

Flah, Lily R.; 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, núm. 16*, julio, 2011, pp. 163-186

Universidad Diego Portales

Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=370838889005>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

RESPONSABILIDAD DE LAS TABACALERAS Y EL PAPEL DEL ESTADO EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. CUESTIONES QUE SE SUSCITAN

LIABILITY OF TOBACCO COMPANIES AND THE ROLE OF THE STATE IN THE PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS. ISSUES RAISED

RESPONSABILIDADE DAS TABAQUEIRAS E O ROL DO ESTADO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS. QUESTÕES QUE PROVOCAM

*Lily R. Flah y Rosana I. Aguilar**

163

RESUMEN

El consumo de cigarrillos es perjudicial para la salud, derecho consagrado como fundamental por la Constitución Nacional Argentina y los tratados internacionales de Derechos Humanos incorporados a ésta con jerarquía constitucional por la reforma de 1994.

El goce efectivo de este derecho, cuya protección debe garantizar el Estado, se enlaza con la defensa del consumidor, también con rango constitucional.

Es preciso determinar a quien corresponde asumir la responsabilidad frente a los daños que aquel consumo provoca tanto a fumadores activos como pasivos.

* Universidad Nacional de Buenos Aires. Dirección postal: avenida Figueroa Alcorta 2263 (C1425CKB), Buenos Aires, Argentina. Artículo recibido el 6 de noviembre de 2010 y aceptado para su publicación el 26 de enero de 2011 Correo electrónico: webmaster@derecho.uba.ar.

NOTA: A la fecha de publicación de este número de la *Revista Chilena de Derecho Privado*, en Argentina fue sancionada el 1 de junio de 2011 la ley nacional N° 26.687, promulgada el 13 de junio y publicada en el *Boletín Oficial* el 14 de junio del año en curso, que regula la publicidad, promoción y consumo de los productos elaborados con tabaco.

A ese efecto es necesario establecer cual es el vínculo que une a éstos con las tabacaleras: es contractual, extracontractual o cabe una tercera posibilidad derivada del derecho de consumo.

A su vez, se considera la posibilidad de que el fumador en espacios cerrados públicos y, aun privados, incurra en responsabilidad frente a quienes se ven obligados a inhalar el humo del tabaco.

También, analizar la responsabilidad que cabe al estado dado el papel paradojal asumido, apareciendo como garante y, al mismo tiempo, violador de los derechos fundamentales comprometidos, lo cual derivaría en la posibilidad de que se convierta tanto en actor como en demandado.

Palabras claves: Derecho del consumidor, cigarrillos, salud, Derechos Humanos, Constitución, tratados internacionales, Estado garante, responsabilidad, tabacaleras, fumador activo y pasivo, aires libre de humo del tabaco, papel paradojal del Estado.

ABSTRACT

It is well known that cigarette consume is harmful for health and is also known that health is a human right. As a Human Right is established by the Argentine National Constitution and the International Treaties of Human Rights included by the constitutional reform approved in 1994.

Effective enjoyment of this right joins with the protection of consumer, both protected by our Constitution, deserving State guarantee.

It is quite important to discriminate who should take responsibility for the damage that this consumption causses not only to smokers but also to pasive smokers.

Then it is necessary to establish the link between them and the tabacco companies: if it is contractual or non contractual liability or there is a third possibility arising from the right of consumption, and in turn consider the responsibility that the smoker in public spaces and even private spaces may asume, opposite to those who are forced to inhale tobacco smoke.

Also, to conclude, analize the paradoxical role given to the State who appears as guarantor and at the same time violator of the fudmamental rights committed, becoming actor or defendant in trails concerning this issue.

Keywords: cigarette, consume, health, Human Right, Constitution, international treaties, State guarantee, responsibility, smokers, pasive smokers, tabacco companies, right of consumption, inhalation tobacco smoke, paradojal role of the State.

RESUMO

O consumo de cigarro é prejudicial para a saúde, direito consagrado como fundamental pela Constituição Nacional Argentina e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos incorporados a esta hierarquia constitucional pela reforma de 1994.

O gozo efetivo desse direito, cuja proteção deve garantir o Estado, se enlaça com a defesa do consumidor, também com a categoria constitucional.

É preciso determinar a quem corresponde assumir a responsabilidade diante das perdas que aquele consumo provoca tanto a fumantes ativos como passivos.

No entanto é necessário estabelecer qual é o vínculo que une estes com as tabaqueiras: é contratual, extracontratual ou cabe uma terceira possibilidade derivada do direito de consumo.

Por sua vez, considera-se a possibilidade que o fumante em espaços fechados públicos e, ainda privados, incorra em responsabilidades diante daqueles que vêm obrigados a inalar a fumaça do tabaco.

Também, analisar a responsabilidade que cabe ao estado dado o rol dos direitos fundamentais comprometidos, o qual derivaria na possibilidade de que se converta em ator e/ou demandado.

Palavras chave: direito do consumidor, cigarros, saúde, Direitos Humanos, Constituição, tratados internacionais, Estado fiador, responsabilidade, tabaqueiras, fumantes ativos e passivos, ares livre de fumaça de tabaco, rol paradoxal do Estado.

I. INTRODUCCIÓN

Que el consumo de cigarrillos es perjudicial para la salud es algo que, a esta altura de los tiempos, está fuera de discusión.

De ahí que se podría calificar a los cigarrillos, en el ordenamiento jurídico argentino, como una cosa riesgosa en los términos del art. 1113 del *Código Civil*. O si se tratara de responsabilidad contractual, se estaría frente a un típico supuesto de responsabilidad contractual objetiva. Desde la óptica del derecho del consumidor se trata de una materia que encaja perfectamente en los artículos 4, 5 y 6 y concordantes de la ley N° 24.240¹ (Ley de Defensa del Consumidor).

¹ Roberto A. VÁZQUEZ FERREYRA, “Responsabilidad civil de las tabacaleras por consumo de cigarrillos y aceptación de riesgos”, en *Revista Jurídica La Ley*, vol. F, Buenos Aires, 2007, p. 603.

Tampoco cabe duda que en nuestros días el derecho a la salud goza de jerarquía constitucional, incorporado no sólo a través de los pactos internacionales (artículo 75, inciso 22) sino por la consagración del derecho a un ambiente sano (artículo 41) y, más específicamente, en referencia a la protección de la salud a la que tienen derecho consumidores y usuarios (artículo 42).

“A partir del artículo 42 de la Constitución Nacional Argentina y de las reformas introducidas a la ley de defensa del consumidor por la ley 24999 ha quedado conformado un principio general de seguridad en beneficio de los consumidores y usuarios con un despliegue claramente preventivo. Desde una perspectiva resarcitoria, creemos que ello importa reconocer la ‘generalización’ de la obligación de seguridad, habitualmente enmarcada en el ámbito contractual, y hoy expandida al más amplio campo de la relación de consumo”².

A partir de estas premisas cabe el interrogante si a los fines del goce efectivo de ese derecho constitucional del consumidor a la protección de su salud resulta información suficiente y adecuada la leyenda incorporada en los atados de cigarrillos conforme la cual “el fumar es perjudicial para la salud”.

Y aun de ser así, si ello satisface el mismo derecho que tiene el no fumador, también consumidor en su condición de expuesto a esa relación de consumo, obligado a respirar el humo ambiental generado por el tabaco.

