



**UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE  
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO**

***EL HECHO O CULPA DE LA VÍCTIMA Y SU INFLUENCIA EN LA ADJUDICACIÓN DE  
RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO CIVIL CHILENO. IMPLICANCIAS RESPECTO  
AL CONSUMO DE TABACO***

**Memoria para optar al grado de Licenciado  
en Ciencias Jurídicas y Sociales**

**Profesor Patrocinante: Rodrigo Momberg Uribe**

**Gonzalo Andrés Lepe Ruiz**

**Valdivia, Diciembre 2007**

Valdivia, 28 de diciembre de 2007

Sr. Juan Andrés Varas B.  
Director Instituto Derecho Privado y Ciencias del Derecho  
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales  
Universidad Austral de Chile

**REF:** Informa Memoria de Prueba de Gonzalo Lepe Ruiz.

Dando cumplimiento a lo establecido en el Reglamento para optar al Grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de La Universidad Austral de Chile, tengo el agrado de informar la Memoria de Prueba presentada por el alumno Gonzalo Lepe Ruiz, titulada "**El hecho o culpa de la víctima y su influencia en la adjudicación de responsabilidad en el derecho civil chileno. Implicancias respecto al consumo de tabaco**".

En lo relativo al aspecto formal de la presente tesis, el memorista ha utilizado un estilo correcto de redacción, con un nivel adecuado de vocabulario técnico y jurídico para una tesis de licenciatura.

En cuanto a la utilización de material bibliográfico, se ha consultado un número apropiado de fuentes, considerando que se trata de un tema que en lo específico no ha sido tratado mayormente por la doctrina nacional, siendo la mayoría de los referentes extranjeros.

La materia abordada por el tesista es interesante, principalmente cuando aplica los conceptos generales que desarrolla en la primera parte del trabajo al tema específico de la responsabilidad civil de las empresas tabacaleras por los daños producidos a los consumidores directos o indirectos.

La estructura de la memoria puede resumirse en un estudio netamente doctrinario del tema por una parte, que aborda el problema de la concurrencia de causas en la responsabilidad civil extracontractual y la relevancia de la culpa de la víctima en la adjudicación de responsabilidad; y por otra parte, el análisis específico del consumo del tabaco como fuente de responsabilidad civil para las empresas tabacaleras. Al respecto, se analizan los casos de Estados Unidos y España, para luego referirse a posibles soluciones en el Derecho Chileno.

En definitiva, se trata de un trabajo correctamente estructurado en cuanto a su forma y fondo, con análisis de doctrina y derecho comparado; por lo que el suscrito estima que la memoria informada debe ser calificada para todos los electos reglamentarios con nota **6,5 (seis toma cinco)**.

Autorizado para empaste.



**RODRIGO MOMBERG URIBE**  
**Profesor**

A mis abuelos y a Delia, por su incondicional apoyo, a Carlos R. por su constante interés, y a Natalia por su paciente y constante dedicación.

## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	2
<b>CAPÍTULO I: LA CONCURRENCIA DE CAUSAS EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL</b> .....	3
I.1) La relación causal.....	3
I.2) Tesis acerca de la relación causal.....	7
I.3) El Problema de la Concurrencia de Causas.....	10
I.4. Marco Legal Aplicable .....	12
<b>CAPÍTULO II: LA CULPA DE LA VÍCTIMA Y LA ADJUDICACIÓN DE RESPONSABILIDAD</b> .....	14
II.1 Marco teórico .....	14
II.2. Marco histórico y situación en derecho comparado.....	15
II.3. La Situación Chilena: Marco legal.....	17
II.4. Análisis Dogmático.....	18
II.4.1. La conducta del perjudicado como única causa del perjuicio.....	18
II.4.2. Culpa de la víctima y del demandado: causas concurrentes en la producción del perjuicio .....	19
II.4.3. La ilicitud de la conducta de la víctima y el estándar de cuidado que debe observar.....	20
II.5. La Culpa de la víctima y su relación con la asunción de riesgos.....	21
II.6 La asunción de riesgos y su relación con las estipulaciones que exoneran de responsabilidad .....	23
II.7. Importancia actual de la culpa de víctima en el derecho chileno y comparado .....	24
<b>CAPÍTULO III: EL CONSUMO DE TABACO Y SUS CONSECUENCIAS EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL</b> .....	25
III.1. Aspectos generales: daños y perjuicios .....	25
III.2. La experiencia en derecho comparado: El caso norteamericano y el caso español. 26	
III.2.1.El caso norteamericano.....	26
III.2.2.El caso español.....	32
<b>CAPÍTULO IV: LA RESPONSABILIDAD DE LAS TABACALERAS Y LA INCIDENCIA DEL CONSUMO DE TABACO EN LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD</b> .....	35
IV.1) Marco legal aplicable en Chile a la industria tabacalera.....	35
IV.2. La conducta de las tabacaleras: legitimidad y coherencia con la Constitución Política de la República desde el punto de vista material.....	37
IV.3. La conducta del perjudicado: el consumo ¿hecho o acto jurídico? .....	39
IV.4. La culpa de la víctima y la culpa de las tabacaleras: consecuencias jurídicas de la concurrencia de culpas.....	42
<b>CONCLUSIONES</b> .....	46
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	48

## INTRODUCCIÓN

En la actualidad son múltiples las situaciones en las cuales nos vemos enfrentados a ciertos peligros, así la gran mayoría de las actividades que realizamos presentan riesgos connaturales a su ejercicio, esto se refleja en el auge jurídico y jurisprudencial que ha tenido la responsabilidad objetiva, que se ve reforzada por la tendencia a la socialización de los riesgos.

El caso que será analizado por reflejar esta situación, es el consumo de tabaco como variante de la asunción de riesgos que entendemos subsumida dentro de la categoría doctrinal culpa de la víctima. Las reclamaciones han puesto de manifiesto la difícil coyuntura que se presenta en el plano de la responsabilidad ya que se hace relativa la respuesta referente a quien debe soportar los daños ocasionados por una actividad peligrosa que se realiza en conocimiento de esa circunstancia.

Esta tesis pretende establecer de que forma y hasta que punto deben ser soportados los perjuicios por parte de la industria tabacalera y como incide en la adjudicación de responsabilidad la conducta del perjudicado es decir el fumador.

En el capítulo uno se analizará la relación de causalidad y su vinculación con el instituto de la culpa de la víctima para posteriormente demostrar que ésta es un supuesto de interrupción o interferencia del nexo causal.

El capítulo segundo se centrará en el estudio de la culpa de la víctima en el derecho continental y en el Common Law, su relación con la asunción de riesgos que podría aplicarse al consumo de tabaco y la diferencias de ésta con la convenciones de responsabilidad extracontractual.

En el capítulo tercero se revisarán el caso norteamericano y el español por ser emblemáticos en cuanto a la judicialización del conflicto que deriva de los perjuicios ocasionados por el tabaco, y se expondrán los principales argumentos esgrimidos por los perjudicados y por la industria.

Finalmente en el capítulo cuarto se revisará el estado actual de la discusión doctrinal referente al tema, si es o no posible fundar responsabilidad en la conducta de las tabacaleras y como influye en la determinación de responsabilidad la conducta del perjudicado, es decir, cuál es el alcance que tiene la culpa de la víctima en los daños derivados por el consumo de tabaco en nuestro sistema jurídico.

# CAPÍTULO I: LA CONCURRENCIA DE CAUSAS EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

## I.1. La relación causal

En materia de responsabilidad civil extracontractual, se exige en general la concurrencia de dos requisitos fundamentales: la actuación culpable o dolosa y el daño a la víctima. Un desglose permite distinguir entre; a) Una acción u omisión del agente, b) La culpa o dolo de su parte, c) La no concurrencia de una causal de exención de responsabilidad, d) La capacidad del autor del hecho ilícito, e) El daño a la víctima y f) La relación de causalidad entre la acción u omisión culpable o dolosa y el daño producido<sup>1</sup>. Al parecer bastaría con la concurrencia de tres condiciones: a) La culpa, b) La causalidad y c) El daño.<sup>2</sup>

En derecho comparado se ha incluido dentro de elementos de la responsabilidad el requisito de la “antijuricidad”, es así como en el Bürgerliches Gesetzbuch<sup>3</sup> se distinguen claramente los requisitos de la antijuricidad de los de la culpa, existiendo en la antijuricidad la lesión de un derecho subjetivo.<sup>4</sup> La antijuricidad ha sido adoptada por cierto sector doctrinal en nuestro país que considera de suma importancia su recepción<sup>5</sup>, no obstante su inclusión pareciera ser artificial al no lograr diferenciarse claramente de la noción de culpa, debido a que nuestro sistema jurídico al ser subjetivo concibe la noción de culpa como la ilicitud de una conducta que genera un perjuicio, de lo que deriva que la culpa civil no se distinga de la antijuricidad.<sup>6</sup>

Independiente de la posición que adoptemos en cuanto a los requisitos de la responsabilidad aquiliana siempre va a estar presente como elemento esencial la relación de causalidad.

