

El daño causado por el consumo de tabaco en la experiencia italiana

Por

Emanuele Lucchini Guastalla

SUMARIO: 1. Prefacio. 2. El daño causado por el consumo de tabaco a los fumadores activos. 3. El daño sufrido por el fumador pasivo. 4. La posible futura evolución de la responsabilidad por el daño causado por el consumo de tabaco. 5. Conclusiones

1. Prefacio

En algunos países, desde hace décadas, el tema de los daños derivados del consumo de tabaco tiene una importancia de primer nivel. Basta recordar la experiencia de los Estados Unidos, donde nace y tiene mayor desarrollo la *tobacco litigation*, la cual puede dividirse en tres etapas sucesivas, las llamadas *three waves*¹.

Por lo tanto, las primeras sentencias sobre responsabilidad por los daños

causados a los fumadores activos como pasivos, han llegado también a Italia, si bien con un *certo* retraso respecto de otros ordenamientos y *experienze* jurídicas. Recién en los primeros meses de 2005 -luego de algún aislado *pronunciamento* judicial de fines de los años '90)²- asistimos a una verdadera "ola" de sentencias que han llevado prepotentemente la atención de los intérpretes hacia esta nueva frontera de la responsabilidad civil.

Los hechos que originaron las decisiones judiciales y la relevancia, también social, de los más recientes fallos seguramente merecen un análisis atento.

2. El daño causado por el consumo de tabaco a los fumadores activos.

La primera sentencia de condena im-

¹ Véase una reconstrucción de la evolución de la *tobacco litigation* en Estados Unidos, Rabin – Sugarman (director), *Smoking Policy: Law, Politics & Culture*, New York-Oxford (Oxford University Press), 1993; Rabin, *Il contenzioso per danni da fumo negli Stati Uniti: cinquant'anni di guerra inu-tile*, en *resp. civ. prev.*, 2005, 938 y ss.

² Trib. Roma, 4 aprile 1997, en *Danno e resp.*, 1997, 750, con nota de Cafaggi, *Immunità per i produttori di sigarette: barriere culturali e pre-giudizi di una giurisprudenza debole* y de Trib. Roma, 11 febbraio 2000, en *Giur. it.*, 2001, 1643, con nota crítica de Giacchero, *Fumo attivo e responsabilità civile del produttore di sigarette* y en *Corriere giur.*, 2000, 1639, con nota de Pacifico, *Il risarcimento del danno da fumo attivo*.

portante es del mes de marzo de 2005 y, a través de la misma la Corte de Apelaciones di Roma³, condenó a un fabricante de tabaco a resarcir los daños sufridos por los herederos de un fumador crónico, muerto a causa de una neoplasia pulmonar debida probablemente al tabaquismo.

Según los jueces capitalinos, el fabricante de cigarrillos -aún antes de la entrada en vigencia de la norma que obliga a advertir en los paquetes de cigarrillos acerca de los efectos dañosos

de fumar⁴- debería haber informado adecuadamente al consumidor de dichos efectos. Debido a la mencionada omisión, a través de campañas de información, o mediante advertencias escritas en los paquetes de cigarrillos⁵, el fabricante es responsable por los daños sufridos por el fumador no informado adecuadamente de la peligrosidad del fumar⁶.

La argumentación defensiva esgrimida por el fabricante relativa a que había respetado rigurosamente las prescrip-

³ App. Roma, 7 marzo 2005, en *Resp. civ. prev.*, 2005, 476, con nota de Lucchini Guastalla, *La responsabilità del produttore per i danni da fumo attivo*; en *Danno e resp.*, 2005, 668, con nota de Monateri, *I danni da fumo: classico e gotico della responsabilità civile*; en *D&G*, 2005, n. 17, 59, con nota de De Marzio, *Danno da fumo e nesso di casualità: giudici divisi, sentenze contrapposte*

⁴ Art. 6 del d. lgs. 24 giugno 2003, n. 184, que sustituyó el art. 46 de la l. 29 dicembre 1990, n. 428.

⁵ Nos parece interesante hacer notar que una conocida multinacional tabacalera ha comenzado a comercializar, a partir de mediados del año 2003, cigarrillos conteniendo información en una pequeña hoja doblada y pegada en la parte posterior de los paquetes. Según lo afirmado por el productor, "introducimos por primera vez estas informaciones en Suiza, en junio de 2003. Desde entonces, hemos agregado otros países, entre ellos Australia, Bélgica, Corea, México, Rusia y Gran Bretaña. Hasta ahora hemos distribuido en el mundo 568 millones de notas informativas, impresas en 36 idiomas. En dichas notas, se les indica a los fumadores cuáles son los ingredientes de los cigarrillos y el significado de términos como "mild" y "light". Además, les recuerdan que fumar es peligroso para la salud y genera dependencia [...]" (véase http://www.philipmorrisoninternational.com/pages/ita/stories/f003_onserts.asp).

⁶ En igual sentido, CAFAGGI, *Immunità per i produttori di sigarette: barriere culturali e pre-giudizi di una giurisprudenza debole*, op. cit., 757, quien, empero, no invoca la aplicación del art. 2050 del Cód. Civ. italiano [en adelante, Cód. Civ.], afirmando que "los monopolios del Estado [...] tenían el deber, en virtud de lo dispuesto por el art. 2043 del Cód. Civ., de reducir el riesgo de la aparición de patologías asociadas al consumo de cigarrillos, informando a los consumidores acerca de los peligros para la salud y actuando en los procesos de producción a fin de reducir la dañinidad del producto. Por ende, la omisión de información configura, a todas luces, una hipótesis de responsabilidad del productor". En contra, Trib. Roma, 4 aprile 1997, cit., 750, según el cual, antes de la entrada en vigencia de la ley núm. 428/1990 no existía ningún deber de información en cabeza del productor de cigarrillos. Asimismo, Trib. Roma, 11 febbraio 2000, cit., el cual, luego de excluir que la actividad de producción de cigarrillos pudiese ser considerada peligrosa en el sentido del art. 2050 del Cód. Civ., negó la responsabilidad del productor por omisión de cumplimiento del deber de información, argumentando que "la obligación que pesa sobre el productor, [...] cuando no haya sido expresamente prescrita por específicas disposiciones legales, puede subsistir razonablemente sólo en el caso en que el producto colocado en el comercio tenga una peligrosidad intrínseca (en relación con el uso normal del bien) y siempre que la posibilidad de eventuales consecuencias dañosas (relativas a un determinado uso) sean imprevisibles para quien lo utiliza". Acerca de dicho aspecto, véase FACC, *Brevi considerazioni in tema di danno da fumo*, op. cit., 948, quien señala que el juez de la Primera Instancia "no ha valorado la posibilidad de haer derivar un deber de información acerca de los peligros causados por el uso del tabaco, de la particularidad del vínculo entre productor y consumidor de un producto potencialmente peligroso".

