necesaria relación que existe en nuestra doctrina (precisamente por suscribir a teorías contractualistas respecto a la asunción del riesgo).

En primer término, Alessandri al referirse a éstas estima que, por regla general, son válidas. Sin embargo, no lo serían cuando versen sobre los daños a las personas, ello pues ésta se encuentra fuera del comercio humano, por lo que mal puede ser objeto de disposición<sup>73</sup>. Similar análisis que realiza Barros en su obra ya citada precedentemente.

---

<sup>72</sup> BARROS BOURIE, Enrique (2006): Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 66 y 67.

<sup>73</sup> Véase en ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo (1983): De la responsabilidad extracontractual en el Derecho chileno, Santiago: Editorial Ediar Editores.

Por su parte, Rodríguez Grez señala que *“debe reconocerse que no altera en absoluto la situación [refiriéndose a la aceptación del riesgo por parte de la víctima] el hecho de que existan cláusulas de irresponsabilidad, ya que, a nuestro juicio, el deber de comportarse diligentemente sin causar daño a nadie no puede alterarse por convenciones privadas o renunciarse en razón de intereses particulares. Una cláusula de esta especie vulnera el orden público y adolece, por lo mismo, de causa ilícita (...)”*<sup>74</sup>. Esto, se explica en gran medida por el hecho de que el citado autor, a diferencia de sus pares nacionales, inserta la asunción del riesgo en la relación de causalidad (al mismo tiempo que elimina la culpa del hechor). De ahí que, si bien trata ambos temas de manera conjunta, no considera que exista una relación entre ellas, desde el momento en que califica a las cláusulas como ilícitas, y la asunción del riesgo, bajo ciertos requisitos, lícita.

Con todo, más allá de la posición doctrinal que adopten los diferentes autores, conviene recordar y enfatizar la diferencia que existe entre la aceptación de un daño, en donde existe un verdadero acto de disposición y, por tanto, serían aplicables los límites señalados por Alessandri y esbozados de alguna manera por Rodríguez Grez; y la mera aceptación de un riesgo, que es el objeto de análisis del presente estudio. Al respecto, resulta clarificador lo precisado por Barros, en cuanto afirma que *“tratándose de la simple aceptación de un riesgo razonable, el acto debe entenderse autorizado aún cuando se refiera a bienes indisponibles. Así, ocurre respecto de quien realiza vuelos de prueba o participa en experimentos con fármacos (asume el riesgo de un daño probable respecto de bienes)”*<sup>75</sup>.

### 3.3. Análisis de la asunción del riesgo en legislaciones comparadas

Esbozado un panorama general de la asunción del riesgo en nuestro país, lo que devino en analizar a aquellos autores que han tratado la figura, aun de manera tangencial, debido a la escasa literatura nacional existente, y la ausencia de regulación en el derecho positivo; corresponde ahora analizar la aceptación del riesgo desde una perspectiva de legislaciones comparadas. Para efectos de acotar el presente estudio, y no eternizarlo de manera innecesaria, se examinará el derecho argentino y español, por la especial dedicación que dichos derechos han dedicado a la asunción del riesgo, tanto desde su regulación positiva, como su análisis doctrinal y jurisprudencial.

---

<sup>74</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010), Responsabilidad extracontractual: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p. 416.

<sup>75</sup> BARROS BOURIE, Enrique (2006): Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 66.

### 3.3.1. Legislación argentina

A efectos de analizar la asunción del riesgo a la luz del derecho argentino, es menester realizar una distinción, dado que es posible advertir dos etapas en relación a su aceptación y regulación. Esto, pues antes de la dictación del actual Código Civil y Comercial de la Nacional, cuya promulgación y publicación data de octubre de 2014, no existía consenso en la aceptación de la asunción del riesgo como eximente de responsabilidad. Ahora bien, tras la dictación del referido Código, cuya vigencia comenzó el 1 de agosto de 2015, actualmente en el derecho argentino se regula expresamente la figura de la asunción del riesgo como una causal de exoneración de responsabilidad, en su artículo 1719.

Pues bien, comenzando por aquella etapa previa al actual Código Civil y Comercial, en Argentina no existía una regulación orgánica ni sistemática de la asunción del riesgo. De este modo, y tal como se adelantó, la doctrina no se encontraba conteste en su aceptación como eximente de responsabilidad civil extracontractual. De ahí que se afirmaba que *“la figura es artificial y carente de justificación y, aun en el hipotético caso de haber el damnificado aceptado un riesgo, habrá que indagar si dicha actitud puede asumir, desde el plano causal, la entidad de hecho de la víctima y, en caso afirmativo, podrá ver afectado su derecho a obtener la reparación integral del daño experimentado”*<sup>76</sup>. A mayor abundamiento, se precisaba que gran parte de la doctrina sostenía *“su falta de autonomía y su condición de figura artificial carente de justificación dentro de un sistema legal como el nuestro, que admite la liberación del supuesto responsable cuando prueba el hecho de la víctima”*<sup>77</sup>.

En el mismo sentido de lo referido por la doctrina, la jurisprudencia argentina no admitía a la asunción del riesgo como una figura autónoma diferente de la culpa de la víctima. Esto, se plasmó en una sentencia en donde se analizó un accidente que se produjo en el marco de un servicio de vuelos de parapente. Al respecto, la Corte afirmó que *“la alegada asunción de riesgos no es atendible toda vez que ella no es por sí misma una causa de exoneración si no se demuestra una falta de la víctima, que en el caso no se reputó acreditada”*<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> PITA, Enrique (2009): El hecho de la víctima como eximente parcial de responsabilidad (La llamada “culpa concurrente”), n°2, recurso electrónico disponible en: [http://181.168.124.69/files/koha\\_ip.php?d=rc&bibliumber=10094](http://181.168.124.69/files/koha_ip.php?d=rc&bibliumber=10094) [Recuperado el 20 de noviembre], p.14

<sup>77</sup> PITA, Enrique (2013): La responsabilidad civil deportiva, en Tesis doctoral en Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Secretaría de posgrado, Universidad Nacional del Litoral, Argentina, p. 163.