El fundamento de toda responsabilidad es el daño, independiente de la concepción de daño que se adopte ya sea de facto o jurídica,<sup>7</sup> de ahí la importancia que reviste probar el perjuicio por parte de quien lo alega<sup>8</sup>. El daño es un elemento común a todos los órdenes de responsabilidad civil. Algunos han sostenido que el daño no es un elemento esencial del

---

<sup>1</sup> Abeliuk Manasevich R., *Las Obligaciones Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, 1993, pp. 176-177.

<sup>2</sup> Tapia Rodríguez M., *Código Civil 1855-2005 Evolución y Perspectivas*, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 280-281.

<sup>3</sup> En adelante BGB.

<sup>4</sup> Barros Bourie E., *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p.96.

<sup>5</sup> Rodríguez Grez P., *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial jurídica de Chile, 1999, pp.129 y sgtes.

<sup>6</sup> Barros *OpCit*, p.96.

<sup>7</sup> Véase Diez Schwerter J. L., “*El Daño Extracontractual*”, Editorial Jurídica de Chile, 1998, pp.18 a 21.

<sup>8</sup> Le Tourneau P., “*La Responsabilidad Civil*”, Editorial Legis, 2004, p.60. (traducción por Javier Tamayo Jaramillo).

hecho ilícito sino condición de la acción de daños y perjuicios como ocurre en los supuestos de sanción a negocios jurídicos ilícitos. De cualquier forma para que opere la responsabilidad civil se requiere de daño, aunque no abarque todo el ámbito de la ilicitud civil.<sup>9</sup>

En un juicio de responsabilidad es menester imputar el daño al hecho generador del mismo, por lo tanto acreditando el daño la víctima deberá probar además la existencia de un vínculo causal entre el perjuicio sufrido y la conducta causante, por su parte, el eventual responsable tendrá generalmente como opciones: a) Desacreditar la existencia del daño, b) Desvirtuar la imputación acreditando que su conducta no generó el daño o c) Acreditar que su conducta no fue dolosa ni culposa.

Acreditado el daño una de las opciones que tiene el supuesto responsable es desvirtuar la imputación causal, de ahí la importancia que reviste verificar un nexo entre la supuesta conducta generadora del daño y el perjuicio. Es posible aseverar entonces que es equivalente afirmar que una conducta causó un daño a que el juicio de responsabilidad es un juicio de causalidad entre la conducta y el daño cierto.

Es primordial no confundir esta situación con una afirmación que establezca una igualdad entre responsabilidad civil y responsabilidad por causación de daños<sup>10</sup> ya que siempre en un sistema subjetivo como el nuestro el requisito de la previsibilidad del daño por parte del eventual responsable es indispensable para imputar responsabilidad.<sup>11</sup>

La relación de causalidad no ha recibido un tratamiento adecuado en países de tradición continental, Chile no escapa a esta situación.<sup>12</sup> Un avance en estas materias ha sido efectuado por Argentina en donde el tratamiento doctrinal se ha llevado cabo en mayor profundidad.<sup>13</sup>

En los ordenamientos del Common Law existe una abundante doctrina relativa a los problemas de la “proximate cause”, “causation in fact.”y “legal cause” que han sido desde siempre un ámbito del debate en base al cual se han escrito trabajos esenciales para

---

<sup>9</sup> Domínguez Águila R., “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparatista” en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, n°188, julio-diciembre 1990, pp126-127.

<sup>10</sup> Salvador Coderch P., “Causalidad y Responsabilidad” en *Indret*, revista electrónica, [www.Indret.com](http://www.Indret.com), p. 3, consultada el 2 de agosto de 2007.

<sup>11</sup> Veloso Valenzuela P., “La Previsibilidad es una condición o requisito de la culpa y no de la relación causal” en Martinic Dora M., (Coord.) *Nuevas Tendencias del Derecho*, Lexis Nexis, 2004, pp.249-265.

<sup>12</sup> Domínguez Águila R., “Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno” en *Revista de derecho Universidad de Concepción*, n°209, 2001, pp. 7-8.

<sup>13</sup> Véase Ghersi Alberto C., *Teoría General de la Reparación*, Editorial Astraea, Buenos Aires, 1997, pp.75-86. Mosset Iturraspe Jorge “La Relación Causal” en Kemelmajer de Carlucci A. (coord.) *Responsabilidad Civil*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1997, pp. 105-119.

entender el funcionamiento del “torts of negligence”<sup>14</sup>. No hay duda de que el nexo causal debe concurrir en la responsabilidad por daños, es así como se distingue entre la infracción de un deber de conducta (Negligence damages), del daño mismo, el nexo causal busca conectar ambos eventos.

En una primera fase empírica, conocida como “causation in fact” se recurre al But for test, en donde la pregunta es ¿que habría ocurrido si el evento no se hubiera presentado?, es similar a la doctrina de la conditio sine qua non y es bastante utilizado por su adaptabilidad. Sus falencias se manifiestan cuando se está en presencia de causas ambiguas o multiplicidad de causas, casos en los cuales se ha buscado el “substantial factor” es decir el acontecimiento más relevante, el problema es que no hay criterios para determinarlo.

No basta con la “causation in fact” es necesaria una indagación jurídica, la “causation in law” o “proximate cause” que apunte a establecer la extensión de la reparación, para esto en general se atiende al criterio de previsibilidad de los daños.<sup>15</sup>

El derecho de daños del Common law se sistematiza usualmente sobre la base de tres formas de ilícitos civiles de la siguiente manera: los intentional torts, los torts basados en el concepto de negligence (culpa), y finalmente strict liability (responsabilidad objetiva), este es el plan del conocido e influyente Restatement of Torts Second. El tratamiento paradigmático de la causalidad se presenta cuando estamos en presencia de los ilícitos negligentes o por culpa en donde existe un deber jurídico de cuidado, una infracción a éste deber en conexión causal razonablemente cercana entre la infracción y el daño resultante. La causalidad aparece separada tanto del daño como de la culpa del mismo modo que en el sistema de derecho civil continental.

Una perspectiva panorámica del requisito de la causalidad en los sistemas de derecho civil continental hace posible inferir una suerte de evolución que se ha traducido en una clara dicotomía entre los elementos presentes en la causalidad misma consistentes en factores de hecho y un factores jurídicos relativos a la imputación jurídica del daño a la conducta o hecho generador del mismo.

En el derecho italiano la causalidad se explica en dos fases, la primera entendida como “causalità naturale” o de hecho, que conecta el evento dañoso con la conducta del

---

<sup>14</sup> Domínguez: *Op. cit.*, pp.8-9.

<sup>15</sup> Baraona González J., “La cuestión causal en la responsabilidad civil extracontractual: Panorama de derecho comparado” en *Revista Chilena de Derecho* Pontificia Universidad Católica de Chile, N°2, 2004, volumen 31, pp.211-212. Véase un análisis más detallado en Corral Talciani H., “La relación de causalidad en el sistema de torts del Common law” en *Nuevas Tendencias del Derecho*. (coord.) María Dora Martinic, Editorial Lexis Nexis, 2004 p. 142-144.

demandado, y una segunda fase, posterior, denominada “causalidad jurídica” que formula criterios de selección de daños indemnizables.

Así la primera aproximación causal se realiza en base a la doctrina de la *conditio sine qua non* que explica todas las posibles variantes que influyen en la generación del daño que se reclama sea indemnizado, sin embargo este criterio es limitado ya que no da respuestas a los problemas de concurrencia de causas y tiende a formular nexos causales muy amplios, se hizo necesaria entonces una limitación en donde los criterios utilizados han sido variados y van desde la causalidad adecuada hasta la aplicación de la doctrina del ámbito de protección de la norma.

En Francia la relación de causalidad no está consagrada en texto expreso, no obstante, jurisprudencialmente y en base al aporte efectuado por la doctrina, en general, se recurre a la utilización de la teoría de la equivalencia de las condiciones cuando estamos en presencia de responsabilidad subjetiva, y cuando nos encontramos frente a un caso de responsabilidad objetiva, la teoría que se utiliza mayormente es la de la causalidad adecuada, lo que se mantiene es la afirmación consistente en que el vínculo de causalidad debe ser cierto y directo.