Finalmente, frente a la respuesta negativa que se impone a ambos interrogantes, cuál es la responsabilidad que correspondería a las empresas tabacaleras; cuál, en su caso, al Estado, como obligado a la adopción de políticas activas en orden a garantizar el acceso efectivo a los derechos fundamentales de todos los habitantes y, cuál, eventualmente, al fumador como dañador dañado.

Gran parte de la doctrina y jurisprudencia contemporánea coinciden en que la responsabilidad civil tiene varias funciones, pero en lo que hay aún mayor coincidencia es en la existencia de una función preventiva. Si es que hay una función adicional a la compensatoria que se acepta o casi no se discute, ésa es la preventiva.

En primer lugar, debe señalarse la fuerte relación que existe entre la función normativa y la preventiva.

Por función normativa o demarcatoria se entiende aquélla que delimita lo que está permitido, es decir, dentro del libre ámbito de actuación y lo prohibido por la norma.

² Carlos A. HERNÁNDEZ y Sandra A. FRUSTAGLI, “Las exigencias de seguridad en las relaciones de consumo”, en Félix TRIGO REPRESAS (director), *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales. Parte especial*, Buenos Aires, La Ley, 2007, vol. 6, p. 439.

Esta frontera entre lo permitido y lo prohibido no necesariamente tiene que estar tipificada, sino que normalmente en los sistemas del *Civil Law* es una norma fundamental de comportamiento o norma de civildad en el caso de responsabilidad por culpa, o una norma de distribución de riesgos en los casos de responsabilidad objetiva.

El artículo 19 de la Constitución Argentina es clave en torno al reconocimiento de esta función.

Por un lado, ese artículo es el que señala el principio de libertad de actuación cuando dice “ningún habitante de la nación será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”. También está formulado en el art. 14, que garantiza a los ciudadanos el derecho de “ejercer industria lícita”.

Por otro, el mismo art. 19 es el que reconoce el principio *nominen laedere* cuando comienza diciendo:

“las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”.

La función demarcatoria o normativa, por lo tanto, es una exigencia constitucional de un mismo artículo que sienta dos principios, la libertad de actuación y el *nominen laedere*³.

Se ha expresado, vinculando esta normativa constitucional con el derecho a la salud, que no podemos llegar, en el cuidado exagerado de ésta⁴, al límite inconstitucional de interferir la privacidad, porque el deber “moral” de cuidar la salud propia no es exigible por el Estado, a menos que, descuidando o dañando la propia salud, se haga peligrar un bien jurídico ajeno (de terceros, o de persona determinada o de la sociedad en general). El derecho a la intimidad del artículo 19 de la Constitución impide que el Estado se convierta en “médico” guardián de la salud personal cuando no está en juego –por acción u omisión del titular de aquel derecho– la moral pública, ni el orden ni los derechos de otros.

Hay dos cosas principales en juego: la salud del fumador y la salud de terceros en ambientes contaminados por el humo del cigarrillo.

Respecto a la salud del fumador, si fumar pertenece a la privacidad y configura el derecho de hacerlo allí donde no se causa daño a nadie (por ejemplo, en la propia casa o al aire libre), fumar en lugares donde el am-

³ Edgardo LÓPEZ HERRERA, *La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con las otras funciones*, Santa Fe, Rubinzel Culzoni, 2008, vol. 2, p. 193.

⁴ Germán BIDART CAMPOS, “La publicidad del cigarrillo”, en revista jurídica *El Derecho*, vol. 117, Buenos Aires, 1986, p. 364.

biente se soluciona, perjudicando a ese ambiente o a terceros (sean éstos fumadores o no) es otra situación.

Sin embargo, surge el planteo de hasta dónde alcanza ese derecho a la privacidad cuando ese ámbito privado resguardado por la referida garantía, es compartido por no fumadores y, más aún, si éstos se encuentran comprendidos dentro de las categorías de mayor vulnerabilidad al humo del tabaco, tales como mujeres embarazadas, niños, etcétera.

Se puede decir que el derecho a “no fumar” se satisface mientras no se obligue a alguien a fumar contra su voluntad. Ése es un aspecto parcial. Se requiere, también, que las conductas ajenas no inoculen en el aire que respira quien no quiere fumar, toxinas que, aspiradas por él, surten un efecto equivalente al que se produciría si fumara, porque, en suma, aparte del aspecto de libertad jurídica que está en juego en la privacidad de quien se abstiene de fumar, aparece, en primer plano, el derecho a la salud de todos los que creen cuidarla si no fuman y, también, aunque más lejano, una preservación general de la salud pública en los lugares públicos cerrados⁵.

Se vincula con esta temática la declaración efectuada por la Cuarta Conferencia de las Partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco, llevada a cabo en Punta del Este, Uruguay, en noviembre de 2010⁶, en la que los países expresan la firme voluntad de priorizar la aplica-

⁵ Germán J. BIDART CAMPOS, “El derecho a fumar y a no fumar”, en revista jurídica *El Derecho*, vol. 105, Buenos Aires, 1984, p. 1.022.

⁶ Las partes en el Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco declaran:

1. Su firme voluntad de priorizar la aplicación de medidas sanitarias destinadas a controlar el consumo de tabaco en sus respectivas jurisdicciones.
2. Su preocupación por las acciones de la industria tabacalera que buscan subvertir y socavar las políticas gubernamentales de control del tabaco.
3. La necesidad de intercambiar información sobre las actividades nacionales o internacionales de la industria tabacalera que interfieren la aplicación de políticas de salud pública con respecto al control del tabaco.
4. Que en función de lo dispuesto en los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC y en la declaración de Doha, las partes pueden adoptar medidas para proteger la salud pública, y en particular regular el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual en concordancia con las políticas nacionales de salud pública, a condición de que esas medidas sean compatibles con el mencionado acuerdo.
5. Que las partes tienen derecho a definir y aplicar políticas nacionales de salud pública destinadas a cumplir debidamente los convenios y compromisos asumidos bajo la égida de la Organización Mundial de la Salud, y en particular el 0 de la OMS.
6. La necesidad de instar al Grupo de Trabajo Especial Interinstitucional de las Naciones Unidas sobre Lucha Antitabáquica a que apoye la coordinación multisectorial e interinstitucional para fortalecer la aplicación del CMCT de la OMS en la totalidad del sistema de las Naciones Unidas.
7. La necesidad de incluir el tema “desafíos al control del tabaco” en el orden del día de la cumbre sobre enfermedades no transmisibles que será organizada por las Naciones Unidas en 2011.

ción de medidas sanitarias destinadas a controlar el consumo de tabaco en sus respectivas jurisdicciones. Asimismo, manifiestan la preocupación por las acciones de las tabacaleras que buscan subvertir y socavar las políticas gubernamentales de control de tabaco.

El documento sostiene que los países pueden adoptar medidas para proteger la salud pública, tomando en cuenta los artículos 7 y 8 del acuerdo sobre los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el comercio y de la declaración de Doha. Estos dos artículos son los únicos que flexibilizan el comercio dando prioridad a la salud pública y en virtud de ellos, todos los países tienen derecho, según lo declarado en esta cuarta reunión, a definir y a aplicar políticas nacionales de salud pública destinadas a cumplir de manera debida los convenios y compromisos asumidos bajo la égida de la OMS y, en particular, del convenio marco del Control del Tabaco⁷.

