

SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL TABACO DESDE EL PARADIGMA DE LA RESPONSABILIDAD POR PRODUCTOS

THE LEGAL NATURE OF TOBACCO FROM THE PRODUCT
LIABILITY PARADIGM

LORENA GALLARDO

Doctora y Máster en Derecho Privado Patrimonial
(Universidad de Salamanca)

Docente e Investigadora de la Universidad Nacional del Nordeste
(Argentina)

Resumen: Las características peculiares que presenta el tabaco como producto de consumo, hacen que resulte dificultosa su inserción dentro de las categorías legales y doctrinarias tradicionales de productos, a efectos de la determinación de las responsabilidades involucradas en supuestos de daño derivado de su consumo. En este escenario, hemos advertido la necesidad de realizar, en primer término, un estudio analítico de las categorías legales implicadas (producto defectuoso y producto peligroso) con el objeto de confirmar o descartar en cada caso su aplicación al producto que nos ocupa. Posteriormente, hemos analizado las particularidades asociadas al tabaco y que lo distinguen de aquellos productos que conforman las categorías anteriormente mencionadas, a efectos de determinar cuál es la adecuada naturaleza jurídica del mismo y de precisar quiénes serían los potenciales responsables ante el desencadenamiento de daños.

Palabras clave: Tabaco, responsabilidad por productos, seguridad, productos defectuosos, riesgo.

Abstract: The particular characteristics of tobacco as a consumer good, make it difficult to include it among traditional legal and doc-

trinaire categories of products to determine the civil liability involved in alleged damages resulting from its consumption. In this scenario, we have noticed the need of, first, an analytic study of the legal categories involved (defective product and harmful product) in order to confirm or exclude their application to the product in question. Secondly, we have analyzed the characteristics associated with this product which distinguish it from those that make part of the above categories, in order to determine the appropriate legal nature of this mass-market consumer good and specify the potentially liable subjects in cases of damage.

Key words: Tobacco, product liability, safety, defective products, risks.

Recepción original: 06/06/2016.

Aceptación original: 10/10/2016.

Sumario: I. Planteamiento de la cuestión. II. El elemento riesgo. III. La naturaleza jurídica del tabaco. III.A. El tabaco como producto defectuoso. III.B. El tabaco como producto peligroso. III.C. Naturaleza jurídica sui generis. IV. La cuestión de la culpa de la víctima. V. Las compañías tabacaleras. VI. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

«El Tabaco es una planta descubierta en América que es consumida hace miles de años por la sociedad principalmente a través de su combustión, que *in natura* contiene un alcaloide llamado «nicotina», que genera un alto grado de adicción, siendo por tanto una de las drogas legalizadas en la actualidad»¹.

El 15,23% de las muertes ocurridas en España en 2012 son atribuibles al consumo de tabaco (pico más alto detectado), habiéndose producido al día, durante ese año, el deceso de 166 varones y 44 mujeres por esta causa².

¹ AMES, Agustín J., BATTISTELLO, Luciana, CONTRERAS, Cynthia B., GAFFOGLIO, Gisella G., KYSHAKEVYCH, Gretel y OTAOLA, María A., «Los daños punitivos en el Derecho Comparado. Un largo camino recorrido y por recorrer. Juicios a las tabacaleras por daños a la salud», *Revista Difusiones*, Número 8, 2015, págs. 35 – 59.

² GUTIÉRREZ-ABEJÓN, Eduardo, REJAS-GUTIÉRREZ, Javier, CRIADO-ESPEL, Paloma, CAMPO-ORTEGA, Eva P., BREÑAS-VILLALÓN, María T., MARTÍN-SOBRINO, Nieves, «Impacto del consumo de tabaco sobre la mortalidad en España en el año 2012», *Medicina Clínica*, Volumen 145, 2015, págs. 520 – 525.

Con todo, no existe consenso ni en la doctrina ni en la jurisprudencia a nivel global respecto a la naturaleza jurídica del tabaco.

Nos interesa determinar en este trabajo si el tabaco puede ser considerado jurídicamente un producto *per se defectuoso*; si, por el contrario, el mismo ingresa dentro de la categoría de productos *peligrosos* únicamente, o si no corresponde a ninguna de estas dos categorías y se hace necesario el recurso a una nueva. Asimismo, intentaremos individualizar a los sujetos responsables del daño causado según la adopción de una u otra posición en torno a su naturaleza jurídica.

II. EL ELEMENTO RIESGO

Consideramos que un elemento relevante a efectos de determinar la naturaleza jurídica de un producto cualquiera consiste en el factor *riesgo*, particularmente en el grado de *conocimiento* que respecto del mismo se tenga y en su *aceptación o rechazo* por parte de la sociedad.

En este contexto, resulta necesario realizar una precisión: tanto en los productos *defectuosos*, como en los *peligrosos*, nos encontramos ante la existencia de un *riesgo*. De ello no caben dudas.

En la categoría de productos *defectuosos* (que son aquellos que no ofrecen las seguridades que cabría legítimamente esperar de los mismos, teniendo en consideración una serie de circunstancias establecidas por la Directiva 85/374/CE), ese riesgo o bien *no se conocía*, o *excedió* en su entidad o consecuencias la expectativa que el consumidor tenía de él en el supuesto de ser un riesgo aceptado.

Es así que un producto *peligroso*, que es aquel en que el riesgo no sólo se ha identificado, sino que también se ha advertido acerca de su existencia al consumidor (creándole una expectativa de seguridad determinada respecto del mismo) puede tornarse en *defectuoso*, por ejemplo, si al manipular cuidadosamente y conforme a las indicaciones un artefacto explosivo, éste igualmente detona en manos de quien realiza la maniobra. La expectativa legítima de seguridad respecto de este producto peligroso permitía pensar que el mismo no haría explosión al cumplirse por parte de la víctima ciertas reglas procedimentales especificadas por el fabricante y, sin embargo, ello aconteció, excediendo el riesgo el límite esperado y, consecuentemente, la expectativa que el consumidor tenía respecto a la seguridad de ese producto.

Es decir, el riesgo que en concreto da lugar al daño en los supuestos de productos *defectuosos*, no fue contemplado y aceptado por el

consumidor, el mismo excedió sus expectativas³ (reiteramos, ya sea porque no se conocía o porque superó el límite de riesgo aceptado).

III. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL TABACO

Es importante a efectos de la determinación de las respectivas responsabilidades civiles ante supuestos de daño, distinguir entre un producto de *diseño defectuoso*, y un producto de *diseño adecuado* el que, siendo materialmente *peligroso* y ligado a una manipulación inapropiada (culpa de la víctima), se constituye en causa de un daño, o aun asociado a un uso o consumo correcto, puede presentar riesgos inevitables (nos referimos en este último supuesto a aquellos daños que no son producidos ni por un defecto del producto ni por culpa de la víctima, denominados reacciones adversas tipo B en el ámbito de los medicamentos, y que nosotros daremos en llamar en sentido amplio *zonas grises*⁴).