Finalmente en España la causalidad en la responsabilidad extracontractual ha sido estudiada sin demasiado entusiasmo, lo que se ha traducido en que la jurisprudencia durante las tres partes del siglo XX, no haya manifestado una inclinación decidida por ninguna de las doctrinas que se han formulado. En todo caso existe un apego a una concepción naturalística del tema, hacia el 80 el Tribunal Supremo Español comienza inclinándose por la doctrina de la causa adecuada y durante los últimos años la doctrina se ha inclinado por la tesis de la imputación objetiva.<sup>16</sup>

Interesa destacar que actualmente, la causalidad como condición del juicio de responsabilidad ha tenido un relativo auge en los sistemas de derecho continental por la tendencia persistente a objetivar la responsabilidad civil, lo que se ha hecho patente en los juicios en donde se pretende establecer la responsabilidad de la administración del estado como puramente objetiva<sup>17</sup> y también en la responsabilidad por productos defectuosos.

En nuestro país el tema no ha sido abordado con gran entusiasmo por la doctrina, no obstante se pueden destacar avances efectuados en el estudio de esta materia por algunos autores últimamente,<sup>18</sup> quienes han destacado la importancia del vínculo causal,

---

<sup>16</sup> Baraona González J., *Op.cit.*, pp.217 a 223.

<sup>17</sup> Salvador Coderch P., “Causalidad y Responsabilidad”, p.6.

<sup>18</sup> Baraona González J., Corral Talciani H., Domínguez Águila R., y más recientemente Araya Jasma F.

apartándose de la clásica noción de la teoría de la equivalencia de las condiciones seguida por nuestros tribunales debido al arraigo que ha tenido la obra en materia de responsabilidad extracontractual del ilustre jurista Arturo Alessandri Rodríguez<sup>19</sup>.

La causalidad representa un problema complejo sólo en casos más bien excepcionales<sup>20</sup>, que se pueden categorizar como concurrencia de causas o problemas de causa ajena o extraña que interfieren o interrumpen el nexo causal, dentro de los cuales se destacan el caso fortuito, el hecho de terceros y la culpa o hecho de la víctima. Dentro de ésta última es posible distinguir una variante conocida como asunción de riesgos que es plenamente aplicable al supuesto concreto de daños ocasionados por el consumo de tabaco.

## **I.2. Tesis acerca de la relación causal**

El tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la relación de causalidad se origina en sede penal para pasar posteriormente a ser objeto de estudio de la dogmática civil. De las principales teorías generalizadoras se retienen las dos fundamentales que son la equivalencia de las condiciones y la causalidad adecuada,<sup>21</sup> la mayor parte de las demás oscila entre ambas. Dentro de estas múltiples teorías es posible nombrar la teoría de la causa próxima, la teoría de la causa eficaz o más activa, la teoría de la causa eficiente entre otras.<sup>22</sup>

La teoría de la equivalencia de las condiciones se reduce al planteamiento de la siguiente pregunta ¿Si el demandado no hubiera obrado se habría producido igualmente el daño<sup>23</sup>?, es decir todo acontecimiento sin el cual no se habría producido el daño es la causa jurídica del mismo, por lo tanto todos los acontecimientos que han condicionado el daño son equivalentes, ya que todos ellos por igual son causa del daño. El error de esta tesis consiste en optar por una causalidad material prescindiendo de una causalidad jurídica, por lo cual une causalmente todos los hechos que desde una mirada material concurren a la producción del daño generando un retroceso al infinito para encontrar la causa del daño.

La tesis de la “causa adecuada” ha generado adhesión últimamente por la jurisprudencia, debido a que se han percatado de que los problemas que presenta la causalidad se deben resolver teniendo en consideración que todos los hechos que concurren en la generación de un perjuicio, no necesariamente constituyen la causa jurídica relevante

---

<sup>19</sup> Alessandri Rodríguez A., *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda., 1983, segunda edición, tomo I, p.243.

<sup>20</sup> Barros Bourie E., *Tratado de Responsabilidad Civil Extracontractual*, p.375.

<sup>21</sup> Domínguez Águila R., “Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno” en *Revista de derecho* Universidad de Concepción, n°209, 2001, p.13.

<sup>22</sup> Rodríguez Grez P., *Responsabilidad Extracontractual*. Editorial Jurídica de Chile, pp. 375 a 391.

<sup>23</sup> Rodríguez Grez P., *Op.cit.* p.376.

para efectos de la imputación del daño a una conducta determinada. Serán causas del daño los acontecimientos que deberían producirlo normalmente, por ende la relación entre el acontecimiento y el daño debe ser adecuada y no fortuita. Así se indemnizarán los daños que un hombre razonable habría considerado como consecuencia natural o probable de su negligencia.

El funcionamiento conceptual es similar a la tesis de la equivalencia de las condiciones debido a la admisión de todas las condiciones en la producción del resultado, utilizando el mismo método de supresión mental hipotética, ahora bien el análisis es distinto, se pasa de una mirada individual a una perspectiva en abstracto, la que tendrá por objeto determinar si es o no probable que alguna de las condiciones produzca o no el daño, para pasar a ocupar el lugar de causa jurídicamente relevante,<sup>24</sup> teniendo en consideración el curso normal de lo que corrientemente acaece, en orden al curso ordinario de los sucesos.<sup>25</sup>

Es de suma importancia dejar por establecido que independiente de la teoría que se adopte, esto ya es un paso en materia de seguridad jurídica para los particulares ya que la situación de incertidumbre que genera la comprensión de la causalidad como una mera cuestión de hecho permite un arbitrio al juez que supera los límites de la discrecionalidad permitida.<sup>26</sup>

La tesis de la equivalencia de las condiciones, con todas sus imperfecciones manifiestas en los problemas de concurrencia de causas, permite identificar todas las posibles condiciones que puedan ser objeto de imputación jurídica, constituyéndose en el punto de partida del análisis que tendrá por objeto la determinación de la causa jurídica del daño, la extensión de la reparación, el reparto de responsabilidad en su caso y la eficacia causal de las condiciones concurrentes.

La distinción entre los aspectos jurídicos y los fácticos, es de suma importancia ya que si entendemos que la causalidad es una mera cuestión de hecho, su apreciación queda entregada libremente a los jueces del fondo, en tanto que de ser jurídica, la resolución sobre los aspectos de la causalidad sería revisable por el tribunal de casación. Lo anterior incide directamente en la certeza jurídica de los particulares, en definitiva lo que importa es limitar la discrecionalidad del tribunal.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> Rodríguez Grez P., *Op.cit.*, pp.382 a 385.

<sup>25</sup> Goldenberg I., *La Relación de causalidad en la Responsabilidad Civil*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984 p.69.

<sup>26</sup> Araya Jasma F., *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*. Editorial Jurídica Lexis Nexis, año 2003, p. 38.

<sup>27</sup> Yzquierdo Tolsada M., *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, editorial Dykinson, 2001, p.194.

La dicotomía en cuestión ha sido constatada por la doctrina nacional y extranjera y la tesis que de alguna manera pretende amoldarse a esta situación es la teoría de la imputación objetiva inspirada en el derecho penal. Es así como en España cierto sector doctrinal propugna la aplicación de los criterios utilizados por la dogmática penal a los problemas de causalidad que se presentan en la responsabilidad civil.<sup>28</sup>

Autores como Fernando Pantaleón Prieto participan de la idea anterior y plantean la distinción entre los problemas causales y los problemas de imputación objetiva. Los primeros son fácticos y se resuelven sobre la base de la equivalencia de las condiciones y los segundos son jurídicos, que serían resueltos mediante los criterios de imputación objetiva que son el riesgo general de vida, prohibición de regreso, el de provocación, el fin de protección de la norma, el criterio del incremento del riesgo y finalmente como criterio residual se propone el criterio de la causa adecuada.<sup>29</sup>

Las teorías acerca de la relación de causalidad y en concreto la tesis de la imputación objetiva no han sido lo suficientemente estudiadas debido al marcado carácter subjetivo del sistema de responsabilidad civil.<sup>30</sup> El desarrollo embrionario de la teoría de la imputación objetiva no impide apreciar en abstracto su adaptabilidad a los tiempos actuales caracterizados por una tendencia a la socialización de los riesgos, al centrar la atribución de riesgos en categorías objetivas que miran al hombre inserto y actuando en sociedad. No es óbice a su aplicación el problema terminológico que se genera al hablar de imputación objetiva en un sistema de responsabilidad basado en la culpa, además en parámetros como el “hombre medio” establecidos por la dogmática civil hay aspectos más objetivos de los que se quiere reconocer<sup>31</sup> que dicen relación con los estándares generales y comunes de cuidado en una sociedad determinada. Criterios utilizados por la teoría en comento como el de la adecuación tienen un componente objetivo que no puede pasar inadvertido.