ciones legales, incluso la de colocar en los paquetes de cigarrillos las advertencias impuestas por las normas de la materia a partir del principios de los años '90, no fue suficiente para repe-
 ler la demanda del resarcimiento del daño.

La ilicitud de la conducta del fabricante de cigarrillos, se dedujo de la premisa de que la actividad de producción y venta de cigarrillos se encuentra calificada como una "actividad peligrosa"⁷ en el sentido del art.

2050 del Código Civil Italiano⁸, con la consiguiente presunción de responsabilidad que cae sólo si demuestra que se han adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño⁹. Fue precisamente, debido a la aplicación en el caso concreto de dicha norma, que se llegó a la conclusión de que la mera observancia de las prescripciones no es suficiente para vencer la presunción impuesta por la misma.

Luego de menos de un mes del fallo ci-

⁷ En igual sentido, en doctrina, Visintini, *Trattato breve della responsabilità civile*, 3^o ed., Padova, 2005, 857 y ss., en particular las págs. 874-875, donde se afirma que "es más fácil encuadrar el problema en el ámbito del art. 2050, en virtud del cual no es necesario probar la culpa y, bajo dicha norma, vale resaltar que dicha disciplina de daños causados por una actividad peligrosa, se extiende asimismo a las hipótesis en las que lo peligroso no es la actividad en sí, sino el producto. Existe una casuística jurisprudencial de los últimos años que aplica el art. 2050 del Cód. Civ. a los daños ocasionados por los fármacos defectuosos y, en consecuencia, orientarse en esta dirección podría revelarse como el camino estratégicamente más viable".

En contra, en jurisprudencia, la sentencia cuya decisión se ha comentado *ut supra*, Trib. Roma, 4 aprile 1997, cit.; nonché, Trib. Roma, 11 febbraio 2000, cit.

En este último sentido, en doctrina, FACCI, *Brevi considerazioni in tema di danno da fumo*, en *Contr. e impresa*, 1999, 944 y ss., en especial véanse págs. 951 y ss. Dicho autor sostiene que es correcta la afirmación del Tribunal de Roma, 4 aprile 1997, *op. cit.*, que excluye la aplicación "del art. 2050 Cód. Civ., a la actividad ejercitada por el Monopolio, dado que en el caso en cuestión el peligro del daño no se halla vinculado al ejercicio de la actividad (producción de cigarrillos), sino al consumo posterior del producto (cigarrillos) [...] Si se considerara lo contrario, es decir, que incluso al caso de producción de cigarrillos se extienden los efectos del art. 2050 del Cód. Civ. respecto del producto final, se llegaría a la conclusión que cada producto debería ser considerado como la expresión de una actividad peligrosa, dado que tal producto podría ser utilizado de manera peligrosa. Por el contrario, la peligrosidad debe ser parte del producto en sí y no en las distintas maneras en las que es utilizado". Para un análisis más amplio de las sentencias del Tribunal de Roma citadas en esta nota, véase Lamorgese, *Il danno da fumo*, en *Resp. civ. prev.*, 2003, 1182.

⁸ De acuerdo, Alpa, *Nota a App. Roma 7 marzo 2005, n. 1015*, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, quien sostiene que la Corte de Apelaciones "para superar también la carga de la prueba aplica el art. 2050 del Cód. Civ., calificó como "peligrosa" la producción de cigarrillos, debido a su potencialidad de lesionar el derecho a la salud".

⁹ En lo que respecta a la responsabilidad del productor de cigarrillos, el ámbito de aplicación del art. 2050 Cód. Civ. —yendo más allá del más limitado y tradicional ámbito del daño causado en el curso del ejercicio de la actividad calificada como peligrosa, ya sea por la ley misma, ya sea por la propia naturaleza o por los medios utilizados, se extiende hasta comprender en el alcance de "peligrosidad" no sólo la mera actividad, sino también el producto final fruto de dicha actividad, hipótesis, esta última, hasta el momento reservada a casos absolutamente particulares como los de los productores de, vgr.: garrapas de gas, productos farmacéuticos y de gamaglobulina de hemoderivados en general.

tado, el Tribunal de Roma emitió una sentencia de signo diametralmente opuesto¹⁰, absolviendo al fabricante de cigarrillos de cualquier tipo de resarcimiento sobre la base que, desde hace ya varias décadas, es un hecho notorio que el fumar provoca daños a la salud y que, debido a dicha razón, el fumador no puede quejarse con el fabricante de cigarrillos por la enfermedad causada por el consumo de tabaco, es decir, por la materialización de un riesgo al cual se expuso voluntariamente comenzando a fumar y llevando adelante dicha actividad.

El juez, en los considerandos de dicho fallo, luego de señalar que desde el siglo XIX existen estudios que demuestran la nocividad del fumar, afirma que en Italia ya en los años '70 se promovieron campañas publicitarias sobre los daños provocados por el consumo de tabaco y en la misma época se introdujeron las primeras normas legislativas, sobre la prohibición de fumar en los lugares públicos.

De dichas observaciones, el Tribunal de Roma dedujo que constituye un hecho notorio que el fumar es perjudicial para la salud y que tal notoriedad tiene larga data. De lo anterior, se concluyó que si el fumador, consciente de la nocividad del fumar, ha perseverado en dicha actividad, acepta el riesgo

de su conducta y no puede posteriormente pretender el resarcimiento del daño causado por haber contraído justamente una enfermedad ligada al consumo de tabaco.