Al decir de SALVADOR CODERCH, PIÑEIRO SALGUERO y RUBÍ PUIG, una de las principales diferencias entre *producto defectuoso* y *producto peligroso* radica en el hecho de que este último se supone más beneficioso que perjudicial⁵. A lo cual añadimos otra gran distin-

³ De manera concordante, explica REGLERO CAMPOS (en relación con las actividades de ocio consideradas peligrosas y en referencia específica a la doctrina de la asunción del riesgo por parte de la víctima) que «estas resoluciones distinguen entre el peligro ordinario o normal y el peligro extraordinario, de suerte que sólo al primero se puede aplicar la doctrina de la asunción del riesgo, mientras que al segundo no, puesto que no puede ser previsto ni aceptado por el usuario». REGLERO CAMPOS, Luis F., *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. III, Pamplona, 2008, pág. 513.

⁴ Se trata de consecuencias impredecibles y no relacionadas con los efectos del fármaco. No se vinculan con la dosis administrada y su mortalidad es alta. Pueden deberse a causas inmunológicas y farmacogenéticas. ARMIJO, Juan A. y GONZÁLEZ RUIZ, Mario, «Estudios de seguridad de medicamentos: métodos para detectar las reacciones adversas y valoración de la relación causa-efecto», en GARCÍA, Antonio G. y GANDÍA, Luis (Dirs.), *El ensayo clínico en España*, Madrid, 2001, http://www.farmaindustria.es/idc/groups/public/documents/publicaciones/farma_1031.pdf, p. 162 [5 de julio de 2015], pág. 169. Es el caso, por ejemplo, de un medicamento prescrito correctamente a raíz de un diagnóstico adecuado, y convenientemente administrado por el paciente que, igualmente, le produce algún daño colateral no previsto en su salud. «Las reacciones de tipo B son dependientes del huésped, son poco comunes, y por lo tanto se las llama también idiosincráticas. La definición del término idiosincrático se refiere que estaría presente una susceptibilidad genéticamente determinada a este tipo de reacciones u a otras causas desconocidas.» EVANGELISTA, Marcela, *Reacciones adversas a medicamentos: un enfoque toxicológico*, 2001, <http://www.sertox.com.ar/modules.php?name=Content&pa=showpage&pid=272> [5 de julio de 2015].

⁵ SALVADOR CODERCH, Pablo, PIÑEIRO SALGUERO, José y RUBÍ PUIG, Antoni, «Responsabilidad civil del fabricante por productos defectuosos y teoría general

ción entre ambas clases de producto, consistente en que el riesgo derivado del producto *peligroso* se ha identificado y se advierte del mismo al consumidor⁶, lo cual excluye una expectativa de seguridad que no sea acorde a la que el producto *realmente* ofrece, no correspondiendo, en consecuencia, catalogar al mismo, al menos *a priori*, como *defectuoso*.

Es así que el *defecto* se configura por una exposición al riesgo *no advertida*, por el convencimiento de un uso o consumo seguro que *se defrauda*, es decir, una inaceptable exposición al riesgo, y no por el simple hecho de que el producto sea materialmente peligroso⁷. A diferencia del producto *peligroso* propiamente dicho, en el cual se presentan ciertas potencialidades dañosas que se conocen de antemano, y por lo tanto, las expectativas de seguridad respecto del mismo están encaminadas hacia esa realidad.

Ahora bien, concretamente con relación al *tabaco*, y a efectos de determinar su naturaleza jurídica dentro del ámbito que nos encontramos analizando, debemos proceder a su contrastación tanto con los parámetros de defecto como de peligrosidad de los productos.

III.A. El tabaco como producto defectuoso

Se presenta la tesis que considera al tabaco un producto defectuoso por no brindar las seguridades que del mismo se podrían esperar, tomándose en cuenta su presentación, uso y riesgos que razonablemente de él podrían derivar⁸.

Así, los doctrinarios brasileños TARTUCE y ASSUMPÇÃO NEVES han afirmado que resulta indudable que el tabaco es un *producto defectuoso* que no brinda seguridad a sus consumidores.

de la aplicación del Derecho (Law enforcement)», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Vol. 55, 2002, pág. 55.

⁶ Así lo tiene dicho la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.^a) en su Sentencia núm. 725/1999 de 27 septiembre. AC\1999\1661, en la que identifica como característica del producto peligroso el «hecho de llevar consigo, a ser posible incorporada al producto mismo, una llamada de atención sobre su innata peligrosidad a modo de advertencia, de forma tal que quien lo adquiera o se sirva de él, pueda conocer de manera rápida los peligros que del mismo se derivan, y en su caso los medios apropiados para evitarlos».

⁷ MUÑOZ BENAVENTE, Felipe, «La diferencia entre productos defectuosos y productos peligrosos. Especial mención al caso del tabaco», *Instituto Panamericano de Derecho Procesal*, (s. f.).

⁸ TJRS – Acórdão 70000144626, Santa Cruz do Sul – Nona Câmara Cível (Reg. Exceção) – Rel. Des. Ana Lúcia Carvalho Pinto Vieira – j. 29.10.2003. Brasil.

Continúan explicando los referidos autores que no se puede negar que el producto peligroso es defectuoso cuando causa daños al consumidor⁹.

Nos permitimos discrepar con la citada doctrina: no siempre que el producto peligroso cause daño será con motivo de la existencia de un defecto en el mismo. El daño también puede haber sido provocado por culpa de la víctima, o incluso, puede devenir sin intervención de ninguna de ambas causas (zonas grises).

Los autores concluyen la idea sosteniendo que el tabaco constituye un producto defectuoso, concretamente, por adolecer de un defecto de diseño (*defeito de projeto ou concepção*) el cual afecta las características generales de la totalidad de la producción como consecuencia del error habido al momento de la elaboración de la idea o fórmula. En tales casos, el fabricante responde por la concepción de un producto que carecía de la virtud de evitar riesgos a la salud no aceptables por los consumidores dentro de determinados estándares¹⁰.

En torno a la responsabilidad derivada de daños causados por el consumo de tabaco, según esta corriente, la misma debe recaer sobre el *productor*, siendo el criterio de imputación de naturaleza objetiva.

Conforme el criterio legal para la determinación del defecto de los productos vigente en la UE, que es el de *legítimas expectativas del consumidor*, entendemos inviable la consideración del tabaco como producto *per se* defectuoso¹¹ dado que no se configurará la defraudación de expectativas de seguridad al existir advertencia previa suficiente sobre los efectos nocivos de su consumo.

No obstante, si apeláramos al criterio de origen estadounidense de *riesgo-utilidad* (plasmado ya de manera expresa en diversa normativa europea y española), la anterior afirmación sería diversa. El tabaco debería integrar la categoría de producto defectuoso por ser su riesgo mayor que su utilidad.

⁹ TARTUCE, Flávio y ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel A., *Manual de Direito do Consumidor. Direito Material e Processual*, Vol. único. Ed. Método, São Paulo, 2014, pág. 4.6.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Cuando referimos a productos *per se* o intrínsecamente defectuosos, hacemos alusión, específicamente, a los defectos de *diseño* y de *información* que podrían estar presentes ya al momento mismo de la gestación de la idea y de la elaboración del producto, dado que no se puede excluir de antemano la posibilidad de que se presenten defectos de *fabricación* en supuestos concretos, por ejemplo, que determinadas unidades de cigarrillos estén constituidas por sustancias tóxicas en vez de tabaco.