En nuestro país actualmente la doctrina está consciente de la dicotomía entre los factores de hecho y de derecho que influyen en la determinación del vínculo causal y el correspondiente establecimiento de la responsabilidad, sin embargo esta situación es reciente ya que la Corte Suprema hasta hace pocos años atrás consideraba que la casualidad

---

<sup>28</sup> Yzquierdo Tolsada M., *Op.cit.* p.194.

<sup>29</sup> Yzquierdo Tolsada M., *Op.cit.* p.194 a 196. Véase también Pantaleón Prieto F., “Causalidad e Imputación objetiva: Criterios de imputación” en *Centenario de Código Civil*, II, 1991, pp1561-1591. citado por Araya Jasma F., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Editorial Jurídica Lexis Nexis, año 2003, pp. 36-37.

<sup>30</sup> Venegas Franzolini L., “Imputación Objetiva y Responsabilidad Civil” en Varas J.A. y Turner S. (coord.) *Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia*. Editorial Jurídica Lexis Nexis, 2006, p.731. En el mismo sentido Baraona González J., “La Causa del Daño en la Jurisprudencia Reciente” en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2003, volumen 30, p. 347.

<sup>31</sup> Villareal Cárdenas H., “Reflexiones sobre la Teoría de la Imputación Objetiva y su Aplicabilidad en el Ámbito del Derecho de Daños”, en Varas J.A y Turner S.( coord.) *Estudios de Derecho Civil Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia*. Editorial Jurídica Lexis Nexis pp.561-562.

es una cuestión de hecho reservada a los tribunales de la instancia que no puede ser objeto de recurso de casación en el fondo.<sup>32</sup>

Lo anterior ha variado en el último tiempo y prueba de ello es la sentencia de la Corte Suprema que en sentencia de 26 de enero de 2004 (causa N° 2497-02) se ha apartado de la tesis de la equivalencia de las condiciones y entiende que la causalidad se desdobra en dos aspectos, uno naturalístico y otro normativo, además de la sentencia pareciera desprenderse implícitamente la aceptación de la tesis de la causalidad adecuada en el considerando séptimo.<sup>33</sup> En países como Argentina existe consenso en la doctrina<sup>34</sup> en entender que desde la reforma al artículo 906 del Código Civil en 1968 la tesis adoptada es la de la causalidad adecuada.

La constatación efectuada por la dogmática civil al distinguir entre aspectos de hecho y de derecho en la relación de causalidad constituye un aporte de suma importancia a la comprensión del elemento en cuestión. La tesis que puede dar cuenta de la doble dimensión de la causalidad teniendo presente que nuestro sistema de responsabilidad civil es subjetivo, será la que logre determinar cuales son los aspectos fácticos que influyen en la generación del daño, en este sentido la teoría de la equivalencia de las condiciones a pesar de su laxitud permite identificar todas las condiciones que interfieren en la generación de un daño.

Ahora al momento de efectuar la imputación se debe tener presente la tesis de la causa adecuada ya que permite dar cuenta del contexto en el que se genero el perjuicio, de esta forma tan sólo se imputan los daños que de acuerdo al curso normal de los acontecimientos son consecuencia de una determinada conducta o hecho.

La imputación de responsabilidad se caracteriza por la dimensión jurídica de la causalidad, en este sentido el criterio de curso normal de los acontecimientos da cuenta de la objetividad como característica esencial del nexo causal lo que permite distinguirlo del requisito de la culpa que sólo tiene que analizarse en relación con la conducta del agente supuestamente responsable del daño.<sup>35</sup>

### **I.3. El Problema de la Concurrencia de Causas.**

---

<sup>32</sup> Véase Corte Suprema 4 de enero 1996, Fallos del mes 446, N°2, pp.1899.

<sup>33</sup> Cárdenas A. H., “La Relación de Causalidad: ¿ Quaestio Facti o Quaestio Iuris? Comentario a sentencia de Corte Suprema, 26 enero de 2004” en *Revista Chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006, n°1 volumen 33, pp. 167-176.

<sup>34</sup> Mosset Iturraspe J., “La relación causal”, pp.110-111-112. en el mismo sentido Ghersi Alberto C., *Teoría General de la Reparación*, p.76.

<sup>35</sup> Le Tourneau P., *La Responsabilidad Civil*, p.79

En el estudio de casos complejos en donde hay incertidumbre respecto a la identificación de la causa del daño, una visión simplista de la causalidad unida a la noción de equivalencia de las condiciones no otorga soluciones razonables a los problemas de concurrencia de causas en donde lo efectivamente discutido es la identificación de la causa jurídicamente relevante para la imputación del daño, y es aquí en donde una correcta comprensión del vínculo causal, en conjunto con una adecuada doctrina se hacen imprescindibles.

En países como Italia, dos son los supuestos de concurrencia de causas que se analizan por la doctrina y la jurisprudencia; el primero, dice relación con que un evento dañoso sea causado por más de una causa y el segundo, se presenta cuando existe una multiplicidad de causas que concurren en la generación de un daño, pero sólo una de ellas aparece como verdadera.<sup>36</sup>

En Francia los problemas de causalidad que se han presentado son; aquellos en que se genera un daño por una persona no identificada de un grupo identificado, cuando hay pluralidad de autores de un daño indemnizable, las predisposiciones mórbidas y la pérdida de una chance.<sup>37</sup> Ciertamente un sector de la doctrina del país galo plantea que para que haya responsabilidad se requiere que no concorra una causal de exoneración de responsabilidad que puede estar constituida por una causa extraña dentro de la cual encontramos el caso fortuito, el hecho de tercero y el hecho o culpa de la víctima.<sup>38</sup>

En España existe claridad respecto a que la causalidad de hecho no permite resolver adecuadamente los problemas de causalidad múltiple y los problemas de causalidad indeterminada.<sup>39</sup> Al igual que en el caso francés existe acuerdo en incluir dentro de las causas extrañas que interfieren o interrumpen el nexo causal como supuestos de causa ajena al caso fortuito, el hecho de tercero y la conducta del perjudicado.<sup>40</sup>

En el sistema del Common Law, en el derecho de daños (Torts) la noción de *cause in fact* se matiza en base a las doctrinas sobre *proximate causation* que tiene por finalidad descartar las causas más remotas, las más imprevisibles e improbables y las causas cuyo riesgo típico no llegó a materializarse en el daño en cuestión, para hacer frente a los problemas complejos que se presentan a propósito del vínculo causal<sup>41</sup>. Las cuestiones de interrupción del nexo causal que liberan de responsabilidad al demandado se denominan en

---

<sup>36</sup> Baraona González J., “La Cuestión Causal en la Responsabilidad Civil Extracontractual: Panorama de Derecho Comparado”, p.218.

<sup>37</sup> Baraona González J., *Op.cit.* pp. 220-221.

<sup>38</sup> Le Tourneau P., *Op.cit.*, pp. 90-91.

<sup>39</sup> Salvador Coderch y Fernández A., “Causalidad y Responsabilidad”, tercera edición, 2006, pp.6-7.

<sup>40</sup> Yzquierdo Tolsada M., *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, pp. 201 a 213.

<sup>41</sup> Salvador Coderch y Fernández A., *Op.cit.*, p.7.

el sistema de torts, superseding cause, se trata de una causa que sustituye la conducta del agente en la producción del daño, se trata de fuerzas improbables y extraordinarias que pueden provenir de la naturaleza o de la acción de un tercero, en ambos casos la previsibilidad es relevante para determinar si estamos en presencia de una superseding cause, la previsibilidad se exige respecto del sujeto demandado.

En un sistema de responsabilidad basado en la culpa los problemas de concurrencia de causas que se presentan son el caso fortuito, hecho de tercero y culpa de la víctima ya sea exclusiva o en conjunto con la negligencia del demandado, cualquiera de dichas figuras trae aparejada una interferencia en la relación causal.<sup>42</sup>

La concurrencia de causas es un término genérico que pretende incluir tanto factores extraños a la conducta del agente que terminan liberándolo de responsabilidad como aquellos factores extraños que concurren en concomitancia con la conducta del supuesto agente responsable, es así como siempre en el primero de los casos siempre operará una causal eximente o de exoneración total de responsabilidad y en el segundo en atención a la eficacia causal ya sea de la conducta y del factor extraño se exonerará parcialmente al demandado.

#### **I.4. Marco Legal Aplicable**

Las situaciones de concurrencia de causas se encuentran recogidas en nuestro ordenamiento jurídico. En relación al caso fortuito este se encuentra regulado expresamente en el art.45 del Código Civil Chileno<sup>43</sup> en donde se le define a diferencia de otras legislaciones. Las dos situaciones restantes encuentran una regulación en el sistema de responsabilidad aquiliana consagrado en el CC.