<sup>78</sup>PITA, Enrique (2013): La responsabilidad civil deportiva, en Tesis doctoral en Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Secretaría de posgrado, Universidad Nacional del Litoral, Argentina, p. 164.

Ahora bien, tras la dictación del referido Código Civil y Comercial argentino en 2014, el panorama legislativo varió de manera considerable. Así las cosas, dicho cuerpo normativo, en su artículo 1719 inciso 1 establece expresamente la asunción del riesgo en los siguientes términos, a saber: *“Asunción de riesgos. La exposición voluntaria por parte de la víctima a una situación de peligro no justifica el hecho dañoso ni exime de responsabilidad a menos que, por las circunstancias del caso, ella pueda calificarse como un hecho del damnificado que interrumpe total o parcialmente el nexo causal.”*

De la simple lectura del citado precepto, es posible afirmar que la legislación argentina, al regular la asunción del riesgo, la inserta dentro de la doctrina causalista, toda vez que razona sobre la base de que el consentimiento de la víctima interrumpe el nexo causal. A propósito de ello, se afirma que *“la eximente de la responsabilidad del generador del riesgo, no se localizará en el plano de la exclusión de la antijuridicidad (como la que se lograría con el consentimiento del damnificado que constituiría una causal de justificación), sino en el terreno de la causalidad, puesto que la asunción consciente del riesgo es imputable al hecho de la víctima, lo cual es susceptible de erigirse en un supuesto de causa ajena idóneo para fracturar –en todo o en parte– el ligamen causal”*<sup>79</sup>.

Por último, en relación con lo anterior, es menester distinguir la asunción del riesgo con el consentimiento del damnificado, que se erige dentro de una doctrina contractualista, en cuanto existe un consentimiento en orden a aceptar un determinado acto o actividad. De este modo, el artículo 1720 del Código Civil y Comercial, lo diferencia claramente al definirlo en los siguientes términos, a saber: *“consentimiento del damnificado. Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles”*.

### 3.3.2. Legislación española

A diferencia de lo que acontece en Argentina, y que venimos de revisar, en España no existe un tratamiento orgánico y general de la figura de la asunción del riesgo, aun cuando su aplicación en la práctica jurisprudencial, con bemoles, ha sido numerosa. Así las cosas, se afirma desde la doctrina que la asunción del riesgo no ha recibido la debida atención, señalándose que *“aparece solo en algunos estudios jurisprudenciales y, de forma incidental, en el análisis de*

---

<sup>79</sup> TOLOSA, Pamela y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ Lorena (2015): Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado en el Código Civil y Comercial, en Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencial y legislación, N°4, pp. 4 Y 5

*algunas responsabilidades reguladas en Leyes especiales<sup>80</sup>”. Asimismo, se estima que “para corregir esta tendencia, considero que la figura autónoma —relativamente autónoma— de la asunción del riesgo por la víctima debe ser objeto de especial atención doctrinal, porque se corresponde con un fenómeno real que incide, de modo relevante, en el tratamiento de la responsabilidad derivada de los daños conectados con las actividades de riesgo específico”<sup>81</sup>.*

En virtud de lo expuesto, es posible afirmar que la asunción del riesgo en España dice relación con una construcción eminentemente jurisprudencial. Sin embargo, no son escasas las críticas que se realizan al tratamiento que hacen los Tribunales españoles, a la hora de analizar la figura. Ello, pues se estima que en las variadas sentencias en las que se hace referencia a la asunción del riesgo, de manera recurrente el juez no realiza la debida distinción entre asunción del riesgo en sentido propio del impropio. Cabe mencionar que, tal como se expuso con antelación, dicha distinción resulta clave a la hora de calificar la autonomía de la figura, toda vez que en sentido impropio no es más que entenderla dentro de la culpa de la víctima. Al respecto, se sostiene que *“la asunción del riesgo por parte del que sufre el daño no suele distinguirse en España de la culpa exclusiva de la víctima”<sup>82</sup>.*

A mayor abundamiento, bajo la misma lógica, se afirma que *“la asunción del riesgo, utilizada en los supuestos analizados como un mecanismo de exoneración de la responsabilidad, constituye nada más que un típico ejemplo de la asunción del riesgo en sentido impropio<sup>83</sup>”*. Luego, tras el análisis de sentencias judiciales se precisa que *“(…) la alusión al expediente de la aceptación del riesgo que efectúan las sentencias comentadas no constituye causa de exoneración en sentido técnico que libere de la responsabilidad al demandado, sino significa más bien que es a la víctima a quien corresponde soportar los daños que derivan de riesgos por cuya producción no responde el demandado”<sup>84</sup>.*

Asimismo, al analizarse los riesgos taurinos se afirma que *“muchos son los casos de daños que se producen con ocasión de festejos taurinos. Claro que no en todos ellos puede apreciarse la culpa exclusiva de la víctima (o más bien la asunción del riesgo por su parte, aunque la jurisprudencia española no suele hacer la*

---

<sup>80</sup> MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson, p. 37

<sup>81</sup> MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson, p. 37.