III.B. El tabaco como producto peligroso¹²

En relación con los *productos peligrosos* en general, resulta imprescindible exponer que si bien su uso o consumo traen aparejados *riesgos*, si los mismos son manipulados conforme las indicaciones brindadas por el fabricante, el daño no tiene por qué acaecer (si se llegase a manifestar algún hecho dañoso derivado de un producto en estas condiciones, nos encontraríamos en presencia de un producto *defectuoso*, no ya simplemente peligroso, salvo casos excepcionales como los vinculados a las *zonas grises*).

Sabemos que el *defecto* de un producto está configurado por la defraudación de las expectativas de seguridad que tiene el consumidor respecto del mismo.

También sabemos que las consecuencias nefastas derivadas del consumo del tabaco son, actualmente, de público conocimiento y las advertencias respecto a los riesgos asociados al mismo se encuentran plasmadas de manera expresa (y por disposición legal) en los envoltorios dentro de los cuales los mismos se comercializan, y son difundidas constantemente a través de diversos medios de comunicación masiva.

Es decir, ya no resulta viable (al menos en términos generales, respecto del consumidor medio) alegar ni el desconocimiento de tales consecuencias dañosas ni, consecuentemente, expectativas diversas a las que la realidad del consumo trae aparejadas. Así lo ha expresado la Audiencia Nacional¹³, al establecer que «el acto de fumar, es una decisión libre y voluntaria y quien lo hace, conoce los riesgos a los que se expone. Es hoy en día perfectamente conocido el número de enfermedades causadas o que puede causar el consumo de tabaco debidamente advertidas en las cajetillas, de manera que, quien por decisión propia fuma, se coloca en una situación de riesgo para su salud».

En el mismo sentido se expidió la Audiencia Provincial de Alicante¹⁴, en la que se determinó que «es un hecho notorio conocido por todos, que el tabaco es una sustancia legal con advertencia en la cajetilla desde hace casi veinte años de los riesgos que comporta su con-

¹² Producto inevitablemente riesgoso o de riesgo conocido y asumido, en la doctrina argentina. SPROVIERI, Luis E. y DELL'OCA, Gastón, *Daños por Productos Elaborados*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, pág. 65.

¹³ Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6.^a), de 16 julio 2003. RJCA\2004\370.

¹⁴ SAP de Alicante (Sección 7.^a), núm. 2/2003 de 7 enero. JUR 2003\44458.

sumo, habiéndose efectuado desde la década de los años sesenta numerosas campañas en los medios de comunicación advirtiendo de los peligros que puede comportar el consumo de tabaco para la salud».

Asimismo, el Superior Tribunal de Justiça de Brasil (país que cuenta con un concepto legal de defecto del producto idéntico al español)¹⁵ ha determinado que el tabaco, al igual que el alcohol, es un producto de *perigosidad inherente*, constituyendo factor de riesgo de diversas patologías. Sin embargo, el mismo no se revela como producto *defectuoso*¹⁶.

Ello es así dado que el Código de Defensa del Consumidor del país sudamericano considera *defecto* a la falla que se desvía de la normalidad capaz de generar frustración en el consumidor; quien pasa a no experimentar la seguridad esperada del producto. El defecto consiste en una característica que escapa de lo razonable y discrepa del producto estándar; concluyéndose en este sentido que no todas las unidades del producto en cuestión tienen, entonces, la capacidad de generar daño. Como bien sabemos, ello no sucede con el *tabaco*.

Resulta claro que para que pueda configurarse responsabilidad por producto el daño debe estar asociado a un *defecto* y no resulta suficiente que el producto en cuestión sea solamente *perigroso*.

En este sentido, la Audiencia Provincial de Barcelona¹⁷, tiene dicho que «Ya hemos visto que la responsabilidad que debemos analizar es la extracontractual regulada en el art. 1902 de CC. Sin que sea de aplicación la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por

¹⁵ Código de Defesa do Consumidor, Art. 12., § 1º *O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais: I - sua apresentação; II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam; III - a época em que foi colocado em circulação.* § 2º *O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.* Código de Defensa del Consumidor, Art. 12., § 1º *El producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que de él legítimamente se espera, tomándose en consideración las circunstancias relevantes, entre las cuales: I - su presentación; II - el uso y los riesgos que razonablemente de él se esperan; III - la época de su puesta en circulación.* § 2º *El producto no es considerado defectuoso por el hecho de que otro de mejor calidad sea puesto en el mercado.*

¹⁶ De manera coincidente, el Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Brasil, determinó que el cigarrillo no encuadra en la categoría de producto defectuoso (aunque sí constituye un producto de peligrosidad inherente) puesto que no ostenta defectos que impidan o dificulten el uso al que se destina o que tornen al producto más peligroso de lo esperado, acarreando perjuicios imprevisibles para la salud. El tabaco será elevado a la categoría de producto defectuoso cuando tuviere la aptitud de crear riesgos que superen los que normalmente se espera del mismo. Tribunal de Justiça de Santa Catarina - TJSC. Apelação Cível n. 2006.008308-8, de Criciúma.

¹⁷ SAP de Barcelona (Sección 1.ª), de 1 diciembre de 2003. AC 2003\1897.

los daños causados por productos defectuosos [...] porque la indicada ley está concebida para regular los efectos dañosos que puedan causar productos de uso inocuo para la salud, en tanto que el perjuicio que causa el tabaco es consustancial al mismo y derivado de sus características esenciales y por tanto no atribuible a defecto alguno»¹⁸.

En conclusión, la responsabilidad por el daño causado por el tabaco debe basarse en la necesaria existencia de un reproche culpabilístico.

No obstante, si a efectos de este análisis nos posicionáramos sobre los principios para la determinación del *defecto* de un producto, sería viable sostener que, desde la mirada del criterio de *legítimas expectativas del consumidor*, y dado que los riesgos que derivan del producto *peligroso* son siempre conocidos y advertidos al destinatario, surgiría una determinada expectativa de seguridad (o expectativa de riesgo, visto el asunto desde el lado opuesto) respecto del producto que ya no se vería defraudada en caso de que el mismo se concretase y, en consecuencia, el daño se produjese. En conclusión, en estos supuestos no nos encontraremos ante un *defecto*.

¿Cuáles serían, entonces, las expectativas legítimas respecto del consumo de tabaco? Resulta palmario que las mismas deberán estar direccionadas hacia la potencialidad de daño. Siguiendo esta línea de pensamiento, si el daño se produjese, ¿se estarían defraudando las expectativas que legítimamente cabe esperar del producto? Decididamente, y por lo expuesto, consideramos que no¹⁹. Ergo, el tabaco no podrá considerarse, según este criterio, un producto intrínsecamente defectuoso²⁰.

Procediéndose (al sólo efecto de este mero estudio de laboratorio) al análisis de la naturaleza del tabaco desde el *criterio de riesgo-utilidad*, corresponde recordar que, según el mismo, un producto cualquiera (incluso peligroso) no será reputado defectuoso cuando sea

¹⁸ En idéntico sentido la SAP de Girona (Sección 2.^a), núm. 140/2005 de 11 abril. JUR\2005\123667.

¹⁹ «Está claro que la seguridad que puede legítimamente esperarse no es ilimitada, por ello nadie puede esperar de un producto inevitablemente peligroso, que comporta un riesgo por su propia naturaleza y que ha sido presentado como tal, un grado de seguridad que no posee y no puede poseer; y que por lo tanto no sería defectuoso», SPROVIERI, Luis E. y DELL'OCA, Gastón, *op.cit.*, pág. 65.