II. EL FUMADOR Y LAS TABACALERAS. VINCULACIÓN

En el Derecho argentino predomina el criterio que sitúa la naturaleza del vínculo que une al fumador con el fabricante del producto elaborado en el campo de la responsabilidad extracontractual⁸.

Así, se sostiene que el sentido lógico clama por la aplicación del artículo 1113 *C. Civil*, pues es el elaborador quien ha creado el riesgo –o el vicio– y quien se ha beneficiado con la circulación. Cuando la ley establece un

8. La necesidad de instar a todos los países que aún no lo hayan hecho a que ratifiquen el CMCT de la OMS, apliquen sus disposiciones y tomen las medidas recomendadas en sus directrices. (Primera sesión plenaria, 15 de noviembre de 2010)

⁷ Ello ha sido interpretado como un claro apoyo a Uruguay frente a la demanda presentada por Philip Morris (transformada en empresa suiza ALTRIA). Esta empresa apeló a un tratado comercial entre Uruguay y Suiza de protección de inversiones, para demandar aquél por “afectar su inversión comercial”.

La tabacalera exige que Uruguay cambie tres disposiciones: la que ordena destinar el 80% del envase a advertencias; el diseño de los pictogramas que (al igual que otros países) muestran efectos como el parto prematuro y la impotencia sexual y la imposibilidad de vender otras marcas como los Marlboro Green, Gold y Blue, consideradas herederas de las supuestas marcas “light”, rechazadas por engañosas. Véase <http://yaerahoraenlaradio.blogspot.com/2010/07/philip-morris-le-inicio-juicio-al.html>, visitado el 16 de febrero de 2011.

⁸ CNCiv, Sala H, “B., V.R. c. Nobleza Picardo SAICF, 18 de octubre de 2002, en *LL*, vol. B, Buenos Aires, 2003, p. 470; CNCiv, Sala H, S., A. c. Massalin Particulares S.A., 22 de junio de 2005, en *LL*, vol. D, Buenos Aires, 2005, p. 914; CNCiv, Sala H, “Lodoli, R. c. Massalin Particulares S.A. s/ daños y perjuicios” 26 de febrero de 2001, elDial.com, AA7B4; CNCiv, Sala H, Sala K, “Minisini Verdi, Luis c. Nobleza Picardo S.A.C.F. s/ daños y perjuicios”, 1 de diciembre de 2000, elDial – AE 1862; entre otros.

régimen de responsabilidad objetiva en contra del dueño o guardián, es porque presume que son ellos los que han dado nacimiento al riesgo; a *fortiori*, ella deberá regir para quien lo ha creado efectivamente, más allá de toda presunción legal⁹.

El riesgo creado opera tanto en el proceso de fabricación del producto como en la etapa de su puesta en el mercado, a través de la cual el fabricante se sirve de él para su beneficio. El producto elaborado se incorpora al mercado y, su comercialización está al servicio del provecho económico del fabricante. En otras palabras, el fabricante es el creador del riesgo y, simultáneamente, quien se sirve del producto para su provecho.

Si bien el artículo 1113 sólo responsabiliza al dueño o guardián, una interpretación adecuada del precepto debe apoyarse en la fundamentación última de la teoría recogida, que obliga a quien realmente introduce el riesgo en la comunidad. Por otra parte, la enunciación de personajes contenida en esa norma del *Código Civil*, según algunos, es meramente enunciativa y según otros, dicho artículo –en su primer párrafo– responsabiliza a todo el que se sirve de la cosa, entre quienes se encuentra el fabricante.

Esta postura encuentra un adecuado apoyo en los artículos 5 y 6 de la ley N° 24.240 de defensa del consumidor, pues las cosas y servicios que se suministren, no deben presentar peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores, y si se tratase de aquéllos

“cuya utilidad pueda suponer un riesgo para la salud o la integridad física de los consumidores o usuarios, deben comercializarse observando los mecanismos, instrucciones y normas establecidas o razonables para garantizar la seguridad de los mismos”,

de forma tal que el daño siempre provendría del “riesgo” generado por una cosa o servicio de los que razonablemente no cabía esperar ningún peligro y que, sin embargo, lo generaron o, bien, de cosas o servicios *per se* riesgosos, en cuya comercialización no se observaron las razonables medidas de seguridad, hipótesis ambas que resultan perfectamente encuadrables en la responsabilidad por riesgo o vicio de la cosa del segundo párrafo del artículo 1113 del *Código Civil*.

Sin perjuicio de ello, se advierte que la obligación de seguridad o garantía insita en la comercialización de productos elaborados, resulta aplicable a aquellos productos que son, en principio, inocuos, supuesto distinto del

⁹ Aída KEMELMAJER DE CARLUCCI, “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, en Augusto C. BELLUSCIO (director), Eduardo A. ZANNONI (coordinador), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*”, Buenos Aires, Astrea, 2002, vol. 5, pp. 541-547, 549-559.

de los cigarrillos, pues no existe duda alguna en relación con el riesgo que fumar implica para la salud.

Cuando se trata de un producto intrínsecamente peligroso, por contener efectivamente cierta potencialidad dañosa,

“tal como sucede verbigracia con los venenos o explosivos, esas mismas características, por otra parte notorias, determinan que no puede responsabilizarse sin más al fabricante de los perjuicios que sean consecuencia de la propia genérica peligrosidad de la cosa, y que por lo tanto, el consumidor o usuario conocía o debía conocer y por ende asumió, como riesgo suyo propio, al adquirirlo o utilizarlo. En tales casos, por el contrario, lo normal será la irresponsabilidad del elaborador en mérito de las razones preexpuestas; lo cual no significa que no pueda existir responsabilidad civil del fabricante de cosas *per se* peligrosas, si se las comercializa sin las correspondientes indicaciones de su peligrosidad y ésta no debe presumirse cognoscible por el usuario...”¹⁰.

En esa orientación, se advierte que resulta imprescindible diferenciar los distintos productos elaborados.

“Algunos son obviamente peligrosos (...) Por ejemplo, todo fumador sabe que el exceso de cigarrillos es nocivo para la salud”¹¹.

171

Se sostiene que la distinción entre los productos inocuos y aquéllos que son potencialmente riesgosos para el consumidor a pesar de resultar lícita su fabricación y comercialización –tal el caso del cigarrillo–, carece de trascendencia en lo que se refiere a la naturaleza de la responsabilidad del fabricante frente al consumidor no adquirente directo. Es por ello que, a modo de síntesis puede afirmarse que, tratándose de un pleito fundado en la atribución de responsabilidad del fabricante de un producto que presuntamente ha ocasionado un daño al fumador, el análisis debe efectuarse dentro de la órbita extracontractual, sin que esta conclusión resulte en modo alguno alterada con motivo de la sanción de la ley de defensa del consumidor (Nº 24.240).

Es por ello que, para esta posición, cuando se trata de responsabilidad del fabricante frente al consumidor no adquirente directo, al no existir entre los mismos ninguna vinculación contractual, nos hallaríamos frente a una típica responsabilidad extracontractual¹².

¹⁰ Félix TRIGO REPRESAS, “La Responsabilidad civil del fabricante en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, en revista jurídica *La Ley*, vol. B, Buenos Aires, 1982, p. 663.

¹¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI (n. 9), pp. 551-552.

¹² TRIGO REPRESAS (n. 10).

Posición que adhiere a un antecedente de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que se estableció que mediando entre productor y consumidor, la intervención del comerciante minorista, quien produjo la venta para el consumo, la relación jurídica en que se funda la acción encuadra dentro del marco de la responsabilidad extracontractual¹³.