Frente al hecho de terceros como causa o concausa del perjuicio el art.2317 CC establece la regla de la solidaridad de los coautores. De la regla se desprende que el hecho de terceros sólo puede ser causal eximente total de responsabilidad si es causa única y exclusiva del daño y siempre que se trate de un tercero por el cual no responde el demandado. Podría pensarse que la regla adopta la tesis de la equivalencia de las condiciones, ya que atribuye al actuar de todas las condiciones la misma eficacia causal, sin embargo la regla sólo tiene por finalidad establecer una garantía para la víctima en orden a obtener efectivamente una indemnización.<sup>44</sup>

---

<sup>42</sup> Araya Jasma F., *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, p. 96.

<sup>43</sup> En adelante CC.

<sup>44</sup> Domínguez Águila R., "Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno", pp.20 a 22.

La naturaleza objetiva de los factores extraños que interfieren o interrumpen el vínculo causal, entendido como causas extrañas o ajenas <sup>45</sup> ameritan su tratamiento en sede de causalidad.

---

<sup>45</sup> Rodríguez Grez P., *Responsabilidad Extracontractual*, p.399.

## CAPÍTULO II: LA CULPA DE LA VÍCTIMA Y LA ADJUDICACIÓN DE RESPONSABILIDAD

### II.1 Marco teórico

El objetivo de esta tesis es efectuar un análisis jurídico concreto de la responsabilidad que eventualmente puede derivar del consumo de tabaco en nuestro país teniendo en consideración la experiencia comparada que será tratada en el capítulo tercero, y encasillando el consumo dentro de una categoría jurídico doctrinal, ésta es la culpa de la víctima que pasa analizarse a continuación en atención a su carácter de causa exclusiva o concausa del perjuicio.

La participación de la víctima presenta numerosas cuestiones complejas e interesantes.<sup>46</sup> La víctima participa corrientemente en la producción del daño que sufre, su hecho es siempre condición del perjuicio, sin su presencia el daño no ha podido tener lugar,<sup>47</sup> no obstante la participación de la víctima como mera condición del daño no traerá consecuencias en su responsabilidad civil.<sup>48</sup>

Una de la dificultades que presenta la noción de culpa de la víctima dice relación con que la utilización del concepto, implica tácitamente la afirmación de la existencia de deberes de precaución de la víctima para consigo misma,<sup>49</sup> consistentes en evitarse daños, lo que es discutido. La idea de culpa de la víctima adquiere importancia en el contexto de la relación que se genera entre el perjudicado y el tercero a quien se pretende hacer responsable, por lo tanto más que un deber presenta una carga, que no impone una determinada conducta sino que establece un requisito relativo a su conducta como presupuesto para tener derecho a ser indemnizado.<sup>50</sup>

La justificación de ésta institución se encuentra en el principio de igualdad que rige las relaciones derecho privado, debido a que no es justo que el tercero esté sometido a un parámetro de conducta más estricta que la máxima de cuidado adoptada por la propia víctima respecto de sí misma.<sup>51</sup>

---

<sup>46</sup> Rodríguez Grez P., *Ibidem*, p.409. Véase Domínguez Águila R., “Notas sobre el deber de minimizar el daño” en *Revista Chilena de Derecho Privado* Universidad Diego Portales, n°5, 2005, pp.73-99.

<sup>47</sup> Domínguez Águila R., “El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil” en *Revista de Derecho* Universidad de Concepción, n°136, 1966, p.30.

<sup>48</sup> Díez Schwerter J.L., *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, p.225.

<sup>49</sup> Salvador Coderch P., y Gómez Ligüerre C., “Toros y Capeas” en [www.Indret.com](http://www.Indret.com), pp.1-2 consultada el 20 de Julio de 2007.

<sup>50</sup> Barros Bourie E., *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, p.429.

<sup>51</sup> Barros Bourie E., *Ibidem*, pp.428-429.

Para que la presencia del perjudicado incida en la responsabilidad se requiere que, entre la conducta del perjudicado y el daño exista relación de causalidad y que la conducta del damnificado no sea imputable al demandado. Se discute si es menester que el hecho de la víctima sea imprevisible e irresistible y si debe o no ser culposo.<sup>52</sup>

El hecho de la víctima se ha entendido como una causal de exoneración de responsabilidad que puede ser total cuando es la única y exclusiva causa del daño y es parcial cuando es concausa del perjuicio ocasionado,<sup>53</sup> en el primer caso se exime responsabilidad al demandado, en cambio en el segundo se exime parcialmente de responsabilidad al demandado.

## **II.2. Marco histórico y situación en derecho comparado**

Antiguamente la intervención de la víctima suprimía el nexo causal existente entre la supuesta conducta dañosa y el perjuicio,<sup>54</sup> no debiendo responder el agente por considerarse que su comportamiento por sí sólo no habría dado lugar al daño, esto se ve graficado en la regla de Pomponio *Quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur damnum sentire*<sup>55</sup> que significa que *no se entiende que quien sufre un daño por su culpa sufre un daño*. Lo anterior impedía a la víctima obtener reparación.<sup>56</sup>

El sistema del Common Law fue partidario de que los intereses de las partes demandantes dependen de su propio cuidado y por lo mismo cada demandante debe velar por su integridad y seguridad,<sup>57</sup> así la regla de la *contributory negligence* impedía que el demandante obtuviera alguna indemnización si había contribuido con su culpa a la generación del daño. Dentro de los argumentos que se esgrimían a favor de ésta regla destaca el de las “cleans hands” en donde el demandante debía iniciar el proceso con las manos limpias y debía ser sancionado por su imprudencia.<sup>58</sup>

La contributory negligence abandonada en Inglaterra y en la mayoría de los sistemas de Common Law, dio paso a la denominada “comparative negligence” que permite reducir la indemnización cuando la víctima ha contribuido a causar su propio daño,<sup>59</sup> lo que implica

---

<sup>52</sup> Mazeaud Henri; Mazeaud León y Tunc André., *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, tomo segundo, vol. II, Traducción de la quinta edición por Luis Alcalá -Zara y Castilla, Ediciones Jurídicas Europa -América, Buenos Aires.

<sup>53</sup> Domínguez Águila R., “El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil”, pp.30-31.

<sup>54</sup> Yzquierdo Tolsada M., *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, p.205.

<sup>55</sup> Digesto, libro 50, título 17, ley n°203.

<sup>56</sup> Araya Jasma F., *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, p.155.

<sup>57</sup> Yzquierdo Tolsada M., *Op.cit.*, p.206.

<sup>58</sup> Domínguez Á. R., “Aspectos de la Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil con especial referencia al Derecho Chileno”, p.22-23.

<sup>59</sup> Domínguez Águila R., *Op.cit.*, p. 23. Véase Yzquierdo Tolsada M., *Op.cit.*, p. 206.

abandonar criterios basados en la tesis de equivalencia de las condiciones. La Law Reform Act de 1945 en Inglaterra manda al juez fijar la reparación, sujeta a reducción considerando la participación del demandante, sin embargo no establece criterios para fijar la reducción, por lo que algunos se atienen al grado de la culpa, otros al de causalidad.<sup>60</sup>

En España la evolución ha sido jurisprudencial, el Tribunal Supremo Español que negaba en un principio toda responsabilidad en los casos de culpa de la víctima, más tarde procedió a considerarla siempre y cuando ambas culpas fueran de igual grado y de idéntica virtualidad jurídica, han operado los criterios de la mayor o menor participación en la producción del daño y en ciertos casos la culpa de la víctima ha sido asumida por la del agente en atención a la gravedad de ésta.<sup>61</sup>

Actualmente en el derecho de daños español la doctrina de la compensación de culpas se aplica de forma rutinaria por las distintas salas del Tribunal Supremo, en atención a no sólo debe enjuiciarse la conducta de causante del daño, dicha aplicación se traduce en una reducción de la indemnización cuando la víctima ha contribuido con su imprudencia o actuar en la producción del perjuicio.<sup>62</sup> Si bien el origen de la tesis es jurisprudencial<sup>63</sup>, ésta ha sido recogida legalmente, por ejemplo la ley 22/1994 de 6 de julio que regula la responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. No obstante lo anterior la principal controversia que suscita el derecho español de daños dice relación con el enfoque de la cuestión ya que para algunos éste debe efectuarse en sede de causalidad y para otros es una cuestión culpabilística.