<sup>82</sup>BERGEL, Yolanda (2015): La responsabilidad del poseedor de animales y cosas, en Practicum daños 2015, p. 385

<sup>83</sup> LUBOMIRA, María (2015): El riesgo y la responsabilidad objetiva, tesis doctoral, Universidad de Girona, España, p. 377

<sup>84</sup> LUBOMIRA, María (2015): El riesgo y la responsabilidad objetiva, tesis doctoral, Universidad de Girona, España, p. 377

*distinción entre una y otra) pues dependerá, como hemos apuntado, del ámbito de riesgo asumido por la víctima en función de las circunstancias del caso (...)*<sup>85</sup>”

Con todo, de manera acertada, Medina Alcoz analiza la figura de la asunción del riesgo de manera autónoma a la culpa de la víctima, centrándola en la dualidad del riesgo creado y del riesgo consentido, enmarcado dentro de la teoría del riesgo creado. Así, ésta afirma que “*la (estricta) asunción del riesgo por la víctima exonera a su creador cuando la imputación del daño se desplaza del riesgo creado al riesgo consentido, de modo que quedamos situados ante un supuesto en que no hay responsabilidad por el riesgo (creado), sino irresponsabilidad como consecuencia del riesgo (aceptado)*”<sup>86</sup>.

En esa misma línea, aun cuando no es uniforme, es posible encontrar sentencias emanadas de Tribunales españoles, que fallan en base a la autonomía de la asunción del riesgo. A modo ejemplar, y por lo clarificadora de sus afirmaciones, se cita la siguiente, a saber: “*no cabe aplicar la teoría del riesgo cuando se discute la negligencia del propio demandante, conocedor de su profesión, pero descuidado en cuanto asumió un riesgo propio por omitir las advertencias del conductor de la grúa, por lo que no pueden trasladarse a éste los efectos de la negligencia de la propia víctima*”<sup>87</sup>.

Así las cosas, en razón de lo expuesto, si bien en la legislación española no existe una regulación orgánica de la asunción del riesgo, como acontece en Argentina; la figura sí se encuentra perfilada, aun con límites difusos con la culpa de la víctima. En ese sentido, se erige como una construcción jurisprudencial, con bastante aplicación práctica, por parte de los Tribunales de Justicia, particularmente en lo que respecta a riesgos deportivos, lo que se analizará en el siguiente apartado.

#### 3.4. Casos dogmáticos: riesgos deportivos y empresas tabacaleras

Habiéndose ya analizado, en términos generales, la figura de la asunción del riesgo, tanto en doctrina nacional como comparada, es menester centrar el estudio en casos prácticos en los que la aceptación del riesgo sí constituye una causal de exoneración de responsabilidad extracontractual. Para tales efectos, se examinarán dos casos dogmáticos, y ampliamente desarrollados en diferentes países; siendo éstos, en primer lugar, la exposición a los riesgos

---

<sup>85</sup> BERGEL, Yolanda (2015): La responsabilidad del poseedor de animales y cosas, en Practicum daños 2015, p. 385.

<sup>86</sup> MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson, p. 52.

<sup>87</sup> Véase RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, GARCÍA, Ignacio, MILÁ, Rosa, ALB, Carlos, FARNÓS Esther y otros (2009): 80 casos de Derecho de daños (2004-2008), n°3, p. 16

deportivos, y luego la responsabilidad que le cabe a las empresas tabacaleras, en relación con la exposición al riesgo por parte de la persona fumadora.

#### 3.4.1. Riesgos deportivos

La figura de la asunción del riesgo, como se expuso, nace precisamente como una necesaria consecuencia de la mayor exposición al riesgo que existe de manera cotidiana, y que se debe, en gran medida, al avance de la tecnología y la ciencia. Así las cosas, no resulta extraño barajar la posibilidad de que, en ciertos casos, se exima de responsabilidad al autor de un hecho ilícito, cuando en realidad ha sido la propia víctima la que se ha expuesto, de manera consciente, al riesgo.

Ahora bien, si lo anterior se aplica de manera general, y con matices, respecto de situaciones cotidianas en las que se produce un aumento el riesgo extraordinario; con mayor medida habrá de entenderse aplicable en el marco de las prácticas deportivas. Esto, pues el deporte -unos más que otros- contienen un riesgo inherente a la actividad.

Dicho lo anterior, existe gran consenso doctrinal en que la asunción del riesgo es aplicable en el marco de la realización de actividades deportivas. Sin embargo, como es de imaginarse, ésta ha de poseer un límite, y cumplir con ciertos requisitos. De esta forma, se ha establecido que *“(...) de las reglas ordinarias de la responsabilidad civil (...) [se afirma] la existencia de un principio unificador en esta materia: el del «riesgo deportivo consentido», que se traduce en que quien practica un deporte acepta, dentro de ciertos márgenes y límites bien determinados, que puede sufrir un daño”*<sup>88</sup>.

Ahora bien, es menester establecer de manera general la necesidad de que el riesgo que entraña la actividad sea conocido por los deportistas, así se señala que *“difícilmente podemos determinar si los participantes en un evento deportivo asumen, aceptan e incluso abrazan los riesgos inherentes al tipo de práctica y a los recorridos diseñados, si no tenemos la confirmación absoluta de que son plenamente conocedores de los mismos. No podemos consentir lo que no conocemos”*<sup>89</sup>. Desde un punto de vista práctico, deberíamos entender satisfecho el deber de información, respecto de los riesgos, con la existencia del reglamento del deporte que se ha de practicar. Sin embargo, como veremos, la realidad deportiva muchas veces supera lo establecido en dichos cuerpos normativos que regulan la actividad.