Algunos días antes del mencionado fallo, el Juez de Paz de Nápoles¹¹ había condenado a una empresa tabacalera multinacional a resarcir el daño existencial sufrido por dos fumadores, por el momento sólo "preocupados" por la posibilidad de contraer (eventualmente y en el futuro) enfermedades vinculadas a fumar cigarrillos "light".

La acción de resarcimiento interpuesta por los dos fumadores se originó en que ambos habían decidido pasar del consumo de cigarrillos tradicionales al de cigarrillos "light" creyendo que este último tipo era menos nocivo para la salud. Asimismo, sobre la base de dicha convicción, los actores habían incrementado el consumo de tabaco y manifestaron luego algunos disturbios de salud, como tos y problemas respiratorios. Después de que algunos estudios demostraron que el consumo de cigarrillos "light" es tan nocivo como el de los cigarrillos tradicionales, ambos fumadores demandaron al fabricante de cigarrillos.

El juez hizo lugar a la pretensión, afirmando que la responsabilidad del fabricante de cigarrillos derivaría (ade-

¹⁰ Trib. Roma, 4 aprile 2005, en *D&G*, 2005, n. 17, 65, con nota de De Marzio, *Danno da fumo e nesso di causalità: giudici divisi, sentenze contrapposte*.

¹¹ Giudice de Pace Napoli, 18 marzo 2005, en *D&G*, 2005, n. 27, 37, con nota de De Marzio.

más) del empleo de una forma de publicidad engañosa, que al inducir al consumidor a creer que los cigarrillos "light" son menos nocivos para la salud y, por ende, a no interrumpir el consumo y hacer un uso más "permisivo" en virtud de dicha ilusión.

A partir de dicha argumentación, el juez reconoció el derecho al resarcimiento del daño existencial sufrido por dos fumadores de cigarrillos "light". Dicho daño fue verificado en el hecho que los accionantes vivían con el temor de contraer las patologías derivadas del consumo de tabaco (vgr., enfermedades respiratorias, carcinoma pulmonar, enfermedades cardiovasculares), lo cual generaría estrés y disminución de la calidad de vida de aquéllos.

3. El daño sufrido por el fumador pasivo.

En cuanto a lo que se refiere al daño sufrido por los fumadores pasivos también ha habido sentencias importantes.

La primera decisión jurisprudencial relevante de 2005, pertenece a la Corte de Apelaciones de Milán, la cual absolvió al empleador acusado por la muerte de una dependiente asmática expuesta como fumadora pasiva debido a que sus colegas fumaban en el ambiente de trabajo. Dicho tribunal estableció la inexistencia de nexo causal entre el carácter de fumadora pasiva de la actora y el ataque de asma

que causó su muerte¹².

El hecho que dio origen a la decisión es bastante sencillo: una trabajadora que padecía desde la infancia asma bronquial alérgico se vio trasladada por su empleador a ambientes que, a diferencia de aquéllos en los que trabajaba, se hallaban poco aireados, y en los que se encontró expuesta a respirar el humo producido por el consumo de sus compañeros de trabajo, ambas condiciones extremadamente dañinas para su estado de salud.

La trabajadora se había quejado de dicha situación al personal competente de la empresa, del cual obtuvo la promesa de un pronto traslado a otros ambientes de trabajo. Al poco tiempo, en el lugar de trabajo y poco después de reintegrarse al mismo, una vez finalizadas sus vacaciones, había sufrido un ataque de asma que resultó ser mortal.

En la Primera Instancia, los consultores técnicos de la actora, encargados de indicar las causas y la modalidad de la muerte de la trabajadora, señalaron diversos estudios científicos que demostraban la presencia de efectos dañosos del tabaco para los fumadores pasivos, incluso para los sujetos asmáticos. Sin embargo, subrayaron que mientras algunos estudios demostraban el aumento de la mortalidad y de las enfermedades vinculadas con el tabaco en los fumadores pasivos de la población pediátrica (acentuada en los

¹² App. Milano, 16 marzo 2005, inédito.

sujetos asmáticos), resultaban escasos los estudios conducidos en una población de sujetos asmáticos adultos. De lo anterior se concluyó que era imposible trasponer de manera automática los resultados obtenidos en el ámbito pediátrico a un sujeto adulto. Los mismos expertos hicieron notar que, en el período en el que se verificó la muerte de la trabajadora, el ambiente estaba saturado de polen y de ácaros, a los cuales dicha trabajadora era alérgica. Y aunque padecía alergias alimentarias y, pese a que el deceso había tenido lugar poco después de la hora del almuerzo, no se había profundizado en el tipo de alimentos ingeridos en dicha oportunidad por la empleada. En definitiva, la exposición sufrida por la trabajadora fallecida como fumadora pasiva podía, al máximo, ser considerada como concausa del evento que agravaba un cuadro clínico que era ya, de por sí, precario.

En tal contexto, el Tribunal de Primera Instancia determinó que la exposición como fumadora pasiva configuraba una concausa de la muerte de la trabajadora bajo el criterio de la "relevante probabilidad científica" y, consecuentemente, estableció que existía responsabilidad penal por parte de los imputados. Además, los consideró responsables civilmente en los términos de los arts. 2087 y 2043 del Código Civil Italiano (en adelante, Cód. Civ.), condenándolos a resarcir a la actora los daños patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos.

Por el contrario, la sentencia de la Cor-

te de Apelaciones absolvió al empleador, pese a que se había verificado el incumplimiento por parte de los directivos de la empresa del art. 2087 del Cód. Civ., el cual impone al empleador garantizar la seguridad en el lugar de trabajo. De todos modos, el juez señaló que la violación de tal obligación contractual no implicaba la eximición de probar la existencia de un nexo de causalidad (o concausalidad) inmediata y directa entre la exposición como fumadora pasiva y la muerte de la trabajadora, respecto de la responsabilidad, tanto penal como civil.

En virtud de lo establecido por la Corte de Apelaciones de Milán, el nudo de la cuestión radica en la verificación del nexo etiológico entre exposición como fumador pasivo y deceso del trabajador afectado por asma bronquial. Precisamente es sobre dicho aspecto que se concentró la Corte de Apelaciones para revocar la decisión de Primera Instancia. De tal manera se afirmó que la noción de causalidad basada sobre la tesis del simple "aumento del riesgo", conllevaría a ampliar desmesuradamente las hipótesis de responsabilidad penal por omisión de impedir un determinado hecho.