²⁰ Conviene hacer la salvedad de que ello dependerá del daño concreto. Si el mismo constituye un daño previsto y aceptado socialmente como potencial consecuencia del consumo de tabaco, entonces descartaremos su consideración como producto defectuoso. Si, por el contrario, los efectos dañosos se apartan de aquellos razonablemente esperables respecto del producto específico de que se trate, se habilitaría, entonces, el análisis de la responsabilidad por productos defectuosos.

considerado socialmente más beneficioso que perjudicial²¹, motivo por el cual la sociedad tolera los riesgos que de él derivan.

Al realizar el estudio de la cuestión desde el punto de vista *de este criterio*, nos resulta imposible introducir al tabaco dentro de la categoría de productos peligrosos únicamente (o no defectuosos), dado que resulta inasequible hallar beneficios que superen los riesgos que genera²².

En torno a esta problemática, nos permitimos concluir que, *desde la óptica del criterio de riesgo-utilidad*, el tabaco no puede ser considerado un *producto seguro* o, simplemente *peligroso*.

En el ámbito de los productos que se han aprobado como *seguros* (incluidos los simplemente *peligrosos*, dado el caso) la concreción del daño derivaría de tres posibilidades: a) *defecto sobreviniente en el producto* (detectado posteriormente a su puesta en circulación, en cuyo caso el carácter de defectuoso desplazaría al de seguro y al de peligroso, con sus respectivas consecuencias legales) b) *culpa de la víctima* o c) *zonas grises* (el daño producido no se debe ni a un defecto del producto ni a la conducta negligente o abusiva de la víctima derivando, por ejemplo, de la propia naturaleza del producto²³, en directa relación con la definición de *alimento nocivo* contenida en el Art. 1.02.12 del Código Alimentario Español).

Del examen anterior se advierte que no es viable encasillar al tabaco (respecto de los tradicionales daños a la salud derivados de su consumo) dentro de la categoría de productos *defectuosos*, desde el punto de vista de la noción de defecto regulada en la Directiva 85/374/CE.

²¹ SALVADOR CODERCH, Pablo y RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, «Defectos de producto», *Tratado de Responsabilidad Civil del Fabricante*, Thomson, Navarra, 2008, pág. 145.

²² «Se dice que el tabaquismo constituye la primera causa de enfermedad y muerte prenatal previsible y prevenible, que es responsable del 30 por 100 de los fallecimientos que se dan en la población de 30 a 69 años, se cobra más de 40.000 vidas anuales y hace perder a cada fumador, por término medio, entre 10 y 20 años de vida». SANTOS BRIZ, Jaime, «La culpa exclusiva del perjudicado en los supuestos de accidentes ocurridos en festejos taurinos o de enfermedades derivadas del consumo de tabaco», *Revista del Poder Judicial*, N.º 60, 2000, pág. 304.

²³ [...] existen «cosas riesgosas» por su naturaleza, respecto de las cuales no corresponde examinar su forma de utilización pues, aún siendo ésta normal, cabe la posibilidad de la producción de daños. En otras palabras, «existen productos que aun siendo correctamente diseñados y fabricados conllevan una serie de peligros inherentes de muy difícil o imposible eliminación». SPROVIERI, Luis E. y DELL'OCA, Gas-tón, *op.cit.*, págs. 280-281.

Constituiría el tabaco, entonces, un producto de naturaleza *perigliosa*, aunque carente de una función social, de una utilidad, que justifique su introducción al medio, lo que, en definitiva, llevaría a desnaturalizar esta denominación.

Si considerásemos al tabaco un producto *simplemente peligroso*, la determinación de la responsabilidad derivada de los daños causados obligaría a distinguir entre las causas del hecho generador del deber de responder.

En el supuesto de *culpa de la víctima*, la responsabilidad recaerá sobre ésta, aunque alguna jurisprudencia entiende que en el caso del tabaco la misma debe ser compartida con el productor²⁴.

Ante la situación de que el daño se originara a raíz de un *defecto* del producto (supuesto excepcional; por ejemplo, un cigarrillo constituido por sustancias tóxicas), sería procedente el Régimen de Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos.

Respecto de los daños surgidos de *zonas grises*, el fabricante no será civilmente responsable del daño sufrido por el sujeto, dado que nos encontraríamos ante la inexistencia de un elemento esencial para efectivizar el acceso a la vía indemnizatoria dentro del régimen de responsabilidad por productos defectuosos, consistente en el *defecto*, el cual debe ser necesariamente probado.

En cuanto a la vía civil ordinaria, tampoco podría ser ejercitado el reclamo en estos casos dado que deberían ser demostrados ciertos extremos como la culpa del fabricante (tanto para la vía contractual como para la extracontractual) y el nexo causal entre la conducta culposa del fabricante y el daño que se ha sufrido.

Incluso, en este último caso, el productor se vería exonerado de responsabilidad si probara que su actuar respecto del producto fue diligente.

Menciona RAMOS GONZÁLEZ que «la compensación de los daños sufridos por la concreta víctima requeriría, en estos casos, acudir a sistemas alternativos de responsabilidad civil por productos, tales como las ayudas públicas», los que en países como Suecia, Nueva Zelanda, Canadá, Australia o Estados Unidos, se denominan *sistemas de compensación sin culpa*²⁵.

²⁴ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 135/2009 de 4 marzo. RJ 2009\1873.

²⁵ RAMOS GONZÁLEZ, Sonia, «La responsabilidad por medicamento en el derecho alemán», Working Paper n.º: 114, *InDret*, Barcelona, 2003, págs. 11-12.

III.C. Naturaleza jurídica *sui generis*

Comenzaremos por definir de manera negativa la naturaleza jurídica de este controversial producto, es decir, exponiendo primero lo que no es para, finalmente, aproximarnos a lo que pareciera ser.

El tabaco no constituye un *producto simplemente peligroso* porque el fundamento básico para la producción y puesta en circulación de productos de esta categoría recae sobre la utilidad social que traen aparejada. Es decir, la sociedad decide tolerar los riesgos derivados de estos productos dado que ante la realización de un balance de riesgo-utilidad, los beneficios obtenidos serán siempre mayores.

Otra particularidad que hemos podido observar, consiste en el hecho de que el producto peligroso, bien manipulado, no causará daños (salvo que el mismo se deba a un defecto de fabricación concreto en el producto, lo que nos trasladará a la órbita de los productos defectuosos, o bien se trate de un producto constitutivo de zonas grises). En el supuesto específico del tabaco, el correcto uso es perjudicial para la salud²⁶. Incluso a pesar de la abstinencia en el consumo, este producto es susceptible de generar graves daños a los no fumadores. Es el caso de los *fumadores pasivos*.

Es por estas razones que afirmamos que el tabaco *no pertenece* a la categoría de *productos de naturaleza peligrosa* propiamente dicha.

Tampoco podemos afirmar que el tabaco forme parte de los *productos defectuosos* debido a que, como hemos desarrollado con anterioridad, el factor determinante de este carácter en un producto está constituido por la defraudación de las expectativas de seguridad que respecto del mismo posea la sociedad.

El tabaco es un producto del que se advierte exhaustivamente acerca de los riesgos asociados a su consumo.