---

<sup>88</sup> MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson, p. 245.

<sup>89</sup> BARRANCO REYES, Jesús (2015): Riesgo consentido vs riesgo conocido: en defensa del briefing, en Revista Segurotecnia, nº 421, p. 2 y 3.



Para puntualizar el presente estudio, cabe hacer presente que, dentro de los denominados riesgos deportivos, es posible distinguir entre aquellos *espectaculares*, que dicen relación con los organizadores de los eventos deportivos frente a los deportistas y los terceros asistentes; y los riesgos *estrictamente deportivos*, siendo aquellos que “*se desenvuelven con ocasión de la celebración de la prueba o competición deportiva en sí, dentro de los que se diferencian los daños que sufren los propios deportistas (incluyendo a los protagonistas asimilados) y los que sufren los espectadores y terceros que no participan en la realización de la actividad deportiva (protagonistas pasivos)(...)*”<sup>90</sup>. Para efectos de esta investigación, nos centraremos en los segundos, es decir, los estrictamente deportivos, toda vez que éstos se relacionan con la figura de la asunción del riesgo.

Delimitado el objeto de estudio, se analizarán los requisitos generales que han de concurrir para que se configure la figura de la asunción del riesgo en materia deportiva. Para ello, se considerará como base la enumeración realizada por López Sánchez<sup>91</sup>, a saber:

a) Participación real en la actividad originadora de los daños

En relación a este requisito encontramos los denominados protagonistas pasivos a los que se refería Medina Alcoz, citada anteriormente, pues se refiere a aquellas personas que asisten al evento deportivo, que no participan directamente en él, pero que se encuentran del mismo modo que el deportista -aun cuando no necesariamente con la misma probabilidad- expuestos al riesgo que entraña la actividad a la que asisten. En esa línea, se dice que “*se presume que toda persona que acude a presenciar el desarrollo de un acontecimiento deportivo asume los riesgos derivados del ejercicio de dicha actividad, y cuanto mayor es la peligrosidad del deporte, mayor riesgo asume el espectador*”<sup>92</sup>. Desde un punto de vista jurisprudencial, se ha fallado que “*es un hecho notorio y conocido para cualquier persona que alguna vez haya visto un partido de fútbol [...], que en numerosas ocasiones a lo largo de un partido el balón vaya a parar a la grada (y por ende, al público que está en ella), normalmente sin ninguna consecuencia para el que finalmente lo sufre (...)* Por lo tanto todo espectador que acude a un estadio de fútbol, y

---

<sup>90</sup> MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson, p.247 7

<sup>91</sup> Véase en: LOPEZ SÁNCHEZ, Alejandro (2014): Responsabilidad civil y deporte. Aproximación jurídica al deporte como actividad de riesgo, en Revista española de educación física y deportes, n°405.

<sup>92</sup> DÍAZ ROMERO, María (2000): La responsabilidad civil extracontractual de los deportistas, en Anuario de Derecho Civil, n° LIII-4, p. 1487.

*más los que se sientan detrás de las porterías asumen el hecho de que el balón pueda ir a parar a la localidad desde la que contemplan el partido e incluso que pueda llegar a impactarles con mayor o menor fuerza<sup>93</sup>”.*

Respecto a la participación del deportista en la actividad, no es menester realizar mayores declaraciones, toda vez que su consentimiento a participar en la actividad resulta imprescindible para que ésta se concrete. Ahora bien, el hecho de que consienta en jugar, ¿implica necesariamente asumir el riesgo que tiene de suyo? Ante ello se ha afirmado que *“la exención de la responsabilidad del deportista se basa en el consentimiento dado por la víctima para participar en el juego, pues implica la aceptación de los riesgos inherentes al deporte”<sup>94</sup>*. Asimismo, doctrinalmente se sostiene que *“se puede entender que hay asunción de riesgos cuando alguien decide participar de una actividad determinada a sabiendas de que de ello implica un riesgo y que podría derivar en la producción de un daño a su persona. De tal forma, en estos casos el damnificado, lejos de cumplir un papel pasivo, se hace cargo del riesgo al consentir, de manera voluntaria y libre, expresa o tácita, las posibles consecuencias peligrosas de la actividad que encara”<sup>95</sup>*.

b) Es necesario que exista un riesgo claro y de suficiente entidad

Este requisito se planteó en los orígenes de este estudio, dado que no solo en materia deportiva, sino que, en la aplicación general de la asunción del riesgo, se ha de estar ante un aumento extraordinario del riesgo, de manera tal que no sería posible aplicarlo a riesgos cotidianos, porque generaría una aplicación extensiva y arbitraria de la figura. Ahora bien, en materia deportiva se hace una distinción entre riesgos genéricos y específicos, señalándose que se entiende por los segundos aquellos *“que resultan connaturales a determinada actividad y, en lo que a los fines de este trabajo interesa, a los deportes en sus diversas modalidades”<sup>96</sup>*. Acto seguido, precisa que *“incluso, no todos los deportes son portadores del mismo riesgo y, en ese sentido, pueden identificarse supuestos que conllevan un alto grado de riesgo y consecuente posibilidad de daños graves (así todos los llamados deportes*

---

<sup>93</sup> LOPEZ SÁNCHEZ, Alejandro (2014): Responsabilidad civil y deporte. Aproximación jurídica al deporte como actividad de riesgo, en Revista española de educación física y deportes, n°405, p. 72

<sup>94</sup> MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson, p. 254

<sup>95</sup> VILLAGRÁN, Santiago (2014): Algunas consideraciones sobre la responsabilidad por el accidente deportivo. ¿Un típico ejemplo de caso fortuito?, en Revista Jurídica UCES, N°18, p. 15.