Por lo tanto, parece más razonable que se evite deducir del coeficiente de probabilidad la existencia de un nexo causal y que se sostenga que éste puede considerarse subsistente sí y sólo si la conducta omisiva -excluyendo la interferencia de factores alternativos- se verifica como condición necesaria del evento dañoso con un alto grado de razonabilidad racional o probabilidad

lógica. Y, contrariamente, aún tomado en cuenta la existencia de concausas, exista incertidumbre o prueba insuficiente acerca de que la conducta omisiva haya tenido una eficacia condicionante en el acaecimiento del hecho lesivo, la decisión debería ser absolutoria.

Efectivamente, en el caso concreto aparecían muchos elementos de duda para poder establecer la responsabilidad del empleador que no había trasladado a la trabajadora asmática a ambientes no contaminados por el consumo de tabaco.

La sentencia del juez del Tribunal de Roma¹³, opuesta a la de la Corte de Apelaciones de Milán, condenó al Ministerio de la Instrucción a resarcir los daños sufridos por una dependiente que, durante años, había sido fumadora pasiva en el ámbito laboral y posteriormente había sido víctima de un carcinoma epidermoidal, tumor considerado característico de quien sufre de tabaquismo.

Luego de doce años de trabajo en un ministerio, una trabajadora contrajo un tumor pulmonar cuyo isotipo era compatible con la dependencia al cigarrillo. Según lo que surgió luego, en

el transcurso del juicio, la trabajadora no fumadora había compartido durante siete años con compañeras fumadoras un ambiente poco iluminado, escasamente calefaccionado y, por ende, rara vez aireado a través de la apertura de las ventanas (especialmente en el transcurso de los meses más fríos).

Los hechos apenas descriptos, presentaban aspectos que llevaron al empleador a no oponerse, siquiera, a la existencia del nexo causal entre las condiciones en las que se desarrollaba la actividad laboral y la enfermedad que había afectado a la trabajadora y persuadieron al juez de la existencia del nexo causal sin disponer previamente, como mínimo, de una consulta técnica específica.

Fue así que se reconoció el derecho al resarcimiento por los daños sufridos a favor de los herederos de la trabajadora¹⁴, al sostener que el empleador había violado claramente el artículo 2087 del Código Civil Italiano (como se ha señalado *ut supra* lo obliga a adoptar las medidas necesarias para tutelar la integridad física y moral de quien trabaja bajo su dependencia).

Es interesante hacer notar que no fue acogida la objeción esgrimida por el

¹³ Trib. Roma, Sez. lav., 20 giugno 2005, en *Resp. civ. prev.*, 2006, 501, con nota de Bertuletti.

¹⁴ El tribunal cuantificó en un 65% la entidad de los daños sufridos por la empleada como consecuencia de su exposición como fumadora pasiva en el ambiente laboral y condenó a la empleadora al resarcimiento del daño biológico, así como del daño moral, cuantificándolos aproximadamente en 400.000 euros. No obstante lo cual no hizo lugar, por falta de prueba, al resarcimiento pretendido por daño existencial y a la vida de relación.

Ministerio acerca de que no existía normativa específica en la materia. Efectivamente, el Tribunal subrayó que ya en el momento de los hechos constituía un dato de público conocimiento que el fumar pasivamente era nocivo para la salud, por lo cual la responsabilidad del empleador por violación del artículo 2087 del Cód. Civ. -así como, también según la motivación, de los principios de corrección y buena fe en el desenvolvimiento de la relación de trabajo- derivaba de la omisión de toda precaución destinada a tutelar al trabajador no fumador de la exposición al humo producido por el consumo de cigarrillos por parte de sus compañeros de trabajo. Entre las precauciones que podría haber tomado, se hallaba la del simple traslado del dependiente no fumador a otro lugar de trabajo, colocándolo en un ambiente con compañeros de trabajo que no fumarán allí.

4. La posible futura evolución de la responsabilidad por el daño causado por el consumo de tabaco

Las sentencias apenas expuestas fueron acompañadas por un fuerte clamor mediático, en varias oportunidades alimentado por algunas asociaciones de consumidores, que auspiciaban

o preveían juicios “en masa” contra las tabacaleras multinacionales o contra los empleadores poco atentos a las exigencias de sus empleados no fumadores.

Lo antedicho muestra a las claras que es una competencia propia del intérprete evitar fáciles fanatismos o demagogias forzadas, en primer lugar, mediante una atenta reflexión en mérito a los aspectos y las cuestiones más relevantes en materia de daño por consumo de tabaco, a fin de no sólo analizar el fenómeno en su situación actual sino, también, de poder formular hipótesis sobre posibles caminos de evolución de dicho tema.

Cabe aclarar que un primer examen de la mencionada serie de sentencias pone de manifiesto que, entre las no pocas cuestiones jurídicas que asumen una relevancia fundamental en la materia analizada (más allá de la posibilidad de encontrar aspectos de ilicitud en la actividad ligada a la producción y/o a la distribución de productos derivados del tabaco), una en particular parece actualmente ser el “banco de prueba” de dicha forma de responsabilidad: la demostración del nexo causal existente entre enfermedad y la actividad de fumar, ya sea ésta activa o pasiva¹⁵.

¹⁵ Las dificultades en lo que respecta a la prueba del nexo causal entre consumo de tabaco y sus enfermedades correlativas han sido ya señaladas desde hace tiempo por la doctrina. En igual sentido, Ponzanelli, *Il caso Cipollone: la tutela del fumatore tra normativa federale e statale*, en *Foro it.*, 1992, IV, 502 y ss., en especial, columna 505 *in fine*. Dicho autor pone de resalto que “tanto en el derecho continental como el derecho estadounidense mismo, el actor víctima del daño que reclama una tutela extracontractual por los perjuicios sufridos como consecuencia del consumo de cigarrillos encontrará grandes dificultades en lo referido a la prueba del nexo de causalidad. El daño se ma-//”

Para efectuar una valoración de lo apenas señalado, basta tomar en consideración el hecho de que el sujeto fumador (activo o pasivo) que haya luego contraído una enfermedad -en abstracto reconducible al fumar- puede haber estado expuesto, además, a una más o menos elevada contaminación ambiental o a sustancias tóxicas presentes en el ambiente de trabajo o, asimismo, poseer indicios de un componente hereditario de la enfermedad contraída.