En Francia en principio la solución es el reparto de responsabilidades cuando estamos en presencia de imprudencia del perjudicado.<sup>64</sup> El desarrollo jurisprudencial ha tendido a la gravedad de las culpas, lo que ha sido criticado por la doctrina ya que la comparación atiende a parámetros subjetivos lo que se opone a la apreciación en abstracto de la culpa, además en el caso de responsabilidad objetiva no habría con que compararla.<sup>65</sup> La doctrina considera que se trata de una cuestión causal, por lo que si el hecho culposo aparece como causa exclusiva del daño y es imprevisible e irresistible, se configura un caso de fuerza mayor procediendo a una exoneración total de responsabilidad para el demandado,<sup>66</sup> ahora cuando la culpa de la víctima sea una de las causas del daño se exonerará parcialmente al demandado.

---

<sup>60</sup> Domínguez Águila. R., *Op.cit.* pp.24-25.

<sup>61</sup> Araya Jasma F., *La Relación de Causalidad en la Responsabilidad Civil*, p. 156-157.

<sup>62</sup> Gómez Pomar F. y Agrafajo Vázquez I., "Culpa de la víctima y derecho sancionador", Noviembre de 2004, en *InDret*, revista electrónica, [www.Indret.com](http://www.Indret.com), p. 3, consultada el 12 Diciembre de 2007.

<sup>63</sup> Véase STS, 1º, 23.1.2002, STS, 1º, 17.05.2002.

<sup>64</sup> Araya Jasma F., *Ibidem.* p.157.

<sup>65</sup> Domínguez Águila. R., *Op.cit.* p.25.

<sup>66</sup> Le tourneau P., *La responsabilidad civil*, p.95-96.

Grandes diferencias no existen entre el sistema europeo continental y el Common Law en lo relativo a la injerencia que tiene la conducta culpable de la víctima, es así como se vislumbra en ambos sistemas un vacío en cuanto a los criterios adecuados para determinar cuando hay culpa exclusiva del demandado o perjudicado que se constituya como causa jurídicamente relevante, ya sea para efectos de una exoneración total o para establecer la responsabilidad íntegra del demandado y también hay falencias para identificar las dos conductas relevantes, la del demandado y la de la víctima y proceder a rebajar la indemnización.

Finalmente la regla del todo o nada, fue abandonada, es decir no se exonera de toda responsabilidad al demandado y tampoco existe una indeferencia por parte de la legislación y jurisprudencia frente a la intervención negligente del perjudicado. El problema radica en determinar los criterios que utilizará cada juez para obtener soluciones justas, equitativas y uniformes para todos los tribunales.

### **II.3. La Situación Chilena: Marco legal**

El art. 2330CC es una norma novedosa que establece que “La apreciación del daño está sujeta a reducción si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente”. Se trata de un hecho culpable de la víctima que constituye una causal de exoneración parcial por haber contribuido causalmente a la producción del daño que le aqueja.<sup>67</sup> Esta disposición se aparta de la regla de Pomponio del todo o nada y no se encuentra recogida en el Código Francés, se cita como fuente el art. 2199 del Código prusiano, también se le encontraba en el art. 1304 del Código Austriaco el que parece más bien haber sido el inspirador de nuestra norma.<sup>68</sup>

La disposición atiende a un criterio de equidad en el sentido de considerar la incidencia de la conducta imprudente del perjudicado para obtener una reducción en la indemnización, sin embargo nada dice respecto a los criterios a utilizar para reducir la indemnización u obtener una reparación o exoneración total de responsabilidad.

En Argentina se regula expresamente la situación, estableciendo la regla opuesta en el art. 1111 del Código Civil que señala que “El hecho que no cause daño a la persona que lo sufre sino por una causa imputable a ella, no impone responsabilidad alguna.”<sup>69</sup> Se trata

---

<sup>67</sup> Domínguez A. R., *Op.cit.*, p.22.

<sup>68</sup> Domínguez A. R., *Loc.cit.*

<sup>69</sup> Kemelmajer de Carlucci A., “Los Factores Subjetivos de Atribución” Kemelmajer de Carlucci A., (coord.) *Responsabilidad Civil*, Editorial Hammurabi, 1997, Buenos Aires, p.160.

de la aplicación de la regla de Pomponio, no obstante se estima que en la concreción del daño debido a una causa imputable a la víctima es posible diferenciar con claridad cuando la conducta del dañado es causa exclusiva del daño, cuando subsiste la responsabilidad del demandado y cuando opera una exoneración parcial de responsabilidad para éste último.<sup>70</sup>

#### **II.4. Análisis Dogmático**

Un buen punto de partida es diferenciar aquellos casos en que se invoca una presunción de responsabilidad de aquellos en que no se invoca.<sup>71</sup> Nuestro análisis se centrará en los segundos.

¿Basta el mero hecho del perjudicado o se requiere de su culpa para que opere el efecto del art. 2330 del CC? Una visión objetiva nos puede llevar a pensar que la intervención de la víctima culposa o no, puede generar una eximición total o parcial de responsabilidad para el demandado, ya que para el dañador se trata de una causa ajena que interfiere el curso causal que el inició o del que participa, por ende no importaría el estado psíquico del perjudicado.<sup>72</sup> Se trata de identificar si estamos en presencia de una única causa jurídicamente relevante, la conducta imprudente o negligente del supuesto responsable o si por el contrario hay más de una causa jurídica a apreciar de forma independiente, como la actuación culposa del damnificado y del demandado.

##### **II.4.1. La conducta del perjudicado como única causa del perjuicio**

Se discute respecto a los caracteres que debe revestir el hecho de la víctima para constituir una eximente total de responsabilidad. En Francia algunos estiman que el hecho de la víctima debe ser imprevisible e irresistible, esto es reunir las características del caso fortuito, para otros basta con que el hecho no sea imputable al demandado,<sup>73</sup> sin embargo modernamente se entiende que debe revestir las características del caso fortuito para el demandado, es decir, para él la intervención de la víctima era imprevisible.<sup>74</sup>

En nuestro derecho la doctrina clásica estima que la culpa de la víctima puede una causal de exoneración total diferente del caso fortuito.<sup>75</sup> Otro sector considera que para que el hecho de la víctima se alegue como exoneración total es menester de las condiciones de

---

<sup>70</sup> Ghersi A. C., *Teoría General de la Reparación*, p.118. en el mismo sentido Pizarro D. R., “Causalidad Adecuada y Factores Extraños” en Trigo Represas F. A y Stiglitz R.S (coord) , *Derecho de Daños*, Ediciones La Rocca, primera parte, Buenos Aires, 1996.

<sup>71</sup> Mazeaud Henri; Mazeaud León y Tunc André., *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, p.74.

<sup>72</sup> Ghersi A. C., *Teoría General de la Reparación*, p.118.

<sup>73</sup> Mazeaud Henri; Mazeaud León y Tunc André., *OpCit*, p.40.

<sup>74</sup> Le tourneau P., *La responsabilidad civil*, p. 95-96.

<sup>75</sup> Alessandri Rodríguez A., *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, p.617.

la fuerza mayor, ya que la previsión es una noción esencial en un sistema basado en la culpa, por ende es forzoso que el hecho de la víctima sea imprevisible, de lo contrario se entiende que el demandado pudo prever e hizo caso omiso<sup>76</sup> a la situación, por ende actúo con culpa y la conducta del perjudicado no sería la única causa del daño.<sup>77</sup> Parece razonable incluir el requisito de la previsibilidad en un sistema subjetivo para operativizar una exoneración total, entendida la previsibilidad de una manera normal en atención al parámetro del hombre medio.

#### **II.4.2. Culpa de la víctima y del demandado: causas concurrentes en la producción del perjuicio**

Afirmar que el efecto del art. 2330 CC se produce cuando concurren la culpa de la víctima y del demandado y que no es necesario que la conducta de la víctima tenga los caracteres de la fuerza mayor<sup>78</sup>, no permite una adecuada comprensión de la cuestión, ya que si bien es cierto es posible identificar las conductas culposas es probable que sólo se considere a una de ellas como causa para efectos jurídicos o es posible que ambas de forma independiente sean causas del perjuicio. Ahora se trata de lograr vincular las conductas imprudentes y su incidencia causal en la producción del menoscabo.