Siempre que los daños no excedan estas previsiones o no se aparten de ellas, las expectativas de la población no podrán verse frustradas. Por lo tanto, el producto no será declarado defectuoso (*criterio de legítimas expectativas del consumidor*).

Sin embargo, es importante destacar que, conforme el *criterio de riesgo-utilidad*, un producto *será defectuoso*, en primer término, cuan-

²⁶ RUIZ GARCÍA, Juan A., «No se fuma por contrato. Comentario a la SAP de Barcelona, Sección 1.^a, de 1.12.2003. África Pulgar Ross, Oscar, Carlos y Olga Carra-miñana Pulgar v. Altadis S. A.», Working Paper n.º: 200, *InDret*, Barcelona, 2004, pág. 7.

do su uso o consumo presente más riesgos que beneficios. En segundo lugar, y en el supuesto de ofrecer beneficios mayores a los riesgos que trae aparejados, el producto podrá igualmente ser catalogado como defectuoso si éstos no fueran reducidos en la mayor medida posible.

Resulta evidente la imposibilidad de identificar un solo beneficio derivado del tabaco que justifique la asunción de los riesgos a él vinculados. Según este último criterio (que no constituye el criterio legal adoptado por la UE, a pesar de que ya existen algunas referencias al mismo en el sistema jurídico europeo, especialmente en lo relativo a la seguridad de los medicamentos), en el caso de constatarse un daño, el tabaco sí constituiría un producto defectuoso.

Continuando con el análisis desde la perspectiva de este criterio, a partir de la comercialización de los denominados *cigarrillos electrónicos*, que se presentan, al menos hasta el momento de desarrollo del presente trabajo, como la alternativa «más saludable» (aunque no inocua) al cigarrillo convencional al ofrecerse en una variante sin nicotina, se reconfirmaría la estimación del cigarrillo regular como defectuoso, por existir, efectivamente, una alternativa menos riesgosa para la salud de los consumidores (no será necesario, sin embargo, avanzar hasta este nivel de análisis, dado que en la etapa inicial ya se confirmará la inexistencia de beneficios y los numerosos riesgos que de él derivan, constituyéndolo en defectuoso de manera casi instantánea).

Dadas las observaciones expuestas, proponemos la incorporación del tabaco a una categoría nueva de productos que, con sustento en las características específicas que el mismo ostenta, debería denominarse: *productos riesgosos de daño probable*.

Cuando hablamos de *riesgo*, nos referimos a *daño en potencia*. Y somos conscientes de que, cuando aludimos al tabaco, esa posibilidad de daño se torna en más que una mera potencialidad. Podríamos aventurarnos a afirmar que, esa potencialidad se halla presente sólo en una primera etapa en el consumo del producto, sobre todo al inicio, para pasar luego a otra etapa en la que, dada la conjunción de determinadas variables, el mismo se vuelve prácticamente una *certeza*.

El tabaco es un producto que presenta una característica especial, y es que no debe ser analizado respecto de su naturaleza de manera aislada del sujeto que lo consume. Es decir, no sería adecuado referir al tabaco de manera tajante y excluyente como un producto «intrínsecamente» dañoso, debido a que parte de los posibles daños se produ-

cirá como consecuencia de la conjunción del producto con otras variables vinculadas al sujeto consumidor, como ser sus características personales, la periodicidad en el consumo y la cantidad de producto consumido.

A modo de graficar lo antedicho: el consumo de un cigarrillo aislado en una oportunidad determinada no causará, muy probablemente, ningún daño físico en el sujeto, aunque en ese momento se generará el riesgo de la caída en el proceso de dependencia química o adicción lo que, de concretarse, decididamente constituiría un daño en sí mismo, al reducir o eliminar la capacidad volitiva del sujeto respecto al consumo de determinada sustancia.

Por este motivo podemos catalogar al tabaco como intrínsecamente *riesgoso* respecto de la posibilidad de provocar adicción en el sujeto que lo consume, y como generador de *probable daño* en los supuestos de articulación, en determinadas condiciones, de las variables mencionadas (el daño acaecerá, indefectiblemente, en una proporción determinada del total de consumidores²⁷).

IV. LA CUESTIÓN DE LA CULPA DE LA VÍCTIMA

Algunos de los principales argumentos esgrimidos en los estrados judiciales a favor de las empresas productoras han consistido en la determinación de la inexistencia de nexo causal entre el consumo de tabaco y las enfermedades producidas, o la atribución de culpa exclusiva a la víctima, con basamento en el libre arbitrio de fumar o de dejar de hacerlo²⁸.

²⁷ «Según el Comité Nacional para la Prevención del Tabaquismo (CNPT), el tabaco provoca cerca de 50.000 muertes anuales en España por dolencias como la bronquitis crónica, el enfisema pulmonar y el cáncer de pulmón y faringe. Por si esto fuera poco, él también es el factor de riesgo cardiovascular más importante, ya que la incidencia de la patología coronaria en los fumadores es tres veces mayor que en el resto de la población». FUNDACIÓN ESPAÑOLA DEL CORAZÓN, Tabaquismo, <http://www.fundaciondelcorazon.com/prevencion/riesgo-cardiovascular/fumar-tabaco-tabaquismo.html> [20 de noviembre de 2015].

²⁸ «No se cuestiona la responsabilidad de los fabricantes por los daños causados a los usuarios o consumidores de los productos que aquel fabrica, en base a la negligente fabricación o defectuosa instrucción o información. Lo que se cuestiona es la responsabilidad en unos hechos que se producen por causa exclusiva de quien compra el producto y lo aplica con desprecio absoluto de las indicaciones contenidas en su etiquetado, y ello es suficiente para exonerar de responsabilidad al fabricante, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley». STS, Sala de lo Civil (Sección 1.^a), núm. 1087/2008 de 21 noviembre. RJ2009\144

Es ésta una circunstancia que funciona como causa de exoneración de responsabilidad tanto en los sistemas objetivos como en aquellos que establecen la responsabilidad por culpa (aunque no se mencione expresamente como causa obstativa de la responsabilidad contenida en el Art. 1902 C. C., probablemente porque, como explica REGLERO CAMPOS, no sea necesario, ya que «no se considera que sufra un daño quien lo sufre por su propia culpa» [*Quod quis ex causa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*])»²⁹.

Afirma SANTOS BRIZ que «no se discute que la costumbre de fumar es un hábito totalmente voluntario». Para el autor, la cuestión fáctica consiste en determinar si la empresa tabacalera incurre en responsabilidad civil por los daños derivados del tabaco que expende a sus consumidores voluntarios, o bien, si el hábito de adquirirlo y consumirlo por parte del fumador hace incurrir a éste en una situación de culpa de la que dimanen daños graves para él mismo, situación a la que ha accedido libremente, no habiendo sido inducido por nadie³⁰.

Esta corriente parte de la idea de que «atendidas las advertencias que constan en el producto y la información general existente sobre los efectos nocivos del tabaco, de la que se vienen haciendo eco los medios de comunicación desde los años sesenta, la decisión de consumirlo constituye un acto que pertenece a la esfera de libertad de la persona»³¹.