<sup>96</sup> PITA, Enrique (2013): La responsabilidad civil deportiva, en Tesis doctoral en Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Secretaría de posgrado, Universidad Nacional del Litoral, Argentina, p. 164.

*extremos) y otros donde se admiten matizaciones de mayor riesgo (así el box, el rugby, el automovilismo y el motociclismo) a menor riesgo (el fútbol, el hockey, el baloncesto)*<sup>97</sup>.

Así las cosas, de acuerdo a lo expuesto, ha de tratarse necesariamente de un riesgo específico, por oposición a los genéricos que podrían identificarse como aquellos riesgos cotidianos; asimismo, este aumento extraordinario deberá ponderarse de acuerdo a la actividad deportiva de la que se trata, toda vez que, como se expuso, no es lo mismo la práctica de un deporte extremo que, por ejemplo, practicar fútbol.

c) Voluntariedad consciente en la realización de la actividad

Ante este requisito se afirma que *“la víctima ha de conocer los riesgos de la actividad deportiva practicada y los debe haber aceptado de forma voluntaria*<sup>98</sup>”. A mayor abundamiento se estima que *“la asunción por parte del deportista o jugador de los riesgos propios de la actividad se entiende prestada aún frente a la ausencia de manifestación expresa, pues ella surge del mero hecho de participar en la actividad*<sup>99</sup>”.

De acuerdo a lo dicho, es menester que la víctima se haya expuesto conscientemente al riesgo, lo que presupone tanto el pleno conocimiento de éste, como también un consentimiento exento de vicios. De esta forma, la exposición consciente liberará de responsabilidad al hechor, tal como se falló en una causa sobre un accidente provocado en la práctica de *rafting*. Al respecto, el tribunal afirma que *“es cierto que existía una situación de riesgo (...) pero se trataba de una actividad voluntaria, cuyo peligro era conocido por el solicitante, y el accidente se produjo dentro del ámbito del riesgo asumido y aceptado (...)*<sup>100</sup>”

d) Sometimiento a un riesgo normal, adecuado al deporte practicado

Por último, si bien ha de tratarse de un aumento extraordinario del riesgo, éste debe enmarcarse dentro de la actividad deportiva. Esto, es de toda lógica, si se piensa que una

---

<sup>97</sup> PITA, Enrique (2013): La responsabilidad civil deportiva, en Tesis doctoral en Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Secretaría de posgrado, Universidad Nacional del Litoral, Argentina, p. 164.

<sup>98</sup> LOPEZ SÁNCHEZ, Alejandro (2014): Responsabilidad civil y deporte. Aproximación jurídica al deporte como actividad de riesgo, en Revista española de educación física y deportes, n°405, p. 72

<sup>99</sup> VILLAGRÁN, Santiago (2014): Algunas consideraciones sobre la responsabilidad por el accidente deportivo. ¿Un típico ejemplo de caso fortuito?, en Revista Jurídica UCES, N°18, p. 18.

<sup>100</sup> Véase en: IZQUIERDO, Darío (2016): La responsabilidad extracontractual: responsabilidad por caídas y accidentes en espacios privados en la doctrina del tribunal supremo, Tesis de Máster, Universidad de Oviedo, España, p.12.

aplicación extensiva de la asunción del riesgo en materia deportiva, dejaría en la desprotección a las víctimas.

En relación a lo expuesto, desde un punto de vista doctrinal se sostiene que *“la exención de la responsabilidad del deportista se basa en el consentimiento dado por la víctima para participar en el juego, pues implica la aceptación de los riesgos inherentes al deporte (...) En este sentido, debe quedar claro que se asumen los riesgos normales (típicos) del juego o de la competición y no los riesgos anormales (atípicos o cualificados). Quedan, pues, al margen de aquéllos los actos estrictamente dolosos, los actos brutales y también las actuaciones que no estén relacionadas con las exigencias de la competición”*<sup>101</sup>. A mayor abundamiento, *“sólo hay asunción del riesgo en la medida y límite del ejercicio regular del deporte a practicar”*<sup>102</sup>. Con todo, la realidad deportiva muchas veces sobrepasa lo establecido en la teoría, y es posible constatar que lesiones realizadas, por sobre el reglamento, carecen de una sanción civil.

### 3.4.2. Responsabilidad de las empresas tabacaleras

Corresponde analizar, por último, la figura de la asunción del riesgo en relación a la responsabilidad que les cabe a las empresas tabacaleras por los daños a la salud que produce el tabaco. En ese sentido, la interrogante que se busca responder es si en el acto de fumar existe una real asunción del riesgo por parte del fumador, de tal manera que la empresa tabacalera queda liberada de toda responsabilidad.

Para lo anterior, es menester dejar asentado desde ya que, de acuerdo a lo establecido en el preámbulo del Convenio Marco de la OMS para el Control de Tabaco, la amenaza a la salud pública que conlleva el tabaquismo es real, por lo que la relación de causalidad entre el cigarro y el daño lo consideraremos la premisa inicial. En esa línea, el referido Convenio establece que *“la propagación de la epidemia de tabaquismo es un problema mundial con graves consecuencias para la salud pública, que requiere la más amplia cooperación internacional posible y la participación de todos los países en una respuesta internacional eficaz, apropiada e integral”*<sup>103</sup>. Asimismo, que *“la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad, y que las enfermedades relacionadas con el tabaco no aparecen inmediatamente*

---

<sup>101</sup> MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson, p. 254.