En cambio, desde otra perspectiva se sostiene que la naturaleza de la responsabilidad de la tabacalera es contractual.

Algunos dicen que se trata de una “relación contractual de hecho” o “conducta social típica”, supuestos en los que la doctrina considera existe relación contractual.

También se argumenta, con base en la conexión negocial, que los contratos entre fabricante, distribuidor, comerciante y consumidor están todos unidos, justamente, por una verdadera conexión, y por esto los efectos de unos se proyectan a los otros, creándose, de este modo, entre los integrantes de la red de comercialización, un vínculo asociativo que permitiría fundar una imputación.

En esa línea se entiende que, si bien no existe contrato entre consumidor y fabricante en el sentido clásico, hay una “relación de consumo”, es decir, una relación jurídica previa al nacimiento del daño, lo cual impide sostener a ultranza una calificación de responsabilidad extracontractual, que como es sabido, regula la reparación de los daños cuando no hay vínculo jurídico previo entre el dañado y el causante del daño. Por lo tanto, se considera que la conexión negocial existente entre todos los contratos de la red de comercialización, reconocida incluso por el artículo 40 de la ley N° 24.240 (*Adla*, tomo, LIII-D, p. 4.125), permite sostener que se trata de una responsabilidad contractual. No así, cuando son los damnificados indirectos que reclaman *iure proprio* y no como herederos del fumador fallecido, supuesto que encuadra claramente en el régimen extracontractual¹⁴.

Finalmente, una tercera posición, seguida por la doctrina más reciente, propone la exclusión en la discusión de la dicotomía responsabilidad contractual – responsabilidad extracontractual para lograr un salto cualitativo al ámbito de la responsabilidad en el derecho del consumo.

Se afirma, en ese orden, que la Ley del Consumidor debe autoabastecerse (salvo algunas de insalvable resolución dentro del sistema), pues la normativa protectora tiene sus propios principios y reglas, muchas veces

¹³ CSJN, del 8 de agosto de 2002 “Quidi c/Nobleza Piccardo SA”, en *JA*, tomo II, Buenos Aires, 2003, p. 108; en igual sentido “Retama, María E. c/Moño Azul S.A.”, en *Fallos*, tomo 322, vol. 1, 1999, p. 596.

¹⁴ Noemí L. NICOLAU, “La relación de causalidad entre tabaquismo y deceso del fumador”, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, tomo 2007, Buenos Aires, 2007, p. 522.

ajenos –y aún contrarios– al sistema general de las obligaciones y los contratos del Derecho Común¹⁵.

Y sin duda el fumador es un consumidor y la tabacalera un proveedor en los términos de los artículos 1, 2, 40 y concordantes de la ley N° 24.240, con particular énfasis después de la reforma de la ley N° 26.361¹⁶.

Por ello ha de entenderse que existe una relación de consumo y que son aplicables estas normas especiales de orden público que cambiaron muchos aspectos del *Código Civil*.

El estatuto del consumidor, se insiste, tiene principios propios y hasta derogatorios del Derecho Privado tradicional¹⁷. Entre ellos, podemos afirmar que el principio relativo de los contratos fue derribado por el derecho consumerista al aceptar, entre otras, la imputación de daños al fabricante¹⁸.

En efecto, el artículo 40 de la normativa citada, construyó un microsistema superador de la tradicional división entre los clásicos ámbitos de responsabilidad (contractual-extractual), que además contiene una expresa imputación legal respecto de una cadena de legitimados pasivos, que es más amplia que la que aporta el artículo 1113 del *Código Civil* cuando refiere al dueño o guardián de la cosa.

Su fundamento es la relación de consumo, que es un concepto más amplio que el de contrato de consumo. Si persistía alguna duda, en la actualidad del sistema, no podemos dejar de considerar que el fumador y sus eventuales herederos se encuentran amparados por el régimen de la ley N° 24.240 (texto ley N° 26.361), donde se consagran legitimaciones activas y pasivas aplicables a las relaciones que pueden suscitarse con las empresas tabacaleras.

Por ello, actualmente, las cuestiones de daños causados por el cigarrillo, deben resolverse en el ámbito del microsistema legal autónomo de protección del consumidor.

III. ACCIÓN DEL FUMADOR. SU PRESCRIPCIÓN

En sincronía con la conclusión arribada en el apartado anterior se ha resuelto, en relación con la prescripción, que “corresponde enmarcar la cuestión dentro del ámbito de la Ley de Defensa del Consumidor”, resaltando que los doctrinarios encuadran ambas responsabilidades establecidas en el

¹⁵ José F. MÁRQUEZ, “La responsabilidad por daños producidos por el tabaco. Dudas y propuestas”, en *J4*, tomo III, Buenos Aires, 2005, p. 290.

¹⁶ *BO*, Buenos Aires, 7 de abril de 2008.

¹⁷ Ricardo L. LORENZETTI, *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzel Culzoni, 2009, p. 59.

¹⁸ Cristian WERLEN, “Los daños causados por el consumo del cigarrillo. Una cuestión actual”, en revista jurídica *La Ley Litoral*, N° 4, Buenos Aires, 5 de mayo de 2010, p. 352.

Código Civil (contractual y extracontractual) en una sola figura jurídica, la del consumidor”¹⁹.

Decisiones en esa misma línea también podemos hallar en el Derecho Comparado, por ejemplo, en Brasil se sostuvo que la responsabilidad civil de la empresa fabricante de cigarrillos frente al consumidor se rige por las normas del *Código de Defensa al Consumidor*, pues su nexo de causalidad está en relación con el consumo, declarándose prescrita la acción por aplicación del plazo de cinco años previsto por el art. 27 de ese cuerpo normativo²⁰.

Es interesante señalar que, en Argentina, la mayor parte de las demandas entabladas por fumadores o sus herederos contra las tabacaleras por los perjuicios causados por el cigarrillo, han sido desestimadas en mérito a la aplicación del instituto de la prescripción²¹.

En cuanto al plazo a aplicar, tiene relación con las posiciones reseñadas. Así, dado el predominio de la postura más tradicional, el lapso a computar es el bianual. Los que encuadran la relación en la órbita contractual, en cambio, habrán de aplicar el plazo decenal. Y quienes abogan por la aplicación exclusiva del estatuto protectorio del consumidor han de adherir al plazo legal de tres años establecido por la ley N° 24.240.

Si bien compartimos la doctrina que considera que la existencia de un plazo único de prescripción para todas las acciones derivadas de las relaciones de consumo, redunda en una mejor protección del consumidor eliminando las incertidumbres a las que se ve sometido cuando debe promover una acción²², no podemos soslayar que la ley N° 26.361 permite aplicar el plazo más favorable de la legislación que rige cada supuesto, lo cual conduciría nuevamente a la dicotomía que se pretende superar, pues si se la tratara como relación contractual se aplicaría el plazo decenal.

Delimitado el marco jurídico aplicable a la vinculación entre tabacaleras y fumadores y, en consecuencia, el plazo de prescripción de la acción previsto por el art. 50 de la Ley de Defensa del Consumidor, aparece funcional determinar cuál es el momento en que ese plazo comienza a correr.

La citada normativa no contiene ninguna disposición al respecto por lo que debemos acudir a los principios generales.

¹⁹ CNCiv, sala L, “R., J.E. c. Nobleza Piccardo S.A.I.C.F s/ daños y perjuicios”, del 14 de diciembre de 2009, elDial, AA5ACB.