En suma, «el cigarrillo se introduce en el mercado informándose a sus eventuales consumidores que se trata de un producto riesgoso, del cual cabe esperar una posibilidad de daño, pues puede ser factor de riesgo de diversas enfermedades. De modo que el fumador, cualquier fumador, sabe de la potencialidad dañosa del cigarrillo cuando decide fumar y, por consecuencia, está asumiendo los riesgos y la responsabilidad de que ello ocurra»³².

Por lo tanto, descartamos la posibilidad de que el tabaco ingrese al ámbito de los productos defectuosos (que presenta un sistema de responsabilidad civil objetiva), ya que, reiteramos, este régimen de responsabilidad se refiere a productos cuyo uso normal no es nocivo o,

²⁹ REGLERO CAMPOS, Luis F., *Tratado...*, T. I, págs. 878- 879.

³⁰ SANTOS BRIZ, Jaime, «La culpa exclusiva del perjudicado...», pág. 305.

³¹ «[...] es un hecho notorio y conocido que el tabaco puede ser un factor de riesgo que puede generar determinadas enfermedades, especialmente si se consume en exceso [...] y esta opción personal, en la que consiste fumar, tendría que asumirse con responsabilidad y mesura». Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Barcelona, de 2 marzo 2001. AC 2001\499.

³² MUÑOZ BENAVENTE, Felipe, *op. cit.*

en el supuesto de serlo, el riesgo materializado excede de las expectativas que respecto del mismo tenía el consumidor. Es por ello que en ocasión de daños derivados del consumo de tabaco (en el supuesto de que los mismos no deriven de un defecto de fabricación existente en el caso particular) deberá recurrirse a la responsabilidad de naturaleza subjetiva, que es la que deriva del Art. 1902 del Código Civil.

En el supuesto de concretarse el hecho dañoso derivado del consumo de tabaco, consideramos aplicable la *doctrina de la culpa de la víctima* (pero con ciertas salvedades vinculadas a la voluntariedad del consumo, las que se plantean infra), que determina que «quien por decisión propia fuma, se coloca en una situación de riesgo para su salud»³³.

Esto significa que la responsabilidad debe recaer sobre quien voluntariamente decide someterse a ese ámbito de riesgo³⁴, 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 culpa³⁵ o negligencia»³⁶. Y ello es así porque, conforme el sistema de responsabilidad procedente en estos supuestos, no resulta lógico ni justo 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. El mero acto de venta no com-

³³ Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de abril de 2008.

³⁴ Así lo entiende la jurisprudencia española la que «al igual que la mayoría de los Tribunales de otros países europeos, no reconoce que las compañías fabricantes de tabaco deban indemnizar a los consumidores que han resultado muertos o gravemente enfermos como consecuencia de su adicción a fumar, justo lo contrario a lo resuelto por los jueces en los Estados Unidos». Consideramos de relevancia mencionar en este sentido que en contradicción a esta corriente jurisprudencial imperante, existió un voto en disidencia de un magistrado de la Audiencia de Barcelona en la SAP de Barcelona (Sección 1.^a), de 1 diciembre de 2003, AC 2003\1897, a través del cual, discrepando con la Sala, expresó que la empresa tabacalera no informó exhaustivamente respecto a los peligros de la adicción y las consecuencias del tabaquismo, en un momento en el que ya los mismos eran denunciados por la clase médica y las organizaciones ciudadanas. En consecuencia, reconoce un proceder negligente en la empresa tabacalera como antecedente del daño producido (dentro de un sistema de responsabilidad contractual), y considera corresponde a la demandada indemnizar a los actores. ACEDO PENCO, Ángel, *Contratos y responsabilidad civil. Cuestiones jurídicas actuales. Supuestos concretos y soluciones jurisprudenciales*, Dykinson, Madrid, 2007, págs. 101-110.

³⁵ La doctrina de la asunción del riesgo por parte de la víctima «no es una patente de corso para que el empresario omita aquellos cuidados a los que está obligado». Respecto a las actividades de ocio peligrosas, REGLERO CAMPOS, Luis F., *Tratado...* T. III, pág. 513.

³⁶ *Ibidem*.

porta en sí mismo negligencia, y los daños ocasionados no son consecuencia lógica y natural de la acción de vender³⁷.

Así lo afirma SANTOS BRIZ al determinar que «de todo ello resulta que es conducta culpable *si bi imputet*³⁸ la del fumador que se causa lesiones o enfermedades porque por su libérrima voluntad gusta de fumar»³⁹.

Coincidentemente, la Audiencia Provincial de Alicante⁴⁰ ha determinado que «por concurrir una relación directa entre la acción u omisión del agente y el resultado dañoso, sería preciso que dicha relación no presentara interferencias de otras conductas, como aquí acontece con el propio comportamiento de la víctima, de relevancia tal que rompe el nexo causal y determina que el agente quede exonerado de responsabilidad. Fumar es un acto voluntario, habiendo asumido libremente en este caso el esposo de la actora los posibles riesgos que para su salud podía comportar el consumo de unos cuarenta cigarrillos diarios, hasta que dejó de fumar también voluntariamente. Tampoco se ha acreditado por la parte demandante que para dejar de fumar precisara de un tratamiento de desintoxicación por su adicción a la nicotina. En definitiva, no sólo no se ha probado la relación de causalidad, sino que también ha existido culpa exclusiva de la víctima como recoge la sentencia recurrida, rompiendo con ello cualquier nexo causal que pudiera haber existido».

Resulta viable concluir en este sentido que los tribunales españoles se han visto reacios a imputar responsabilidad por daños a las empresas tabacaleras. «No existe [...] ninguna sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que se haya pronunciado sobre la responsabilidad civil de las mayoristas distribuidoras de tabaco, pues la STS de 4 de marzo de 2009 (RJ 2009, 1873) y la STS de 5 de mayo de 2010 (RJ 2010, 5022), no llegan a examinar si existe o no responsabi-

³⁷ STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 1087/2008 de 21 noviembre. RJ\2009\144.

³⁸ En coincidencia, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Olot (Provincia de Gerona) de 31 marzo. AC\2004\809, ha determinado que «La doctrina habla en estos casos de *sibi imputet* imputación propia y por libérrima voluntad que se hace de un daño conocido, lo cual llevaría a la desestimación de la demanda judicial porque sería de aplicación el principio de concurrencia en el caso de culpa exclusiva de la víctima».

³⁹ SANTOS BRIZ, Jaime., «La culpa exclusiva del perjudicado...», pág. 306.

⁴⁰ SAP de Alicante (Sección 7.ª), núm. 2/2003 de 7 enero. JUR 2003\44458.

lidad extracontractual por entender que ha transcurrido el plazo de prescripción de un año»⁴¹.

Sabemos que la concreción del daño *por culpa exclusiva de la víctima*⁴², excluye cualquier reproche causal al fabricante del producto peligroso⁴³.

Frente a esta postura que procura la exoneración del productor, consideramos apropiado (y justo) hacer una salvedad derivada de la naturaleza particular del producto tabaco.

Y aquí toca preguntarnos, con SPROVIERI y DELL'OCA, si para interrumpir el nexo causal es necesaria la «culpa» de la víctima, en tanto que conducta reprobable, o si basta el mero «hecho» de la víctima, aunque se trate, incluso, de una conducta involuntaria⁴⁴.

Autorizada doctrina civilista ha concluido que, además de la culpa, también el mero hecho de la víctima libera al demandado⁴⁵.