<sup>102</sup> VILLAGRÁN, Santiago (2014): Algunas consideraciones sobre la responsabilidad por el accidente deportivo. ¿Un típico ejemplo de caso fortuito?, en Revista Jurídica UCES, N°18, p 16.

<sup>103</sup> Preámbulo Convenio Marco de la OMS para el Control de Tabaco

*después de que se empieza a fumar o a estar expuesto al humo de tabaco, o a consumir de cualquier otra manera productos de tabaco*<sup>104</sup>”.

Dejada asentada la premisa de que el hábito de fumar genera daño a la persona fumadora, es menester determinar si entonces estamos ante una verdadera asunción del riesgo. Para ello, se expondrán la experiencia comparada de Estados Unidos.

Siguiendo lo expuesto por Corral Talciani<sup>105</sup>, en Estados Unidos los juicios contra las empresas tabacaleras por los daños ocasionados por el cigarro, reconocen tres grandes etapas. La primera, entre los años 1950 y 1960 devinieron en una exoneración de las empresas por no haberse acreditado el nexo causal, debido en gran parte al escaso estudio científico de la materia. Posteriormente, en la segunda etapa ya se encontraba comprobada la relación existente entre el daño y el hábito de fumar. Así las cosas, en base a aquella premisa se ingresaron nuevas demandas en contra de las empresas tabacaleras, las que fueron rechazadas *“básicamente por estimar las Cortes que los fumadores eligieron una actividad que conocían como dañosa”*, haciendo clara alusión a la figura de la asunción del riesgo. La tercera etapa, se encuentra marcada por las acciones de clase y por el fundamento de que no sólo las personas fumadoras presentan daños en la salud, sino también aquellos que se exponen de manera involuntaria. Ante esto, y la constatación de que el tabaco produce adicción, las últimas demandas sí fueron acogidas, haciendo responsables a las empresas tabacaleras, pero basándose en dolo y fraude, por no haber alertado la adicción que el producto generaría.

En lo que respecta al presente estudio, de acuerdo a lo expuesto, es posible afirmar que las cortes efectivamente acogieron la tesis de la asunción del riesgo, al entender que los fumadores se exponen voluntariamente a los daños que genera el tabaco, liberando así de responsabilidad a las empresas de tabaco.

Ahora bien, ¿es lo anterior aplicable a nuestro ordenamiento jurídico? De acuerdo a lo expuesto por el autor nacional Rodríguez Grez, el caso del fumador constituiría una verdadera asunción del riesgo, toda vez que se cumplirían los requisitos por él establecidos, y expuestos ya en este estudio, para la exención de responsabilidad basada en la aceptación del riesgo de la víctima. A saber, en primer término, se trata de una actividad legitimada por disposición expresa, toda vez que afirma *“el cultivo y elaboración del tabaco es una actividad legitimada por la*

---

<sup>104</sup> Preámbulo Convenio Marco de la OMS para el Control de Tabaco

<sup>105</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): Lecciones de Responsabilidad civil Extracontractual, Santiago: Editorial Thomson Reuters, pp. 143 y ss.

*autoridad pública, lo cual hace desaparecer, a juicio nuestro, la antijuridicidad de un supuesto ilícito civil*<sup>106</sup>. Luego, existe un riesgo razonablemente probable pero no cierto, dado que “*el riesgo de fumar es razonablemente incierto, ya que no todos los fumadores sufren un daño grave o un menoscabo en su salud*”<sup>107</sup>.

En relación con los siguientes requisitos, estos son, que quien asuma el riesgo lo haga de manera consciente y que se advierta la naturaleza y extensión del riesgo, el citado autor afirma que “*las personas que optan por fumar no pueden sino estar plenamente conscientes de los peligros a que se exponen. Nadie, creemos nosotros, podría sustraerse al conocimiento de las advertencias contenidas en los envases y en la propaganda del cigarrillo (...). Tampoco podría desconocerse la naturaleza del riesgo, su extensión y sus proyecciones*”<sup>108</sup>.

Por último, se cumplen las medidas de prevención que dispone la autoridad administrativa, así “*todos los fabricantes dan cumplimiento a las medidas preventivas antes comentadas, ya que las mismas están sujetas a un control estricto cuya infracción está severamente penada en la ley*”<sup>109</sup>.

De acuerdo a lo expuesto por el autor, es dable concluir que la hipótesis del fumador, concurriendo los requisitos señalados, constituye un caso práctico en el que se exonera de responsabilidad a las empresas tabacaleras, por la asunción voluntaria y consciente del riesgo por parte de la víctima. Con todo, precisamos que no debiese ser extensivo a quienes se ven expuestos de manera no voluntaria al tabaco, toda vez que faltaría el requisito fundamental, cual es la aceptación plenamente consciente. Lo mismo aplicaría para quienes carecen de capacidad y discernimiento.

A mayor abundamiento, a similar conclusión ha arribado la doctrina y jurisprudencia española. De este modo, se afirma que “*la responsabilidad debe recaer sobre quien voluntariamente decide someterse a ese ámbito de riesgo, en este caso, la víctima del tabaco: [...] esta asunción voluntaria de un riesgo extremado ha de operar suprimiendo la responsabilidad del agente a quien no se demuestre su propia culpa o negligencia. Y ello es así porque, conforme el sistema de responsabilidad procedente en estos supuestos, no resulta lógico ni justo*

---

<sup>106</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010), Responsabilidad extracontractual: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p. 433.