Representa un claro ejemplo de lo anterior a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Roma, dictada a favor de los parientes de un fumador fallecido a causa de un carcinoma. Dicha decisión, en la cual gran parte de su motivación está dedicada precisamente al examen de la cuestión del nexo de causalidad, da una respuesta afirmativa a dicha cuestión, fundamentalmente sobre la base de la pericia técnica dispuesta de

oficio por los jueces re-examinadores¹⁶. Efectivamente, el sujeto afectado por un tumor pulmonar (y fallecido por dicha causa), había fumado casi un paquete de cigarrillos al día durante cuarenta años, abandonando dicho hábito poco antes de la aparición de la enfermedad mencionada.

En el mismo orden de cosas, cabe señalar que la entera reconstrucción de la vida del fumador empedernido avalaba la hipótesis de un nexo causal entre el consumo de cigarrillos y la muerte por cáncer pulmonar. En efecto, la víctima del cigarrillo, siempre había vivido en pequeñas ciudades, donde, como se sabe, la exposición a la contaminación ambiental es escasa; había ejercido la docencia en una escuela agraria, ocupación ésta que no expone fisiológicamente al riesgo de ingerir sustancias tóxicas (riesgo ya excluido respecto de las ejercitaciones prácti-

///nifiesta luego de un importante lapso de tiempo con respecto al momento del hecho [en Norteamérica, en estos casos se habla de "long-term latency disease"]".

Véase también Pacifico, *Il risarcimento del danno da fumo attivo*, comentario al fallo del Trib. Roma, 11 febbraio 2000, en *Corriere giur.*, 2000, 1643 y ss., en particular pág. 1644, donde se afirma //que "la génesis de las enfermedades vinculadas al consumo de tabaco presenta elementos de incertidumbre de no desdeñable importancia ligados al elevado número de concausas que pueden, en abstracto, contribuir a que se verifique la enfermedad. De tal manera, resulta extremadamente difícil establecer la medida en que la producción del daño esté vinculada al consumo de cigarrillos más que a otros posibles factores concausales".

Por último, véase Alpa, *Nota a App. Roma 7 marzo 2005, n. 1015, op. cit.*, donde dicho autor sostiene que "la prueba del nexo causal es sumamente compleja, debido a que el tumor puede derivar de tantas causas y, aunque se relacione con consumo de tabaco, puede provenir del consumo de diferentes tipos de tabaco, etcétera".

¹⁶ En la orden dictada *de oficio* mediante la cual se había dispuesto la consulta técnica (App. Roma, 2 ottobre 2000, en *Foro it.*, 2000, I, 2961 y en *Danno e resp.*, 2001, 853, con nota de Giachero, *Causalità e danni da fumo attivo*) se estableció que "configura un hecho notorio que el fumar provoca el cáncer y que estadísticamente el cáncer pulmonar constituye para los fumadores una de las principales causas de muerte. No obstante, es igualmente notorio que dicho tipo de neoplasia encuentra su causa asimismo en factores orgánicos, genéticos, hereditarios y en factores vinculados al ambiente y al estilo de vida, vgr., contaminación, estrés, etc. Consecuentemente, es menester analizar los diferentes factores causales e individualizar la causa específica de la formación tumoral.

cas, dado que fue comprobado que en las escuelas no se hacía uso de pesticidas). Por último, no existía dentro de su más restringido núcleo de parientes consanguíneos (por otra parte muy longevos todos ellos) otros casos de neoplasia, lo cual indujo a excluir la naturaleza hereditaria del tumor pulmonar que lo había afectado.

Finalmente, el análisis efectuado por los consultores técnicos confirmaba que -pese a la falta de un criterio istológico absoluto- había un grado extremadamente alto de probabilidades de que la neoplasia tuviese una naturaleza primitiva, es decir, que no fuera la consecuencia de fenómenos de metástasis ocasionados por la aparición de diferentes neoplasias en regiones del cuerpo fuera de los pulmones.

Sólo luego de las complejas observaciones mencionadas y en virtud de una jurisprudencia desarrollada en el ámbito de la responsabilidad médica y hoy consolidada, que sostiene la existencia del nexo causal, aun en la hipótesis en la cual se compruebe una simple relación entre conducta y hecho dañoso¹⁷, se llegó a la conclusión de que en el caso examinado había un nexo causal entre el consumo de cigarrillos y la neoplasia

pulmonar “según un serio y razonable criterio de probabilidad científica, a pesar de la falta de certeza absoluta, más allá de toda duda razonable”¹⁸.

Sin embargo, sólo la peculiaridad del caso concreto le consintió a un juez diferente superar con facilidad el obstáculo constituido por la demostración del nexo de causalidad entre la calidad de fumador activo de la víctima y, así, establecer la responsabilidad del empleador bajo cuya dependencia trabajaba la víctima del carcinoma¹⁹.

Además de las dificultades en cuanto al aspecto del nexo de causalidad no se debe subestimar el hecho de que, en materia de fumadores activos, el principio de la autodeterminación podría en muchos casos interrumpir el nexo de causalidad entre una conducta (en concreto o en abstracto) ilícita o imputable al fabricante de cigarrillos y el daño generado por la enfermedad que haya sido vinculado directamente con el consumo de cigarrillos.

Cabe destacar como elemento central, el hecho de que un fumador empedernido, víctima de su misma dependencia, conozca los efectos nocivos del cigarrillo. En otras palabras, no siempre pue-

¹⁷ Véase, en tal sentido y con especial referencia a tratamientos e intervenciones quirúrgicas, Cass., 21 gennaio 2000, n. 632, en *Giur. it.*, 2000, 1817, con nota de MATTEO; Cass., 16 novembre 1993, n. 11287, en *Rep. Foro it.*, 1993, voz *Responsabilità civile*, n. 56; Cass., 13 maggio 1982, n. 3013, *ivi*, 1982, voz *Professioni intellettuali*, n. 45; Trib. Torino, 11 marzo 1985, en *Giur. it.*, 1986, I, 2, 681, con nota de MARZO.