²⁰ Tribunal de Justicia de San Pablo, “Vanin, José S. c. Souza Cruz S.A.”, del 25 de marzo de 1999, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, tomo 2000, Buenos Aires, 2000, p. 1.239.

²¹ Véase jurisprudencia citada en (n. 8).

²² José F. MÁRQUEZ, “Una tendencia consolidada: irresponsabilidad de las tabacaleras; una en evolución: hacia una teoría general de daños del consumidor. Algunas reflexiones sobre la prescripción y las eximentes en el derecho de consumo”, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, tomo 2008, Buenos Aires, 2008, p. 434; Carlos A. GHERSI, Celia WEINGARTEN, *Proyecto de reforma a la ley del consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2006, vol. E, p. 1.144.

El *Código Civil* determina que el plazo de prescripción comienza a correr desde la fecha del título de la obligación (art. 3956).

La norma, obviamente, es aplicable a las obligaciones contractuales, aunque fue interpretada de forma pacífica para los supuestos de responsabilidad extracontractual en el sentido de que la prescripción de la acción de daños se computa desde la fecha del hecho dañoso; pero si la víctima lo ignoraba, el mismo comienza a correr desde que el hecho y su autor llegaron a su conocimiento, a menos que la ignorancia provenga de una negligencia culpable²³.

“Por conocimiento del hecho dañoso no debe entenderse la noticia subjetiva en sentido riguroso, sino más bien una razonable posibilidad de información por parte de la víctima”,

de manera tal que:

“si la concreción del perjuicio es consecuencia de un proceso de duración prolongada, la prescripción corre desde que el daño es cierto y susceptible de apreciación”²⁴.

Así, se ha resuelto que el plazo comienza a correr, en principio, desde el día en que acontece el hecho fuente de la obligación. Sin embargo, si el daño no es contemporáneo sino sobreviniente, el curso de aquélla comienza con éste, cuando se muestra cierto y susceptible de apreciación, aunque se halle en proceso evolutivo y no se encuentre aún determinado definitivamente. A su vez, si la víctima ignora esos extremos, sin que la ignorancia le sea imputable, comienza a correr a partir de su conocimiento²⁵.

También, que el plazo de prescripción en los casos de responsabilidad fundada tanto en el Derecho Común como en el Derecho Laboral, comienza a correr desde que el afectado estuvo en condiciones de enterarse de la existencia de la incapacidad, desde que el daño es cierto y susceptible de apreciación, que es cuando puede considerarse que tiene un crédito exigible y actual, pero para ello debe determinarse cuál fue la ocasión en que el afectado pudo conocer la verdadera entidad de su mal, usando su natural diligencia y en virtud de ello, cuándo adquirió la noción de que era portador de una minusvalía²⁶.

De un hecho objetivo –el generador del daño– se pasó a una cuestión subjetiva –la posibilidad de conocimiento del perjuicio–.

²³ Guillermo A. BORDA, *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1967, vol. 2, N° 1136.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ CNCiv, Sala I, “Ramírez Elfo c/MCBA s/daños y perjuicios”, 25 de agosto de 1998.

²⁶ CNCiv, Sala K, del 1 diciembre de 2000, “Minisini Verdi, Luis c/Nobleza Piccardo S.A.C.I.F. s/daños y perjuicios” (voto de la Dra. Estevez Brasa).

No obstante, como ya se señalara, el fenómeno del consumo masivo requiere de otros abordajes, distintos y adaptados a la situación de los consumidores reales.

Si la cuestión es tratada dentro de un marco de referencia legal general –propia del *Código Civil*– la solución aparece justa. Todos tenemos el deber de informarnos, poniendo la diligencia mínima e indispensable para conocer los riesgos a los que estamos sometidos y, en consecuencia, asumirlos y afrontar sus efectos. Lo ha sostenido la jurisprudencia mayoritaria, al afirmar que aún si no existiera la información sobre la nocividad del tabaco, cualquiera sabe, por el solo hecho de vivir, que el tabaco es adictivo y perjudicial. Por lo tanto, desde que se empieza a fumar se conoce el daño y, por ende, corre el plazo de prescripción²⁷.

Sin embargo, en el terreno de la relación de consumo, el derecho a ser informado y el deber de informar, no juegan de una manera tan liberal. El productor debe brindar, de manera cierta y objetiva, información veraz, detallada, eficaz y suficiente sobre las características esenciales de los mismos. Y dicha información no puede ser suplida por el conocimiento que tuviera el consumidor. Si no se brinda la información se viola la ley²⁸.

En este punto se actualiza el interrogante inicial, ¿es suficiente la leyenda incorporada en los atados de cigarrillos según la cual “fumar es perjudicial para la salud”?, aunque ahora, ya dentro del marco jurídico propio del estatuto protector aplicable, a la luz de las exigencias del art. 4 de la Ley de Defensa del Consumidor que impone al proveedor un deber de información que permita la formación de un consentimiento reflexivo²⁹.

Desde ya esa información es por demás insuficiente conforme los principios propios del derecho de los consumidores, se reitera, hoy con jerarquía constitucional.

No cumple, en consecuencia, con la finalidad de la ley N° 24.240 y menos con los postulados de nuestra carta magna.

Viene a colación la recomendación de la Organización Panamericana de la Salud instando a los países a requerir a las tabacaleras la inclusión de advertencias gráficas en los paquetes de cigarrillos con el fin de ilustrar las enfermedades que genera el hábito.

En América requieren advertencias con fotos en los productos del tabaco: Canadá (desde 2001); Brasil (desde 2002); Venezuela (desde 2005); Chile, Panamá y Uruguay (desde 2006)³⁰.

²⁷ MÁRQUEZ (n. 22).

²⁸ *Ibid.*

²⁹ Juan M. FARINA, *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24240 y del decreto reglamentario 1798/94*, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 105.

³⁰ Uruguay requiere que los pictogramas de advertencia ocupen el 80% del envase, uno de los porcentajes más altos del mundo. En Australia se aprobó una ley de empaquetado

Por otro lado, existe la posibilidad de que quien adquiera el vicio lo haga por invitación y sin tener acceso a la leyenda contenida en el atado³¹, de por sí difícil de advertir.

Si hubo violación de la ley por ausencia o insuficiencia de información, alguna consecuencia debería generar para el productor en el plano de la responsabilidad la antijuridicidad de tal conducta.

Además, debería tenerse en cuenta a qué consumidor nos referimos para poder determinar válidamente si conoce o debiera conocer los riesgos que asume al consumir productos potencialmente peligrosos, ante la deficiente y engañosa publicidad a la que se ve sometido.

El deber de informar se funda en el desconocimiento, uno de los aspectos de la vulnerabilidad del consumidor. Por ello, la información debe ser pertinente y corresponderse con el nivel educativo del profano.

Es más, se ha evaluado la posibilidad de incluir al adicto, por merecer igual tratamiento y protección, en la categoría de subconsumidores, a quienes se considera personas vulnerables por la influencia que en ellos tiene el *marketing* y la publicidad³².

Si bien esta categoría, integrada básicamente por ancianos, menores de edad, analfabetos, entre otros, no se encuentra receptada normativamente en nuestro sistema, por creación pretoriana se trataría de un supuesto de discriminación positiva en la que:

“el principio protectorio se acentúa en casos en los que se presenta una vulnerabilidad más grave que la que se verifica en el promedio de los casos”³³.