En este sentido, SPROVIERI y DELL'OCA realizando una interpretación restrictiva sostienen que el *hecho voluntario* de la víctima con eficacia causal, indudablemente exonera al demandado. En cambio,

⁴¹ PARRA LUCÁN, María A., «La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales», *Lecciones de Responsabilidad Civil*, 2.^a Edición, Aranzadi, Navarra, 2013, pág.466.

⁴² Es importante señalar que no existe una previsión expresa en el Código Civil español sobre la concurrencia de culpa de la víctima en el daño por ésta padecido. Sin embargo, se ha incorporado al Derecho de Daños una regla derivada del Código Penal, concretamente, del Art. 114 de este cuerpo legal, que reza: *Si la víctima hubiera contribuido con su conducta a la producción del daño o perjuicio sufrido, los Jueces o Tribunales podrán moderar el importe de su reparación o indemnización*. Asimismo, esta regla es incorporada por el Art. 145 del TRLGDCU, respecto de los productos defectuosos. «La ausencia de una regla general no ha impedido que la jurisprudencia civil haya elaborado una doctrina al respecto. GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos y PIÑEIRO SALGUERO, José, «Culpa del Perjudicado», en SALVADOR CODERCH, Pablo y GÓMEZ POMAR, Fernando (Eds.), *Tratado de Responsabilidad Civil del Fabricante*, Ed. Thomson, Navarra, 2008, págs. 348 – 349. Normalmente la jurisprudencia suele hacer referencia al Art. 1105 del C. C., considerándose la conducta de la víctima un hecho imprevisible para el demandado. REGLERO CAMPOS, Luis F., *Tratado...* T. I, p. 878.

⁴³ En la jurisprudencia estadounidense se distinguen tres tipos de situaciones: el uso inadecuado del producto (*misuse*), la contribución culpable de la víctima (*contributory negligence*) y la aceptación voluntaria de los riesgos (*assumption of the risks*). CORRAL TALCIANI, Hernán, «La relación de causalidad en la responsabilidad por productos defectuosos», *Revista chilena de Derecho Privado*, N.º2, Julio 2004, pág. 81.

⁴⁴ SPROVIERI, Luis E. y DELL'OCA, Gastón, *op.cit.*, pág. 324.

⁴⁵ Así Kemelmajer de Carlucci, Trigo Represas y López Mesa. TRIGO REPRESAS, Félix A. y LOPEZ MESA, Marcelo J., *Tratado de la responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 2008, pág. 877.

el *hecho involuntario* sólo eximirá de responsabilidad en caso de haber sido *imprevisible* para el productor⁴⁶.

El maestro MOSSET ITURRASPE, no obstante, es tajante al respecto: «sea la conducta culposa o no, incluso aunque fuera involuntaria, es ella la que desencadena el daño; ¿cómo entonces atribuírselo a otra persona?»⁴⁷

Resulta palmario que la exigencia del requisito de la culpa es la solución que mayores garantías de protección concede a los intereses de la víctima. Quienes optan por la tesis opuesta (basta con el mero hecho de la víctima con eficacia causal para eximir de responsabilidad al demandado) sostienen que no se trata de «ponderar culpas sino autorías materiales»⁴⁸.

En este último supuesto, tanto el hecho de la víctima culpable como el no culpable pueden constituir causa adecuada del daño.

Consideramos injusta esta solución por extrema y por beneficiar con exclusividad a los productores de bienes de consumo no alcanzados por el régimen de responsabilidad civil por productos defectuosos⁴⁹.

Entendemos que la virtualidad del hecho de la víctima como elemento de responsabilidad del demandado debe evaluarse partiendo de su constatación como hecho realizado voluntariamente, con discernimiento, intención y libertad, es decir, hablamos de un nivel mínimo de culpa.

Está claro que el daño a la salud ocasionado por el consumo de tabaco, no es un daño que se produzca como resultado de una acción aislada (salvo la caída en la adicción, que sí puede derivar de un solo acto, y que constituiría un daño en sí mismo). Sino que el mismo se manifiesta como producto de un tracto sucesivo, de la realización prolongada del acto de fumar.

⁴⁶ SPROVIERI, Luis E. y DELL'OCA, Gastón, *op.cit.*, pág. 324.

⁴⁷ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Responsabilidad por daños*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, T. IV, 1998, pág. 72. En el mismo sentido, PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil por riesgo creado y de empresa. Contractual y extracontractual*, T. I, La Ley, Buenos Aires, 2006, pág. 253.

⁴⁸ PIZARRO, Ramón D., *op. cit.*, pág. 249.

⁴⁹ Si se aceptara que en los supuestos de daños causados por el tabaco la culpa es adjudicada al mero hecho de la víctima sin evaluar aspectos subjetivos, consideramos se impone examinar lo siguiente... ¿qué sucedería, entonces, con los denominados fumadores pasivos? ¿Sería justo hacer recaer sobre éstos la responsabilidad en el supuesto de sufrir un daño a la salud?

Sin embargo, explica PIZARRO que la incidencia causal de la conducta de la víctima debe ser aquella presente en el momento del hecho generador del daño⁵⁰.

Si bien se nos podrá señalar, en este sentido, que el damnificado es libre (al menos inicialmente) de decidir fumar o no hacerlo, caben algunas precisiones al respecto:

1. Para elegir libremente es necesario conocer. Para ello la información al consumidor debe corresponderse con su nivel educativo. Cuestión a evaluar en cada caso para poder determinar válidamente si conoce los riesgos que asume al consumir.

2. Es real que existen advertencias alertando sobre los peligros derivados del consumo del tabaco. Pero también lo es que existen, en igual o mayor intensidad, publicidades que ponderan e incentivan su consumo.

3. Como explican FLAH y AGUILAR, existen categorías de consumidores como analfabetos, menores de edad, entre otros, que presentan una mayor vulnerabilidad a ver reducida su libertad, y por ende su capacidad volitiva, por no tener acceso al conocimiento de los peligros implicados en el consumo de este producto⁵¹.

Al constituir una obligación del productor la de brindar de manera cierta información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de sus productos, sería inadecuado descartar de antemano la posibilidad de que, en el caso concreto, nos encontrásemos frente a un actuar negligente por parte del mismo (no procedería en estos supuestos sostener la existencia de un producto defectuoso por deficiente información ya que, como se sostiene unánimemente en la doctrina y los estrados judiciales, las expectativas sobre la seguridad de los productos [que parten del conocimiento que sobre los mismo se tenga] se miden en función del *consumidor medio*).

Entonces, habría que evaluar en cada caso concreto y a efectos de la determinación de la culpa de la víctima, si existió *libertad* por parte del consumidor y, por ende, *voluntad*, al momento de decidir iniciarse en el proceso de adicción. En caso de confirmarse la presencia de este elemento, entonces nos encontraremos, efectivamente, frente a un caso de culpa de la víctima.

⁵⁰ *Ibidem*, pág. 254.

⁵¹ FLAH, Lily R. y AGUILAR, Rosana I., «Responsabilidad de las tabacaleras y el papel del Estado en la protección de los Derechos fundamentales. Cuestiones que se suscitan», *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 16, 2011, págs. 163-186.