¹⁸ Considerandos de la sentencia comentada.

¹⁹ Véase Trib. Roma, 20 de junio de 2005, *op. cit. supra* § 3.

de considerarse irrelevante el conocimiento que el fuerte fumador habitual tiene acerca de que fumar cigarrillos acarrea efectos perjudiciales para el organismo humano. Sin lugar a dudas, esto último es un hecho prácticamente notorio, puesto que ya desde hace varias décadas²⁰ dicho tipo de información es divulgada de manera constante y repetida y en términos absolutamente comprensibles para todos²¹.

Por lo tanto, si bien la (más o menos difusa) notoriedad de la existencia

de un riesgo para la salud derivado del consumo de cierto producto podría no constituir “en sí” un argumento suficiente para excluir la obligación de informar en la cabeza del fabricante²², es cierto que dicho riesgo es asumido por el fumador en virtud de su libre albedrío. Y este último aspecto puede alcanzar una relevancia determinante, o bien como factor interruptivo del nexo causal²³ o, al menos, para implicar una culpa concurrente de la víctima ²⁴.

²⁰ Se toma como fecha de conocimiento cierto de la dañosidad de fumar – aunque que ya antes existían informaciones atendibles – el año 1964, cuando se dio a conocer el *Report of the Surgeon General* de los Estados Unidos con el título “*Smoking and Health*».

La dañosidad genérica del consumo de tabaco es conocida desde hace siglos. Sobre este punto, véase Stalteri, *op. cit.*, 189, quien, citando diversas fuentes, recuerda que “ya hace trescientos años [...] el tabaco era considerado perjudicial para la salud en el Viejo Continente”.

En igual sentido, por último, Trib. Roma, 4 aprile 2005, *op. cit.*, según el cual “la circunstancia que el fumar cigarrillos es perjudicial para la salud es un hecho socialmente notorio”.

²¹ En el mismo orden de cosas, como recuerda, entre otros, Facci, *Brevi considerazioni in tema di danno da fumo*, *op. cit.*, 949, no son pocas las normas legislativas referentes al “problema del fumar: basta recordar la legge 11 novembre 1975, n. 584 sobre la prohibición de fumar en determinados locales y en los medios de transporte público; la legge 10 aprile 1962, n. 165 sobre la prohibición de propaganda publicitaria de productos para fumar; el d.m. 439/1991 y el d.m. 425/1991 sobre la prohibición de patrocinación o publicidad televisiva, aún de manera indirecta, a productos tabacaleros y afines; el d.m. 581/1993 que extendió dicha prohibición a las “telepromociones” y a las ventas televisivas”.

²² En igual sentido, véase Cafaggi, *Immunità per i produttori di sigarette: barriere culturali e pregiudizi di una giurisprudenza debole*, *op. cit.*, 756, quien afirma que “la circunstancia de que se trate de riesgos notorios para la comunidad científica no exime al productor de divulgar dicha información, haciéndola conocer a los consumidores finales menos informados”.

²³ En el mismo sentido, Alpa, *Nota a App. Roma 7 marzo 2005*, n. 1015, *op. cit.*, quien parece ir más allá del concurso de la culpa de la víctima del producto para fumar, cuando afirma que “que fumar es perjudicial para la salud es de público conocimiento, como lo es también que una de las causas más frecuentes de la aparición del tumor pulmonar tenga el dicho origen; por lo tanto, estamos en presencia de una eximente, constituida por la aceptación del riesgo”.

²⁴ En igual sentido, Cafaggi, *Immunità per i produttori di sigarette: barriere culturali e pregiudizi di una giurisprudenza debole*, *op. cit.*, 755, quien hace notar que, en la hipótesis del consumo activo, la “elección consciente” del fumador tiende a convertirse en una concausa del daño”. Véase también Pacifico, *Il risarcimento del danno da fumo attivo*, *op. cit.*, 1645 y ss., según el cual, en los juicios que tienen como base la pretensión de resarcimiento por los daños del fumar activo “la conducta misma puede ser evaluada a la stregua de un concurso de la culpa del damnificado (art. 1227 Cód. Civ.), o bien de la consciente aceptación del riesgo que comporta el consumo del producto y, consecuentemente, de la ausencia de responsabilidad del productor. [...] La aceptación voluntaria del riesgo por parte del consumidor – quien informado de las consecuencias dañosas se dedica al consumo (o, más aún, a un importante consumo)– es, efectivamente, una circunstancia seguramente capaz de excluir el nexo causal entre actividad de producción o comercio de cigarrillos y lesión a la salud del consumidor”. Véase, por último, el pensamiento de Visintini, *Tratato breve della responsabilità civile*, *op. cit.*, 875.

El argumento de la "libre elección" del consumidor de tabaco (buen conocedor de la nocividad de dicha actividad) presenta (a los fines de la eximición absoluta de la responsabilidad del fabricante) aristas muy problemáticas cuando se toma en cuenta el factor de la dependencia y de las relativas dificultades que el fumador puede hallar para dejar de fumar.

En efecto, es cierto que, a pesar de que conocen la nocividad de fumar, muchos fumadores no logran abandonar el cigarrillo, permaneciendo víctimas de tal dependencia²⁵. Asimismo, es verdad que las empresas tabacaleras lo saben desde hace tiempo, dado que datan de los años '60 los primeros análisis y estudios científicos conducidos por ellas (los cuales permanecieron rigurosamente reservados), de los que surgía con claridad dependencia a la nicotina provocada por el cigarrillo. No obstante, lo anterior y como nos revela la experiencia estadounidense, dicha argumentación no siempre tiene carácter decisivo para alcanzar una condena judicial contra las

empresas tabacaleras multinacionales.

Por último y en cuanto a lo que se refiere al fallo del Juez de Paz de Nápoles²⁶ que reconoció a dos ex-fumadores de cigarrillos "light" el resarcimiento del daño existencial -identificado por el juez en el perjuicio a la calidad de vida sufrido en virtud del simple temor a contraer en el futuro enfermedades ligadas al consumo de tabaco- resultan evidentes los fuertes motivos que impiden que compartamos los fundamentos de la sentencia mencionada y que la transforman en un precedente no digno de ser secundado²⁷.