En la primera situación se presentan dos cuestiones complejas, habiendo en ambas concurrencia de culpas, en un caso una pareciera ser más grave y en el segundo una de las culpas es consecuencia de la otra, en ambos casos el tema reside en determinar cual es la causa jurídicamente relevante.<sup>79</sup>

Con respecto a si es posible que la culpa de mayor intensidad absorba a una de menor intensidad en doctrina comparada se admite que la culpa del agente absorba a la de la víctima o viceversa.<sup>80</sup> En Chile un sector doctrinal admite un sólo caso, el que se presenta con la culpa intencional (dolo), vale decir cuando el agente quiere el daño, se entiende que el dolo absorbe la culpa y el daño es consecuencia de una sola culpa,<sup>81</sup> lo anterior se aplica tanto a la culpa de la víctima como a la del demandado. En el plano causal esto se explica entendiendo que si bien es cierto el daño no se habría ocasionado sin

---

<sup>76</sup> Salvador C. P., “Causalidad y Responsabilidad”.

<sup>77</sup> Domínguez Águila R., “El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil”, p.34-35.

<sup>78</sup> Domínguez Á. R., *OpCit.* p.34.

<sup>79</sup> Rodríguez Grez P., *Responsabilidad Extracontractual*, p.413.

<sup>80</sup> Yzquierdo Tolsada M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, p.207-208.

<sup>81</sup> Rodríguez Grez P., *Loc cit.* p.413. en el mismo sentido Mazeaud Henri; Mazeaud León y Tunc André., *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, p.76-77.

la concurrencia de la otra culpa, ésta es utilizada como instrumento para la producción del perjuicio.<sup>82</sup>

Cuando aparece que una culpa es consecuencia de la otra parece justo que se considere como causa a una sola: la que provoco la subsiguiente culpa debiendo existir entre ambas relación de causalidad operando una absorción de culpas,<sup>83</sup> con la correspondiente incidencia causal en el daño.

Si el daño tiene dos causas plenamente identificables; la conducta imprudente del demandado y del perjudicado que operan de forma independiente, no opera la absorción de culpas al ser ambas causas del perjuicio, operando el efecto del art.2330CC.<sup>84</sup>

Los criterios para efectuar la reducción del art.2330 CC van desde que el daño sea soportado enteramente por la víctima, división de responsabilidad en porciones viriles por aplicación de la teoría de la equivalencia de las condiciones, división en atención al grado de culpabilidad y división en razón de la incidencia causal.<sup>85</sup> La jurisprudencia ha aplicado la gravedad de las culpas, esto confunde una cuestión de causalidad con la culpabilidad, pues aunque una culpa sea mas grave que otra no por este motivo tiene mayor influencia causal,<sup>86</sup> no es el reproche subjetivo el que debe presidir el criterio de distribución sino la incidencia causal que cada conducta ha tenido en la producción del resultado.<sup>87</sup>

El tenor literal del art. 2330 CC que dispone “(...) *si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente*”, impide abstraerse de la conducta negligente del perjudicado, de esta forma la apreciación de las culpas y la incidencia causal de las conductas serán los criterios a la hora de efectuar la rebaja. Siempre debe primar la objetividad dada por la incidencia causal y la apreciación de la culpa se debe hacer teniendo como parámetro un estándar general, esto es el buen padre de familia.<sup>88</sup>

#### **II.4.3. La ilicitud de la conducta de la víctima y el estándar de cuidado que debe observar**

La ilicitud de la conducta de la víctima es un requisito que se desprende de la norma al señalar que la víctima se ha expuesto “imprudentemente” al daño, lo anterior se

---

<sup>82</sup> Mazeaud Henri; Mazeaud León y Tunc André., *OpCit.* p.77-78.

<sup>83</sup> Rodríguez Grez P., *Op.cit.*, p .422.

<sup>84</sup> Rodríguez Grez P., *Op.cit.*, p. 423.

<sup>85</sup> Kemelmajer de Carlucci A., “Los Factores Subjetivos de Atribución”, p.164.

<sup>86</sup> Domínguez Águila R., “Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno”, p.24.

<sup>87</sup> Pizarro D. R., “Causalidad y Factores Extraños” en Trigo Represas A. F., y Stiglitz S. R (coord.), Ediciones La Rocca, primera parte, Buenos Aires, 1996, p.272.

<sup>88</sup> Véase Gómez Pomar F. y Agrafajo Vázquez I., “Culpa de la víctima y derecho sancionador”, p.15.

basa en que nuestro derecho no conoce causas de exoneración parcial, por ende el art. 2330 CC debe interpretarse de forma restrictiva,<sup>89</sup> no obstante la ilicitud de la conducta no es el factor a considerar ya que no siempre el incumplimiento de un deber impuesto influye en la generación del daño en atención al fin de la norma.<sup>90</sup> En muchos casos el deber del perjudicado debe ser configurado por el juez, por ende asimilar imprudencia con ilicitud no es viable bastando la imprudencia.

En relación al estándar de cuidado que debe observar la víctima en principio se puede aseverar que la víctima infringe el deber genérico de cuidado de no causar daño a otro puesto que siendo una culpa para consigo misma es a su vez una culpa contra el demandado ya que al participar en la generación del daño lo perjudica.<sup>91</sup>

En materia extracontractual la culpa no se gradúa en los términos definidos en el art. 44 del CC, además se considera que el art. 44 sería tan sólo aplicable a los casos de responsabilidad contractual,<sup>92</sup> lo anterior es discutible ya que se estima que la distinción entre ambas especies de culpa es falsa al ser la culpa es un concepto unitario en virtud de cual se medirán el hecho de la víctima y del demandado siendo fundamentales la noción del buen padre de familia y la asimilación de la culpa grave al dolo en el caso de una exoneración total o del establecimiento de responsabilidad íntegra para el demandado. La culpa de la víctima debe medirse en base a parámetros objetivos análogos a la regla de cuidado que debe observar el tercero, consecuencia del principio de igualdad que rige las relaciones de derecho privado.

## **II.5. La Culpa de la víctima y su relación con la asunción de riesgos**

El problema del consentimiento de la víctima es uno de los más difíciles que enfrenta el derecho de la responsabilidad civil.<sup>93</sup> El consentimiento de víctima implica que hay aceptación de riesgos cuando la víctima se expone a sabiendas que el daño puede sobrevenir, no basta con el conocimiento de la posibilidad del daño, es necesario que el hecho sea peligroso por su naturaleza y que su sola realización exponga a un daño probable a quien lo ejecuta.<sup>94</sup>

---

<sup>89</sup> Domínguez Águila R., ““El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil”, p.36.

<sup>90</sup> Barros Bourie E., *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, p.433.

<sup>91</sup> Mazeaud Henri; Mazeaud León y Tunc André., *Tratado Teórico y Practico de Responsabilidad Civil Delictual y Contractual* . p.43.

<sup>92</sup> Tapia Suárez O., *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, Editorial Jurídica Lexis-Nexis, año2006, p159-160.

<sup>93</sup> Barros Bourie. E., *Op.cit.*, p.440.

<sup>94</sup> Alessandri Rodríguez A., *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, p.618-619.

Cuando la conducta del perjudicado y demandado son imprudentes opera el efecto del art.2330 CC, el problema es reside en determinar si la víctima al asumir un riesgo, ¿hace desaparecer la responsabilidad del agente? O bien, ¿mitiga dicha responsabilidad?<sup>95</sup>

La mera aceptación de riesgos no inhibe el carácter culposo de la conducta del demandado y no exime de responsabilidad, sólo autoriza a reducir la indemnización si la víctima actuó con imprudencia. La doctrina ha ido forjando supuestos en los que el consentimiento de la víctima funciona como causa legitimante, lo que sucede cuando la víctima se expone a un daño a sabiendas y con la debida información de que puede sobrevenir, no podrá demandar después reparación.<sup>96</sup>

La asunción de riesgos incide en el juicio de responsabilidad cuando el acto de voluntad va mas allá de la simple participación en alguna actividad que supone algún peligro, se asume un peligro no un daño.<sup>97</sup> Una adecuada comprensión debe distinguir entre aceptar un daño, quererlo y conocer un riesgo, en éste la víctima no ha podido menos que representarse la ocurrencia del daño como cierto<sup>98</sup>

La aceptación de riesgos constituye culpa de la víctima cuando es imprudente y se presta el consentimiento en conocimiento de la verdadera entidad del riesgo que se asume y en forma consciente, de modo alguno debe asimilarse a la situación de quien ha querido un daño.<sup>99</sup> Se suprime el carácter culposo de la conducta del eventual responsable cuando su actividad se encuentra legitimada y permitida por la autoridad competente habiendo sido la víctima objeto de advertencias fundadas en la existencia de un riesgo incierto, caso en el cual opera la eximición total de responsabilidad para el agente.

El art.2330 CC contempla implícitamente la figura de la asunción de riesgos, ésta presupone un hecho voluntario que contribuye a la materialización del daño. La mejor forma de entender el instituto no es como causal de justificación<sup>100</sup>, sino como un hecho voluntario de exponerse al peligro, una imprudencia conciente,<sup>101</sup> que debe ser sopesada con la culpa del demandado en la atribución de responsabilidad. De esta forma no debe interpretarse un consentimiento de la víctima al daño cuando están en juego la vida y salud,

---

<sup>95</sup> Araya Jasma F., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, p.151.