V. LAS COMPAÑÍAS TABACALERAS

Quienes rechazan la procedencia de la noción de culpa de la víctima en el supuesto de daños causados por el consumo del tabaco, consideran que el acto voluntario de consumo no implica culpa de la víctima, ya que ni siquiera existe opción libre de fumar o no fumar como consecuencia de la dependencia química y psíquica que el producto causa en el consumidor⁵², sumado ello a la publicidad masiva y tentadora, lo que descartaría de plano cualquier alegación de culpa exclusiva o, inclusive, concurrente de la víctima⁵³.

La conclusión de TARTUCE y ASSUMPÇÃO NEVES en torno a la responsabilidad por el daño causado⁵⁴ consiste en la afirmación de que la misma debe ser de tipo concurrente entre la víctima y las empresas productoras y comerciantes. En este sentido: en aquellos supuestos en que se hubiese comenzado a fumar con anterioridad a la obligación impuesta a las tabacaleras de publicitar las consecuencias dañosas derivadas del consumo del tabaco (son los casos de quienes se iniciaron en el consumo del cigarrillo antes del Siglo XXI y que, actualmente, son los titulares de la mayoría de las acciones de esta naturaleza) el factor de asunción de riesgo debe ser mínimo o, incluso, excluido, dado que no se tenía conocimiento de los males causados por el cigarrillo.

Es así que la mayor proporción del riesgo asumido debería recaer sobre la conducta de los fabricantes y comerciantes, porque ellos sí sabían acerca de los riesgos que del producto podían derivar.

Reconocen, no obstante, que para quienes han comenzado a fumar luego del siglo XXI, donde el conocimiento sobre los daños producidos por el tabaco es generalizado e indiscutido, la mayor carga de riesgo es asumido por el fumador, sin excluir, sin embargo, la debida responsabilidad del fabricante.

Por lo tanto, según los citados autores, la responsabilidad en estos casos no puede ser atribuida en exclusividad a la víctima⁵⁵.

⁵² No podemos omitir considerar el hecho de que «el tabaco, al generar adicción y dependencia, anula la facultad volitiva del cliente adicto», STS, Sala de lo Civil (Sección 1.ª), núm. 135/2009 de 4 marzo. RJ 2009\1873.

⁵³ Disiente al respecto SANTOS BRIZ, para quien resultaría insólito sostener la exención de culpa de la propia víctima «teniendo en cuenta que el perjudicado nunca ha fumado impelido y menos decisivamente influido por otra persona, sino en forma totalmente voluntaria y libre. SANTOS BRIZ, Jaime, «La culpa exclusiva del perjudicado...», pág. 307.

⁵⁴ TARTUCE, Flavio y ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel A., *op. cit.*, pág. 4.6.

⁵⁵ *Ibidem*.

VI. CONCLUSIONES

A efectos de definir el conjunto normativo de aplicación a los supuestos de daño que venimos analizando, podemos sostener que el tabaco *no constituye* un producto de naturaleza intrínseca defectuosa.

Desde el *criterio de legítimas expectativas del consumidor*, resulta claro que los riesgos que derivan de este producto han sido identificados y advertidos, por lo cual las expectativas de seguridad respecto del mismo deben encontrarse adecuadas a la realidad del producto. No habrá defraudación de expectativas, y por lo tanto, *no existirá defecto* en estas circunstancias.

Si nos posicionáramos, por el contrario, en la óptica del *criterio de riesgo-utilidad* (propio de la legislación estadounidense), la conclusión sería diversa. Ello, debido a que la ciencia se ha encargado de demostrar la gran cantidad y la gravedad de los daños derivados del consumo de tabaco⁵⁶, y en este marco nos ha sido imposible identificar un solo beneficio derivado del cigarrillo que permita inclinar la balanza de riesgo-utilidad en favor de esta última. Según este criterio, entonces, el tabaco podría ser considerado *a priori* un *producto defectuoso*, por presentar más riesgos que beneficios.

Entonces, y por exclusión... ¿sería viable encasillar al tabaco, en la UE, dentro de la categoría de productos simplemente peligrosos?

Si pasamos revista a las características expuestas respecto de los productos naturaleza peligrosa en general, podemos concluir que:

1. *Los riesgos que derivan del producto son conocidos y advertidos al consumidor*: los riesgos del tabaco han sido científicamente detectados y exhaustivamente advertidos a los consumidores.
2. *Si se utilizan conforme a las indicaciones, el daño no tiene por qué producirse*: el uso correcto del tabaco es perjudicial para la salud porque la elevada posibilidad de producir daño es consustancial al propio producto.
3. *Dada la utilidad social del producto, el consumidor ha determinado tolerar los riesgos*: aquí encontramos otro traspié para poder encasillar al tabaco dentro de esta categoría de productos dado que el

⁵⁶ «Cada año el tabaco mata aproximadamente a unos 6 millones de personas y causa pérdidas económicas valoradas en más de medio billón de dólares». OMS, *Informe OMS Sobre la Epidemia Mundial de Tabaquismo*, 2013, http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85382/1/WHO_NMH_PND_13.2_spa.pdf [2 de junio de 2015].

cigarrillo no presenta, definitivamente, ninguna utilidad social que justifique su tolerancia.

Podemos concluir, en este sentido, que el tabaco presenta características propias que obstaculizan su introducción, asimismo, dentro de la categoría de simples *productos peligrosos*.

Es por este motivo que proponemos el ingreso del tabaco en una nueva categoría de productos, la que sugerimos sea denominada: *productos riesgosos de daño probable*.

En relación con la responsabilidad por el daño causado, no será de aplicación el sistema de responsabilidad por productos defectuosos, por lo cual nos encontraremos en la órbita de la responsabilidad de corte subjetivo emanada del Art. 1902 del Código Civil⁵⁷.

No basta, a efectos de proceder a la eximición de responsabilidad del productor con sustento en la culpa exclusiva de la víctima, la simple incorporación de advertencias acerca de la peligrosidad derivada del consumo de este producto en las propias cajetillas de cigarrillos y la difusión de tal información a través de medios de comunicación masiva.

La culpa de la víctima no puede evaluarse prescindiendo de consideraciones de corte subjetivo, sino que resulta necesario constatar la presencia del elemento voluntad al momento de decidir adoptar la conducta de fumar, teniendo en consideración las circunstancias de los consumidores presentes en cada caso.

⁵⁷ «En supuestos de consumo de tabaco como el que nos ocupa, este Tribunal coincidiendo con el criterio de otros órganos judiciales estima que no resulta de aplicación ni la Ley 22/1994, de 22 de junio sobre responsabilidad civil de fabricantes por los daños causados por productos peligrosos, a la que ni siquiera alude la recurrente, ni la Ley 26/1984, de 19 de julio sobre protección de consumidores y usuarios, por cuanto que la primera Ley se refiere a productos cuyo uso normal no es nocivo para la salud, lo que no se puede aplicar al tabaco, y la segunda porque en el artículo 28.2 enumera una serie de bienes cuyo normal uso puede dar lugar a la responsabilidad objetiva del expendedor entre los que no se encuentra el tabaco, ni producto alguno al que éste se pueda equiparar. Sentado lo anterior, la conclusión necesaria a la que se llega es que debemos acudir al artículo 1902 del Código Civil». Audiencia Provincial de Alicante (Sección 7.ª) Sentencia num. 2/2003 de 7 enero, JUR\2003\44458.