5. Conclusiones

Las observaciones apenas expuestas nos inducen a considerar en términos al menos problemáticos la futura evolución de la *tobacco litigation* en Italia, tanto en lo que respecta al caso de los fumadores activos como a las hipótesis de fumadores pasivos.

La conclusión según la cual los juicios contenciosos en el ámbito descrito no

²⁵ De acuerdo, Ponzanelli, "Class action", *tutela dei fumatori e circolazione dei modelli giuridici*, op. cit., 306, quien señala el carácter de peligrosa dependencia que el tabaco es capaz de generar en los consumidores y que anularía de modo absoluto la "libertad de elección"; Ponzanelli, *Responsabilità da prodotto da fumo: il "grande freddo" dei danni punitivi*, en *Foro it.*, 2000, IV, 450; y ss., en particular pág. 453; Cafaggi, *Immunità per i produttori di sigarette: barriere culturali e pre-giuridici di una giurisprudenza debole*, op. cit., 752-753; Pacifico, *Il risarcimento del danno da fumo attivo*, op. cit., 1645; Lamorgese, *Il danno da fumo*, op. cit., 1195 y ss.

²⁶ En el mismo sentido, véase Giudice de Pace Napoli, 18 marzo 2005, op. cit.

²⁷ Efectivamente, no compartimos la decisión mencionada en toda su complejidad, no obstante la afirmación según la que "el fumador que, aún conociendo la nocividad de fumar, adquiere igualmente cigarrillos, contribuye causalmente a la producción del daño que reside en el riesgo de contraer un tumor (daño "existencial"), por lo cual el resarcimiento se reduce a la mitad".

están destinados a un desarrollo rápido e importante, encuentra una ulterior confirmación en la observación, según la cual, los hechos que originaron algunas de las más recientes sentencias judiciales presentan peculiaridades tales, que no las hacen susceptibles de ser seguidas en el futuro por otras sentencias condenatorias.

En lo que se refiere a los fumadores pasivos no adictos al tabaco, cabe resaltar que las normas más recientes han introducido una prohibición notablemente extensa de fumar²⁸, limitando de tal modo drásticamente la exposición pasiva al "humo" ajeno que se verificaba en el pasado, dada la ausencia de una normativa severa que lo vetara.

Respecto de los fumadores activos, la sentencia condenatoria de la Corte de Apelaciones de Roma no parece ser un precedente destinado a ser el primero de una larga serie²⁹.

Efectivamente, si consideramos que desde principios de los años '90 cada paquete de producto del tabaco contiene una advertencia -que con el transcurso del tiempo ha asumido un carácter cada vez más enfático³⁰ sobre la nocividad de fumar, no parece probable que pueda haber muchas más sentencias que condenen a las empresas tabacaleras sobre la base de la omisión de informar al público acerca del daño a la salud provocado por el consumo de tabaco. Dado que, en virtud de las advertencias mencionadas, el sujeto que no se decidiera

²⁸ Ley 16 de enero de 2003, num. 3 ("tutela de la salud de los no fumadores") y a las consiguientes medidas ejecutorias.

²⁹ En igual sentido, ALPA, *Nota a App. Roma 7 marzo 2005, n. 1015, op. cit.*, el cual, al comentar la decisión el fallo mencionado, lo define "una decisión [...] focalizada absolutamente en las circunstancias del caso".

³⁰ Basta confrontar el texto del art. 46 de la *legge 29 dicembre 1990, n. 428*, que imponía el deber de informar al consumidor imprimiendo en los paquetes «a) las advertencias relativas al tenor de alquitrán o nicotina; b) la advertencia "es altamente perjudicial para la salud"; c) las advertencias específicas para los paquetes de cigarrillos", con el del actual art. 6 del *d. lgs. 24 giugno 2003, n. 184*, el cual, en su inciso segundo, prevé que "cada paquete unitario de los productos, a excepción de los productos tabacaleros no aptos para ser fumados debe contener las siguientes advertencias: a) advertencia general: 1) fumar mata; o bien: b) fumar te daña gravemente a vos y a los que te rodean [...]; b) una advertencia suplementaria elegida entre las siguientes: 1) fumar obstruye las arterias y provoca infarto y trombosis cerebral; 2) fumar provoca cáncer terminal a los pulmones; 3) fumar durante el embarazo daña al feto; 4) Cuida a los niños: no les hagas respirar lo que fumas 5) Tu médico o tu farmacéutico pueden ayudarte a dejar de fumar; 6) Fumar crea una elevada dependencia, no comiences; 7) dejar de fumar reduce el riesgo de enfermedades cardiovasculares y pulmonares mortales; 8) Fumar produce el envejecimiento de la piel".

Asimismo, dicho fenómeno se verificó en los Estados Unidos, en donde la advertencia genérica "Precaución: fumar cigarrillos puede ser perjudicial para su salud" (impuesta por el *Cigarette Labeling and Advertising Act* de 1965) ha sido sustituida en la actualidad por mensajes mucho más claros y explícitos como, por ejemplo "Estadísticas Surgeon General's advierte: Fumar Causa Cáncer al Aparato Respiratorio, Ataque Cardíaco, Emfisema Pulmonar y Puede Traer Complicaciones Durante el Embarazo".

a dejar de fumar no podría ya considerarse no conocedor de la peligrosidad de dicho hábito³¹.

La natural consecuencia de dicha observación, es afirmar que, la enfermedad o la muerte de un individuo, son consecuencia inmediata y directa de un consumo de tabaco no basado en un pleno conocimiento informado, podría sólo encontrar asidero si se demostrara que -habiéndose interrumpido el hábito de fumar apenas aparecidas las primeras advertencias en los paquetes de cigarrillos- la enfermedad o la muerte del fumador pueda reconducirse directa-

mente a un consumo de tabaco anterior al principio de los años '90³².