Por otra parte, ante la eximente de asunción de riesgo invocada por las tabacaleras en general, se debe decidir si quien utiliza un producto peligroso o defectuoso sabiendo o debiendo saber sus características, asume los riesgos de consumirlo o genera, con su propia conducta culposa la causación del daño.

El tema está íntimamente ligado a lo expuesto en referencia al comienzo del cómputo de la prescripción y a la posibilidad de conocimiento del riesgo o al carácter defectuoso del producto. Asumir el riesgo implica poder conocer los verdaderos alcances de su obrar, poder enterarse con amplitud de todas y cada una de las características que el producto tiene

genérico, por la cual todas las marquillas son del mismo color, sólo con el nombre de la marca y la advertencia sanitaria en más del 80% de la superficie.

³¹ VÁZQUEZ FERREYRA (n. 1).

³² NICOLAU (n. 14).

³³ LORENZETTI (n. 17), p. 101.

y los riesgos que implica, entenderlos y comprenderlos, estar informado por el productor —sobre quien pesa el deber de informar— sobre las posibilidades de daños que la utilización del producto acarrea. Para atribuir una conducta culposa al consumidor víctima por omisión de las diligencias necesarias para conocer las características del producto, actuando según sus propias circunstancias personales, temporales y locales, habrá que posicionarse en su situación personal, individualizando sus posibilidades de conocimiento y las informaciones reales que el productor le brindó al poner a su disposición el producto³⁴.

Se ha advertido que la recepción de la asunción de riesgos como eximente importaría prácticamente la supresión misma de la responsabilidad civil, pues implicaría “aceptar riesgos de dañosidad, admitir un perjuicio que se sufre en el cuerpo, la salud o en los sentimientos, en los bienes, derechos o relaciones jurídicas, es, de por sí, algo insólito. No puede sostenerse, razonablemente, que sufre un daño quien quiere sufrirlo, no es normal, no puede suponerse ni presumirse. El daño es una desgracia, patrimonial o moral, y la naturaleza humana es refractaria a los sufrimientos³⁵.

También:

“en el caso de... admitir que el damnificado aceptó el riesgo, habrá que preguntarse si hubo culpa en su conducta, pues solamente en tanto y en cuanto ese proceder sea susceptible de reproche subjetivo, podrá verse afectado el derecho de la víctima de recibir una indemnización total o parcial”.

En ese sentido, la asunción de riesgos constituye una figura inútil, carente de sentido, que debe ser rechazada de plano, pues conduce, en la mayoría de los casos, a situaciones reñidas con la justicia y la equidad³⁶.

Asimismo, se sostiene que la asunción de riesgos

“sólo obsta la responsabilidad cuando, por las circunstancias del caso, ese conocimiento de la peligrosidad de la cosa constituye, por sí mismo, una conducta culpable del damnificado”³⁷.

³⁴ MÁRQUEZ (n. 22).

³⁵ Jorge MOSSET ITURRASPE, “La aceptación de los riesgos”, en Jorge MOSSET ITURRASPE, *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1989, vol. 1, p. 116.

³⁶ Ramón D. PIZARRO, *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas*, Buenos Aires. Universidad, 1983, p. 471 y ss.

³⁷ Matilde ZAVALA DE GONZÁLEZ, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires. Hammurabi, 1999, vol. 4, p. 288.

En esa línea, la Comisión de Daños de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Córdoba, Argentina, concluyó que la asunción de riesgos:

“no implica relevar de responsabilidad al eventual dañador...” (1^a conclusión) y “está especialmente prohibida por el Derecho en materia de derechos fundamentales de la persona” (4^a conclusión).

IV. EL FUMADOR PASIVO Y LAS TABACALERAS VINCULACIÓN

A partir de la modificación de la Ley de Defensa del Consumidor introducida por la ley N° 26.361, se considera tal a quien “de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo” (art. 1°).

La norma presenta importantes innovaciones ampliando los confines subjetivos legitimadores del emplazamiento como consumidor.

Incluye una nueva categoría, lo cual significa que no se trata de los sujetos ya contemplados: no es contratante, ni usuario, ni contratante de otro consumidor, ni tiene un vínculo causal que sea “consecuencia u ocasión”, pero es alguien que de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.

Cabe preguntarse, entonces, ¿a quiénes se refiere este supuesto?

Debe interpretarse que se trata de personas que están expuestas, sin tener la finalidad de consumir, incluyendo a las víctimas de un daño derivado de productos, de publicidades, de prácticas comerciales.

En estos casos la relación de consumo es un hecho lícito o ilícito que está vinculado causalmente con un daño sufrido por una persona. De este modo, se acepta una figura similar al *bystander* del Derecho anglosajón.

Extensión de la responsabilidad ya admitida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación³⁸.

En suma, se trata de quien sufre consecuencias a partir de la relación de consumo ajena, y en este lugar, sin duda, se ubica quien en virtud de la relación de consumo entre el fumador y las tabacaleras se ve expuesto a respirar el humo ambiental generado por el tabaco.

El humo ambiental es el que llena restaurantes, oficinas u otros espacios cerrados, cuando se quema tabaco en cigarrillos, bidis y narguiles (pipas de agua).

Todos estamos expuestos a sus efectos nocivos.

En las directrices para la aplicación del artículo 8 del convenio marco de la OMS para el Control del Tabaco se afirma: “no existe un nivel ino-

³⁸ CSJN, “Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y o.”, *Fallos*, tomo 330, vol. 1, 2007, p. 63.

cuo de exposición al humo de tabaco". Crear ambientes totalmente libres de humo de tabaco es la única manera de proteger a las personas de los efectos nocivos del tabaquismo pasivo.

Éste causa seiscientas mil muertes prematuras por año. En el humo de tabaco hay más de cuatro mil sustancias químicas, de las cuales se sabe que al menos doscientas cincuenta son nocivas y más de cincuenta cancerígenas.

En los adultos, el tabaquismo pasivo causa graves enfermedades cardiovasculares y respiratorias, por ejemplo, cardiopatía coronaria y cáncer de pulmón. En los lactantes provoca la muerte súbita y en las mujeres embarazadas es causa de insuficiencia ponderal del recién nacido.

Las zonas de fumadores separadas o ventiladas no protegen a los no fumadores contra la inhalación de humo ajeno. El humo ambiental puede propagarse de una zona de fumadores a una de no fumadores, incluso, si las puertas entre ambas están cerradas y existen dispositivos de ventilación. Sólo un ambiente totalmente libre de humo constituye una protección efectiva.

En ese orden se inscribe la citada declaración de Punta del Este.

También la modificación de la ley N° 1.799 de la CABA, aprobada por la legislatura el 13 de diciembre de 2010³⁹, que importará su conversión en una ciudad 100% libre de humo de tabaco en el plazo previsto por su cláusula transitoria.

Este avance en la ciudad de Buenos Aires significa un paso muy importante en la defensa del derecho a la salud que permite situarla, en este aspecto, a la par de las grandes ciudades del continente, como Rio de Janeiro, México DF y San Pablo, que ya cuentan con leyes de estas características.

Es de esperar sirva como antecedente para su réplica en el ámbito nacional en el que sólo existen hasta ahora proyectos con esa orientación.

No son datos menores que cerca del 40% de los niños están regularmente expuestos al humo ajeno en el hogar. El 31% de las muertes atribuibles al tabaquismo pasivo corresponde a niños.