<sup>107</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010), Responsabilidad extracontractual: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p. 434.

<sup>108</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010), Responsabilidad extracontractual: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p. 434.

<sup>109</sup> RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010), Responsabilidad extracontractual: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I, p. 434.

*imputarle una conducta imprudente o negligente a quien se ha limitado a proporcionar al consumidor un producto de libre venta, autorizado, y del cual su peligrosidad se halla adecuadamente informada*<sup>110</sup>.

## CAPÍTULO IV: Consideraciones finales

### 4.1. Conclusiones

A lo largo del presente estudio ha sido posible constatar, en primer lugar, que la figura de la asunción del riesgo, no ha sido recurrentemente objeto de estudio de los tratadistas chilenos, quienes, en general, se remiten a examinarlo de manera tangencial, y relacionándola con las cláusulas de irresponsabilidad. Esto, se explica en gran parte con su desregulación en el derecho chileno, y la escasa aplicación que ha tenido en sede judicial.

En segundo término, es dable concluir que quienes sí han estudiado la figura, sí consideran que se erige, dentro de nuestro Derecho, como una causal de exoneración de responsabilidad civil extracontractual. Sin embargo, la gran mayoría de los autores entiende que es así, por el expediente de eliminar la antijuridicidad del hecho dañoso mediante el consentimiento de la víctima. De ahí que devienen en analizar las referidas cláusulas de irresponsabilidad, toda vez que aún aparecen anclados a la idea primigenia de la asunción del riesgo como una declaración de voluntad, situándose en la tesis contractualista.

Por otro lado, a partir de una mirada comparada, en particular respecto de la legislación argentina y la jurisprudencia española, es posible concluir que en tales países existe un mayor análisis de la asunción del riesgo como eximente de responsabilidad. Con todo, se vislumbra con mayor claridad en la legislación argentina, en cuanto su nuevo Código Civil y Comercial es certero a la hora de analizar la asunción del riesgo y explicarla desde una perspectiva causalista; mientras que en España, aun cuando el análisis de la figura data de antaño, sigue existiendo un vaivén en su jurisprudencia, dado que no siempre logran visualizar la distinción entre asunción propia e impropia, que no es más que entender que la asunción de la víctima es una situación jurídicamente diferente a la culpa de ésta.

Lo anterior, evidencia con toda claridad la difícil conceptualización que existe con la figura, no solo en Chile, sino también a nivel comparado. Con todo, cabe señalar que nuestra legislación

---

<sup>110</sup> GALLARDO, Lorena (2016): Sobre la naturaleza jurídica del tabaco desde el paradigma de la responsabilidad por productos, en Revista de Derecho UNED, n° 19, p. 706.

cuenta con un importante elemento, cual es la hipótesis del artículo 2330 del Código Civil, que nos permite distinguirla inmediatamente de la asunción del riesgo, y que en otras legislaciones no existe.

Ahora bien, tras el análisis de las legislaciones argentina y española, tal como se esbozó de manera sucinta, y extrapolándolo a nuestro país, es posible sostener que la asunción del riesgo, en cuanto causal de exoneración de responsabilidad extracontractual, es aplicable en Chile, y constituye una figura autónoma de la regulada en el artículo 2330, a saber, la exposición imprudente al daño. Asimismo, es menester precisar que sería conveniente que, en el análisis de la figura en comento, la doctrina nacional superara la noción contractualista sobre la que razona, pues es ésta -a nuestro juicio- la que no permite avanzar a una mayor comprensión y aplicación. Ello, pues al entenderla como una declaración de voluntad, y asimilarla a las cláusulas de irresponsabilidad, el análisis se diluye en la distinción entre la cesión de un derecho (aceptar un daño) y la aceptación de un riesgo.

Lo dicho anteriormente, se encuentra en particular armonía con lo concluido a la hora de examinar, tanto los riesgos deportivos como la responsabilidad de las empresas tabacaleras. Ello, pues si bien se analizaron desde una perspectiva comparada, lo establecido ahí es plenamente aplicable en nuestro Derecho, y de tal manera afirmamos que la asunción del riesgo es posible reconocerla en la práctica de los deportes, y aún más, en el accionar de los fumadores, quienes día a día parecieran aceptar un riesgo que la sociedad toda conoce.

De ahí que, a modo de síntesis y respondiendo la pregunta inicial del estudio, a saber, la asunción del riesgo sí constituye una causal de exoneración de responsabilidad civil extracontractual, y es plenamente aplicable en el Derecho chileno. Sin embargo, ello es así, no porque el consentimiento de la víctima legitime el actuar, eliminando la antijuridicidad, sino porque la aceptación consciente del riesgo por la potencial víctima se inserta en el nexo causal entre la actividad del hechor, y el daño materializado en la víctima. Esto – estimamos – no puede ser de otro modo, desde el momento que reconocemos que, debido a todos los avances tecnológicos y científicos existentes y la práctica libre de actividades riesgosas, cada día todos los ciudadanos se exponen a múltiples riesgos, con diferentes intensidades, pero con plena consciencia de ellos, debido al acceso de información masiva que, hace un par de décadas, no existía.



Así las cosas, un caso paradigmático es el del cigarrillo, y la exposición consciente y voluntaria, día tras días de los fumadores, quienes se encuentran en pleno conocimiento de los efectos nocivos del tabaco para la salud. En esa línea, consideramos que no correspondería seguir aplicando de manera estricta una responsabilidad basada en el riesgo creado, y hacer responsable de cada uno de los daños, por ejemplo, a las empresas tabacaleras o a un instructor de paramente. De esta forma, afirmamos que la asunción del riesgo en la sociedad actual es necesaria, toda vez que morigera los efectos injustos que podría conllevar un análisis más conservador.