Ahora bien, si consideramos por una parte, que el plazo de prescripción la acción de resarcimiento del daño causado por hecho ilícito es de cinco años y que, por otra parte, según diversos estudios en la materia, una vez interrumpido el hábito de fumar, el riesgo de que se manifieste una neoplasia pulmonar en el ex-fumador tiende a regredir y, en el arco de aproximadamente quince años se acerca significativamente al de los sujetos que no han fumado nun-

³¹ En el mismo sentido, Giacchero, *Causalità e danni da fumo attivo*, op. cit., 856, según el cual "el dato de evidencia intuitiva de que no puede haber verdadera autodeterminación si el consentimiento no es plenamente informado, difícilmente pueda transformarse en una excepción válida, en gran parte a causa de la normativa en materia de advertencias introducida en nuestro país - aunque con un cierto retraso- a partir de 1990".

Véase además PACIFICO, *Il risarcimento del danno da fumo attivo*, op. cit., 1647, quien considera que "alguna duda [acerca de la suficiente información al consumidor] podría entonces asaltarnos, precisamente, con respecto a la cantidad y/o a la calidad de tal información referida al período anterior a la entrada en vigencia de la normativa sobre el etiquetado de los productos a base de tabaco (*legge n. 428/1990*), teniendo en cuenta que el consumidor medio podía no hallarse en condiciones aptas para hacerse una imagen realista de las consecuencias dañosas de fumar, acerca de las cuales tenía - indudablemente- un conocimiento general. Sin embargo, tales dudas pueden considerarse hoy superadas [...]".

³² La conclusión ilustrada en el texto parece encontrar un primer apoyo en la observación de la experiencia estadounidense. Al respecto, véase lo subrayado por GIACCHERO, *Causalità e danni da fumo attivo*, op. cit., 858-859, en donde invita a recordar "lo ocurrido durante la *second wave*, vale decir, en el período en que la aplicación de una *legal theory* como la *failure to warn* planteaba dificultades de relieve para quienes se preparaban a interponer una demanda contra un productor de cigarrillos: luego de 1966 resultaba sumamente difícil valerse del argumento según el cual no había advertencias suficientes que tutelaran al consumidor, sin contar con que era imposible utilizar una *legal theory* como la *implied warranty*. Efectivamente, la reglamentación legislativa del sector permitía a los productores oponer como excepción la autonomía de la voluntad (*freedom of choice*) de los fumadores ya instruidos acerca de los daños acarreados por el cigarrillo luego de la promulgación del *Federal Cigarette Labeling and Advertising Act* del 1965 - o, de todas maneras, les permitía oponer la *contributory negligence*. Y al no existir en ese entonces estudios que establecieran el carácter adictivo de fumar y frente al conocimiento ya público de que fumar debía considerarse nocivo para la salud, los jurados no dudaron en concluir que el fumador había aceptado el riesgo de los daños sufridos".

Véase asimismo, Stalteri, *Il problema della responsabilità del produttore di sigarette e il caso Cipo-llone*, op. cit., 204 y ss., quien concluye (pág. 208) con la afirmación de que "para los consumidores damnificados la posibilidad de actuar siguiendo la vía de la teoría del *failure to warn* aparece hoy día como una esperanza prácticamente muerta".

ca³³: parece evidente que la condena al fabricante de cigarrillos dictada por la Cámara de Apelaciones de Milán, aunque fuera destinada a constituir un fuerte precedente jurisprudencial, probablemente permanecerá sustancialmente como una sentencia aislada. Una confirmación ulterior de lo ilustrado anteriormente, puede extraerse del reciente fallo de absolución de un fabricante de cigarrillos³⁴ que afrontó, precisamente, el caso de la muerte de un fumador acaecida en el 2001 y, por lo tanto, luego de una década de la entrada en vigencia de la normativa italiana sobre las advertencias que deben contener los paquetes de productos tabaqueros.

Efectivamente, según lo afirmado por el juez, para que se entienda como subsistente un nexo causal entre la omisión de información y la muerte de un fumador “desinformado” acerca de los riesgos de fumar, se debería demostrar que dicho fumador hubo dejado dicho hábito apenas instruido sobre los riesgos mencionados.

Consecuentemente y considerando

además la disminución del factor riesgo para quien deja de fumar, también el juez romano afirmó abiertamente que cuanto más amplio es el período entre la obligación de imprimir las advertencias en los paquetes de cigarrillos y la manifestación de la enfermedad, más disminuyen las probabilidades de poder establecer un nexo de causalidad entre la omisión de informar a los fumadores y la persistencia de éstos en el consumo de tabaco. De todas maneras, los numerosos precedentes jurisprudenciales del año 2005 sobre el tema analizado, representan para el intérprete un importante punto de referencia, a pesar de que, por las observaciones precedentes, el juicio contencioso en la materia no parece destinado a tener una gran evolución, al menos bajo el aspecto de las demandas de resarcimiento interpuestas individualmente por los fumadores activos o pasivos.

Quizás, como ha sucedido en Estados Unidos, también en Italia la *second wave* esté por agotarse. Para saber si habrá o no una *third wave*³⁵ nos resta solamente esperar³⁶.

³³ A lo cual se suma – para las patologías distintas de la neoplasia pulmonar – el período durante el cual se reduce significativamente el riesgo para los ex fumadores parece ser mucho más breve que el indicado en el texto. En igual sentido, véase el *Report of the Surgeon General* de Estados Unidos de 1990 titulado “*The Health Benefits of Smoking Cessation*”, de consulta además en internet: <http://profiles.nlm.nih.gov/NN/Views/AlphaChron/date/10006>.

³⁴ Trib. Roma, 4 aprile 2005, cit.

³⁵ La terminología y la subdivisión de la experiencia estadounidense en tres períodos diferentes (*three waves*) pertenece a Rabin – Sugarman (directores), *Smoking Policy: Law, Politics & Culture*, op. cit.

³⁶ Como precisa Ponzanelli, *Mass tort nel diritto italiano*, en *Resp. civ. prev.*, 1994, 173, en especial en la pág. 180, “la gran difusión del hábito de fumar y su elevada peligrosidad hacen de los daños sufridos por la persona del fumador un ejemplo particularmente paradigmático de hecho no-civo comprendido en la categoría de los *mass torts*”.