El 10% de los costos económicos relacionados con el consumo de tabaco se atribuyen al tabaquismo pasivo. El consumo de tabaco impone costos económicos directos a la sociedad, como los asociados con el tratamiento de las enfermedades relacionadas con el tabaco, así como costos indirectos, por ejemplo, los asociados con la disminución de la productividad o la pérdida de salarios por causa de muerte o enfermedad.

³⁹ Ley N° 3718, en *BO*, Buenos Aires, 6 de enero de 2011, Ley de control del tabaco. Prohibición de fumar en todos los espacios cerrados con acceso público en los ámbitos públicos y privados. Modificación de la ley 1799.

A través del paquete de medidas de lucha antitabáquica conocido como MPOWER, la OMS ayuda a los países a aplicar las disposiciones del convenio marco para el Control del Tabaco a fin de proteger a las personas contra el tabaquismo pasivo⁴⁰.

En nuestro país los daños causados a no fumadores no han sido motivo de reclamos, en cambio, en otros países ése ha sido el ámbito en el cual tuvieron éxito algunas demandas.

En la litigación contra la industria tabaquera en Estados Unidos por los daños derivados del consumo del tabaco pueden distinguirse con claridad tres oleadas, representando cada una de ellas la aplicación de estrategias y teorías legales diferentes. Las dos primeras (1950-1965 y 1983-1991) caracterizadas –entre otras cosas– porque los actores eran litigantes individuales, fueron un completo éxito para la industria del tabaco, que no pagó ni un centavo en indemnizaciones. Sin embargo, en la última (1994- actualidad), además de actores particulares –individuales o agrupados en acciones de clase– encontramos a los gobiernos de Estados de la Unión, que se decidieron a reclamar a la industria tabaquera el reembolso de los gastos sanitarios incurridos en el tratamiento de enfermedades presuntamente relacionadas con el consumo de tabaco.

En todas las demandas entabladas por Estados de la Unión los antecedentes de hecho eran los mismos: la industria del tabaco había conspirado para ocultar la naturaleza adictiva de la nicotina y que fumar causaba diferentes enfermedades.

Dos fueron los fundamentos de Derecho usados por los Estados. El primero consistía en que el Estado no habría asumido el riesgo de fumar simplemente porque es un espectador que se limita a pagar los tratamientos de las enfermedades de sus ciudadanos relacionadas con el tabaco, por lo que las tabaqueras no podrían alegar asunción voluntaria del riesgo. El segundo, se basaba en que los Estados podrían demostrar que la industria del tabaco habría conocido los problemas de salud asociados a su consumo, los habría ocultado y, además, habría manipulado los niveles de nicotina de sus productos para mantener la adicción de los fumadores.

Finalmente, se firmó un acuerdo marco transaccional con la industria tabacalera como consecuencia del cual ésta obtuvo inmunidad frente a las demandas provenientes de los Estados, sin establecer restricción alguna a las posibles acciones iniciadas por particulares, individual o colectivamente, ni limitar posibles responsabilidades por daños punitivos.

Es importante destacar que las sumas pagadas por las compañías tabacaleras a sus empresas de seguros por responsabilidad civil un año antes de

⁴⁰ OMS, “Diez datos sobre el tabaquismo pasivo”, en www.who.int/features/factfiles/tobacco/tobacco_fact/es/index.html, visitada el 26 de octubre de 2010.

la firma del acuerdo marco, equivalía al doble de lo que la industria y sus consumidores deberán pagar en cumplimiento del mismo durante los próximos años hasta 2023 y, posteriormente, en razón de algunas partidas.

Con ello, el tabaco pasó de ser un problema médico a ser un problema de política sanitaria, de daño a reembolso⁴¹.

V. EL PAPEL DEL ESTADO.

LA ACTIVIDAD TABACALERA Y PROTECCIÓN DE LA SALUD Y DEL AMBIENTE

La producción y venta de cigarrillos no sólo es una actividad lícita y regulada sino, también, subsidiada muchas veces por el propio Estado.

En Argentina, diversas leyes no sólo autorizan sino que podría decirse que promueven la producción de tabaco, tal como la ley N° 19.800, que creó el Fondo Especial del Tabaco. En el mensaje de elevación se dijo que la producción de tabaco en Argentina se encuentra radicada en zonas que requieren la preferente acción del Estado, pues las unidades productivas son de reducida extensión y con sobreproducción, de modo tal, que la legislación procura lograr una calidad uniforme de producción y asegurar la corrección de las deficiencias estructurales de la industria. El Fondo tiende a asegurar al productor la percepción de un sobreprecio, sobre la base de que éste provea tabaco de alta calidad.

Ello aparecería como un inconveniente para la procedencia de un reclamo por daños causados por el consumo de cigarrillos, pues uno de los presupuestos que debe hallarse presente en el marco de la teoría general del Derecho de Daños, es la antijuridicidad.

Aunque, en la actualidad, no se la circunscribe a la violación de normas (legales o contractuales) sino que comprende la transgresión a valores y principios jurídicos.

Se enuncian directivas sobre la juridicidad: el orden público, la costumbre *propter legem* y principios generales como la equidad, la reprobación del ejercicio abusivo de los derechos y la solidaridad social.

En definitiva, la antijuridicidad desborda la ilegalidad para aproximarse a la descalificación como injusta de la conducta adversa al ordenamiento jurídico⁴².

Más allá de esta tendencia, es relevante señalar que muchos gobiernos se convierten de alguna manera en cómplices al permitir a sus ciudadanos

⁴¹ Pablo Salvador CODERCH, Juan Antonio RUIZ GARCÍA, José PIÑEIRO SALGUERO y Antoni RUBÍ PUIG, “Tres transacciones: la industria del tabaco, Microsoft y Mar Egeo”, en *INDret: Revista para el análisis del derecho*, N° 1, 2003, http://www.indret.com/pdf/115_es.pdf, visitado el 16 de febrero de 2011.

⁴² ZAVALA DE GONZÁLEZ (n. 37), pp. 314-315.

contraer enfermedades relacionadas al tabaco que conducen a la muerte. La evidencia científica demuestra que determinados tipos de iniciativas destinadas al control del tabaco –incluyendo publicidad, aumento de impuestos, prohibiciones de fumar en público, cesación de programas de subsidio al tabaco– reduce el consumo de esos productos. La falta de adopción de tales iniciativas importa el otorgamiento por los gobiernos a las tabacaleras de licencia para expandir su base de posibles consumidores que incurren en los riesgos de adicción a la nicotina, enfermedad y, aun, muerte, a lo que se agregan los riesgos y amenaza a la vida a la que se exponen los fumadores pasivos.

En los casos en que estos riesgos se hacen realidad, la falta de actuación en tal sentido de los gobiernos es violatoria de los internacionalmente reconocidos derechos a la salud y a la vida⁴³.

Los daños así generados constituyen el requisito central de eventuales reclamos contra las tabacaleras, el Estado o ambos, que, incluso, pueden llegar a ser masivos, afectando intereses individuales homogéneos que habilitarían el ejercicio de acciones de clase, recepcionadas por la jurisprudencia de nuestro máximo tribunal⁴⁴ y por la última reforma de la Ley de Defensa del Consumidor (artículo 54, incorporado por la ley N° 26.361).