Por último, conviene precisar que todo lo expuesto en relación a la asunción del riesgo, debe entenderse predicado respecto de una persona plenamente capaz, y con acceso a información que le permite dimensionar los riesgos que entraña la actividad que realiza. Una lectura extensiva, estimamos, devendría en una verdadera irresponsabilidad e impunidad de los creadores de actividades riesgosas.

## 5. Bibliografía

- ALESSANDRI RODRIGUEZ, Arturo (1983): De la responsabilidad extracontractual en el Derecho chileno, Santiago: Editorial Ediar Editores.
- BAHAMONDES O, Claudia y PIZARRO W, Carlos (2012): La exposición de la víctima al daño: desde la culpabilidad a la causalidad, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso [online]. 2012, n.39.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo (2010): Lecciones de Derecho Civil Chileno. Tomo II. De las Fuentes de las Obligaciones, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BARRANCO REYES, Jesús (2015): Riesgo consentido vs riesgo conocido: en defensa del briefing, en Revista Segurotecnia, n° 421.
- BARROS BOURIE (2005): La culpa en la responsabilidad civil, En Ensayos Jurídicos, Universidad Alberto Hurtado, Número 1.
- BARROS BOURIE, Enrique (2006): Tratado de responsabilidad extracontractual, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BERGEL, Yolanda (2015): La responsabilidad del poseedor de animales y cosas, en Practicum daños 2015.
- BLANCO, Gonzalo, PAOLI, Carla y ULLAN, Lilen (2011): Responsabilidad civil en el transporte benévolo, en Seminario sobre Aportaciones Teóricas y Técnicas Recientes, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, Universidad Nacional de la Pampa.
- CORRAL TALCIANI, Hernán (2013): Lecciones de Responsabilidad civil Extracontractual, Santiago: Editorial Thomson Reuters.
- DÍAZ ROMERO, María (2000): La responsabilidad civil extracontractual de los deportistas, en Anuario de Derecho Civil, n° LIII-4.
- DIEZ PICASO, Luis (2000): Culpa y riesgo en la responsabilidad civil extracontractual, en Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, n°4.
- DIEZ, José Luis (2005): La culpa del empresario por accidentes del trabajo. Modernas tendencias jurisprudenciales, Cuadernos de extensión jurídica, U de los Andes, N° 10, 2005.

- DOMINGUEZ ÁGUILA, Ramón (1996): El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil, en Revista de Derecho, Universidad de Concepción, n°136.
- FURLOTTI Silvina y QUIRÓS Pablo (2004): El transporte benévolo y la aceptación de los riesgos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en RCyS, Universidad de Mendoza.
- GALLARDO, Lorena (2016): Sobre la naturaleza jurídica del tabaco desde el paradigma de la responsabilidad por productos, en Revista de Derecho UNED, n° 19.
- IZQUIERDO, Darío (2016): La responsabilidad extracontractual: responsabilidad por caídas y accidentes en espacios privados en la doctrina del tribunal supremo, Tesis de Máster, Universidad de Oviedo, España.
- LOPEZ SÁNCHEZ, Alejandro (2014): Responsabilidad civil y deporte. Aproximación jurídica al deporte como actividad de riesgo, en Revista española de educación física y deportes, n°405.
- LUBOMIRA, María (2015): El riesgo y la responsabilidad objetiva, tesis doctoral, Universidad de Girona, España.
- LYON PUELMA, Alberto (2007): Personas naturales, Editorial Ediciones UC, Santiago.
- MEDINA ALCOZ, María (2004): La asunción del riesgo por parte de la víctima. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, Editorial Dykinson.
- PIÑEIRO SALGUERO, José (2005): Accidentes deportivos, lesiones consentidas, en Revista para el análisis del Derecho, n°3, 2005.
- PITA, Enrique (2009): El hecho de la víctima como eximente parcial de responsabilidad (La llamada “culpa concurrente”), n°2, recurso electrónico disponible en: [http://181.168.124.69/files/koha\\_ip.php?d=rc&bibliumber=10094](http://181.168.124.69/files/koha_ip.php?d=rc&bibliumber=10094) [Recuperado el 20 de noviembre].
- PITA, Enrique (2013): La responsabilidad civil deportiva, en Tesis doctoral en Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Secretaría de posgrado, Universidad Nacional del Litoral, Argentina.
- RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, GARCÍA, Ignacio, MILÁ, Rosa, ALB, Carlos, FARNÓS Esther y otros (2009): 80 casos de Derecho de daños (2004-2008), n°3.

- RAMOS PAZOS, RENÉ (2008): De la responsabilidad extracontractual, Santiago: Editorial LegalPublishing.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo (2010), Responsabilidad extracontractual: Editorial Jurídica de Chile, Tomo I.
- SAN MARTÍN, Lilian (2016): Culpa concurrente de la víctima y daño por rebote o repercusión, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLVII.
- TOLOSA, Pamela y GONZÁLEZ RODRÍGUEZ Lorena (2015): Asunción de riesgos y consentimiento del damnificado en el Código Civil y Comercial, en Revista de responsabilidad civil y seguros: publicación mensual de doctrina, jurisprudencial y legislación, N°4.
- VILLAGRÁN, Santiago (2014): Algunas consideraciones sobre la responsabilidad por el accidente deportivo. ¿Un típico ejemplo de caso fortuito?, en Revista Jurídica UCES, N°18.