La ausencia de conciencia de los individuos sobre los riesgos de consumir tabaco o de la exposición de los fumadores pasivos, sea debido a la inexistencia de advertencia o a la admisión de las técnicas promocionales empleadas por la industria del tabaco, implica que los gobiernos están violando el derecho, también internacionalmente reconocido, a la libertad de información⁴⁵.

El Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue establecido en 1987 para asistir en el monitoreo sobre el cumplimiento de los Estados partes de las obligaciones emergentes del Pacto.

El artículo 12 del Pacto es el más trascendente a los fines del control global del tabaco, previendo la más amplia cobertura a la salud en el orden internacional de derechos humanos.

Este artículo contiene una serie de pasos que deben seguir los Estados parte para lograr la total realización del derecho a la salud, que incluyen la reducción de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños, el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del

⁴³ Melissa E. CROW, “Smokescreens and State Responsibility: Using Human Rights Strategies To Promote Global Tobacco Control”, in *The Yale Journal of International Law*, vol. 29, Number 1, New Haven, Winter, 2004, .

⁴⁴ CSJN “Halabi, Ernesto c/ Poder Ejecutivo Nacional”, *Fallos*, tomo 332, vol. 1, 2009, p. 111.

⁴⁵ CROW (n. 43).

trabajo y del ambiente, la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas y la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

El Comité, a través de este artículo, requiere de los Estados parte la implementación de ciertas medidas de control de tabaco. En particular, se trata que reconozcan el derecho a la salud en su política nacional y en el sistema legal a través de campañas de información, en especial respecto al uso de cigarrillos, drogas y otras sustancias perniciosas, destinadas justamente a disuadir su uso.

Se considera, además, que la omisión de los Estados, de tomar las medidas necesarias para salvaguardar a las personas dentro de su jurisdicción, de las violaciones que infrinjan el derecho a la salud por terceros, incluyendo las corporaciones, constituye violación a las obligaciones impuestas por el artículo citado.

Específicos ejemplos de tales violaciones incluyen el fracaso en desalentar la producción, comercialización y consumo de tabaco⁴⁶.

En nuestro país, si bien existen jurisdicciones libres de humo, algunas en forma total, aún faltan herramientas legales, una revisión amplia de la publicidad, advertencias sanitarias más ilustrativas en los paquetes, impuestos altos al tabaco y, básicamente, la ratificación del convenio marco ya mencionado a la que se instara en la referida Declaración de Punta del Este.

De lo expuesto se infiere el papel paradojal que asume el Estado, apareciendo como garante y, a su vez, violador de los derechos constitucionales comprometidos, lo cual conlleva la posibilidad de convertirse tanto en actor como demandado.

En efecto, por un lado, parece justa su legitimación para demandar a las tabacaleras por los daños causados a los fumadores activos y pasivos tanto individual como colectivamente considerados, en cuanto derivan en un incremento de los daños en materia de salud pública y ambiente, cuyos costos y reparación debe afrontar.

En tal caso, cabría preguntarse sobre la viabilidad del planteo por las demandadas, como eximiente de responsabilidad, de la culpa en el reclamante por omisión en la prevención⁴⁷.

Esta falta de prevención es justamente la que podría hacerlo asumir la condición de legitimado pasivo, junto con las tabacaleras, ante eventuales acciones promovidas por aquellos fumadores activos o pasivos.

No se trata de tomar partido apriorísticamente sobre la existencia o no de responsabilidad tanto de las tabacaleras como del Estado por los daños

⁴⁶ CROW (n. 43).

⁴⁷ NICOLAU (n. 14).

causados por el consumo del cigarrillo, para lo cual resulta imprescindible el análisis concreto de la concurrencia de los presupuestos de la responsabilidad, pero siempre abordados desde la óptica del Derecho del Consumo⁴⁸.

Sólo con ese esfuerzo de individualización acerca de la posición del consumidor en el acto de consumo, podrá llegarse a soluciones válidas en un tema tan complejo.

BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS, Germán J., “El derecho a fumar y a no fumar”, en revista jurídica *El Derecho*, vol. 105, Buenos Aires, 1984.

BIDART CAMPOS, Germán, “La publicidad del cigarrillo”, en revista jurídica *El Derecho*, vol. 117, Buenos Aires, 1986.

BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil*, Buenos Aires, Editorial Perrot, 1967, vol. 2.

CODERCH, Pablo Salvador, Juan Antonio RUIZ GARCÍA, José PIÑEIRO SALGUERO y Antoni RUBÍ PUIG, “Tres transacciones: la industria del tabaco, Microsoft y Mar Egeo”, en *INDret: Revista para el análisis del derecho*, N° 1, 2003, http://www.indret.com/pdf/115_es.pdf, visitado el 16 de febrero de 2011.

FARINA, Juan M., *Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24240 y del decreto reglamentario 1798/94*, Buenos Aires, Astrea, 1995.

GHERSI, Carlos A., Celia WEINGARTEN, *Proyecto de reforma a la ley del consumidor*, Buenos Aires, La Ley, 2006, vol. E.

HERNÁNDEZ, Carlos A. y Sandra A. FRUSTAGLI, “Las exigencias de seguridad en las relaciones de consumo”, en Félix TRIGO REPRESAS (director), *Responsabilidad civil. Doctrinas esenciales. Parte especial*, Buenos Aires, La Ley, 2007, vol. 6.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, en Augusto C. BELLUSCIO (director), Eduardo A. ZANNONI (coordinador), *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*, Buenos Aires, Astrea, 2002, vol. 5.

LÓPEZ HERRERA, Edgardo, *La función preventiva de la responsabilidad civil y su relación con las otras funciones*, Santa Fe, Rubinzel Culzoni, 2008, vol. 2.

LORENZETTI, Ricardo L., *Consumidores*, Santa Fe, Rubinzel Culzoni, 2009.

MÁRQUEZ, José F., “Una tendencia consolidada: irresponsabilidad de las tabacaleras; una en evolución: hacia una teoría general de daños del consumidor. Algunas reflexiones sobre la prescripción y las eximentes en el derecho de consumo”, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, tomo 2008, Buenos Aires, 2008.

MÁRQUEZ, José F., “La Responsabilidad por daños producidos por el tabaco. Dudas y Propuestas”, en *JA*, tomo III, Buenos Aires, 2005, p. 290.

185

⁴⁸ WERLEN (n. 18).

MOSSET ITURRASPE, Jorge, “La aceptación de los riesgos”, en Jorge MOSSET ITURRASPE, *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 1989, vol. 1.

NICOLAU, Noemí L, “La relación de causalidad entre tabaquismo y deceso del fumador”, en *Revista Responsabilidad Civil y Seguros*, N° 2007, Buenos Aires, 2007.

PIZARRO, Ramón D., *Responsabilidad civil por el riesgo o vicio de las cosas*, Buenos Aires. Universidad, 1983.

TRIGO REPRESAS, Félix, “La Responsabilidad civil del fabricante en las VIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, en revista jurídica *La Ley*, vol. B, Buenos Aires, 1982.

VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “Responsabilidad civil de las tabacaleras por consumo de cigarrillos y aceptación de riesgos”, en *La Ley*, vol. F, Buenos Aires, 2007.

WERLEN, Cristian, “Los daños causados por el consumo del cigarrillo. Una cuestión actual”, en revista jurídica *La Ley Litoral*, N° 4, Buenos Aires, 5 de mayo de 2010.

ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños*, Buenos Aires. Hammurabi, 1999, vol. 4.