<sup>96</sup> Corral Talciani H., *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2003, p.133.

<sup>97</sup> Barros B. E., *OpCit*.p.441.

<sup>98</sup> Rodríguez Grez P., *Responsabilidad Extracontractual* p.414 a416.

<sup>99</sup> Rodríguez Grez P., *OpCit*.p.417

<sup>100</sup> Algunos sostienen que la asunción de riesgos no es una causal autónoma de eximición de responsabilidad sino que a veces excluye la antijuridicidad (por ejemplo el boxeo) y otras es culpa de la víctima. Kemelmajer de Carlucci A., y Parellada C., "Factores Subjetivos de Atribución" en Kemelmajer de Carlucci A., (Coord.) *Responsabilidad Civil*, Editorial Hammurabi, reimpresión, 1997, Buenos Aires, p.163.

<sup>101</sup> Barros Bourie E., *Op.cit.*, p.442-443.

por la indisponibilidad del bien tutelado ya que nadie puede ampliar sus márgenes de dañosidad y tampoco excluir responsabilidad con meras declaraciones caprichosas.<sup>102</sup> Lo importante es entender que de una asunción de riesgos no deriva un asentimiento al daño.

## **II.6 La asunción de riesgos y su relación con las estipulaciones que exoneran de responsabilidad**

En la responsabilidad civil extracontractual no existe una relación previa entre la víctima y demandado, esto no es obstáculo para la existencia previa de acuerdos entre la eventual víctima y el eventual responsable, lo que es posible en base a la autonomía privada que puede sustituir el estatuto de la responsabilidad aplicable.<sup>103</sup> En definitiva se trata de ver si es o no posible modificar contractualmente las reglas aplicables en los casos de responsabilidad aquiliana.

En Francia se alcanzado el valor de dogma el hecho de que el interés público en la órbita extracontractual hace que los principios de ésta sean inderogables,<sup>104</sup> en España se admiten siempre y cuando se establezcan cuales son los límites que deben respetar los pactos en cuestión.<sup>105</sup> En general es posible encontrar dos tipos de pactos; aquellos que agravan la responsabilidad y los que la limitan, dentro de estos últimos es posible distinguir los que exoneran de responsabilidad y aquellos que la limitan propiamente tal, siendo los primeros los que más suspicacias generan.<sup>106</sup>

En nuestro país doctrinalmente se entiende que cuando se trata de un delito el pacto no tendría validez ya que es un principio de orden público que la condonación del dolo futuro no vale en base al art. 1465 CC lo que es aplicable a la culpa inexcusable. También carece de valor una estipulación que exima o atenúe la responsabilidad cuando los daños se produzcan en la persona, es decir afecten su integridad física.<sup>107</sup>

En la asunción de riesgos el estatuto legal de responsabilidad se mantiene, en cambio en la convenciones de responsabilidad extracontractual éste estatuto se modifica contractualmente.<sup>108</sup>

---

<sup>102</sup> Mosset Iturraspe J., “Las Causas de Justificación” en Kemelmajer de Carlucci A., (coord.) *II Responsabilidad Civil*, Editorial Hammurabi, reimpresión 1997, Buenos Aires, pp. 87-88.

<sup>103</sup> Barros Bourie E., *Op.cit.*, pp.1093-1094.

<sup>104</sup> Yzquierdo Tolsada M., “Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual”, pp.370.

<sup>105</sup> Yzquierdo Tolsada M., *Op. Cit.*, pp.370-371.

<sup>106</sup> Serra Rodríguez A., *Cláusulas Abusivas en la Contratación en especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*. Editorial Aranzadi, segunda edición, 2002, pp.102 a 105.

<sup>107</sup> Rodríguez Grez P., *Responsabilidad Extracontractual.*, pp.468-469

<sup>108</sup> Barros Bourie E., *Op.*, p.1094.

## **II.7. Importancia actual de la culpa de víctima en el derecho chileno y comparado**

Uno de los supuestos de interferencia de causa extraña que más se alega en la práctica judicial es la culpa de la víctima en accidentes de tránsito<sup>109</sup>, laborales, en derecho del consumidor, espectáculos deportivos<sup>110</sup>, etc.

Interesa destacar lo que sucede los accidentes del trabajo<sup>111</sup> en donde nunca será aceptable la excusa de que el trabajador consintió en asumir una tarea riesgosa, al menos en el curso ordinario de su actividad,<sup>112</sup> además existe un fuerte componente constitucional en cuanto a los deberes que se establecen para el empleador en lo referente al resguardo de la vida, salud e integridad física de los trabajadores, lo que ha ocasionado que la jurisprudencia se vaya perfilando por establecer una responsabilidad objetiva en donde son contados los casos en los cuales en los cuales la intervención de la víctima es considerada para efectos de una atenuación o exención de responsabilidad.<sup>113</sup>

En relación a los actos masivos de consumo en materia de responsabilidad la jurisprudencia norteamericana por productos defectuosos en lo que respecta a la interrupción del nexo causal por la culpa de la víctima se han distinguido tres tipos de situaciones: El uso inadecuado (*misuse*), la contribución culpable (*contributory negligence*) y la aceptación voluntaria de riesgos (*assumption of the risks*).<sup>114</sup>

La última fue la doctrina utilizada durante años por las tabacaleras, por lo que su aplicación a nuestro país se hace imprescindible para efectos de una adecuada comprensión de la eventual responsabilidad que puedan tener las tabacaleras en nuestro país respecto de los daños en los consumidores de dicho producto en el entendido de que la asunción de riesgos es una variante de la culpa de la víctima ya sea procediendo el efecto del art. 2330 del CC o generando una causal de exoneración total de responsabilidad.

---

<sup>109</sup> Baraona González J., “La causa del daño en la jurisprudencia reciente”, p.370.

<sup>110</sup> Salvador Coderch P., y Gómez Ligüerre C., “Toros y Capeas”, pp.1-2.

<sup>111</sup> Una referencia al derecho español véase a Gómez Pomar F. y Agrafajo Vázquez I., “Culpa de la víctima y derecho sancionador”, p.16 y sgts.

<sup>112</sup> Barros Bourie E., *Op.cit*, p.442.

<sup>113</sup> Baraona González J., “La culpa de la víctima en los accidentes del trabajo: dogmática y jurisprudencia chilenas”, en Jorge Baraona González, *La Responsabilidad por Accidentes del Trabajo*, Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes, 2005, Facultad de Derecho, pp.123-124 y 146.

<sup>114</sup> Corral Talciani H., “La relación de causalidad en la responsabilidad por productos defectuosos”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fundación Fernando Fueyo, N°2, julio 2004, pp83-84.

## CAPÍTULO III: EL CONSUMO DE TABACO Y SUS CONSECUENCIAS EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

### III.1. Aspectos generales: daños y perjuicios

Según el Banco Mundial y la Organización Mundial de la Salud<sup>115</sup> en la actualidad hay más de 1.250 millones de personas que consumen tabaco en todo el mundo y cerca de 4 millones de personas murieron en el año 2000 por causas directamente relacionadas por el consumo de tabaco.<sup>116</sup> Es así como resulta paradójico que un negocio autorizado por los estados mate a más de 5 millones de personas al año.

En Chile hasta el 2005, de acuerdo a cifras entregadas por el ministerio de salud, el 42,9% de la población adulta fumaba, por otro lado en la población escolar entre octavo y primero medio el porcentaje de jóvenes que fumaba variaba desde un 33% hasta un 40%.

Múltiples son las afecciones que derivan del consumo de tabaco, entre ellas podemos encontrar diversas clases de cáncer, bucal, lengua y otros, trastornos del pulmón, capacidad respiratoria y circulatoria, invalidez, cuidados y gastos médicos, pérdida de capacidad laboral.<sup>117</sup> A esto se añaden los efectos perniciosos que conlleva la exposición prenatal al tabaco, dentro de los cuales se pueden destacar bajo peso al nacer, depresión inmune, asma bronquial entre otras.<sup>118</sup>

Es así como desde el 10 de septiembre del 2005 con la publicación del Convenio Marco de la OMS para el Control del Tabaco se plasma en el preámbulo del decreto y en su normativa que *“la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo y la exposición al humo del tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad, y que las enfermedades relacionadas con el tabaco no aparecen inmediatamente desde que se empieza a fumar o a estar expuesto al humo de tabaco. Se reconoce además que los tabacos están diseñados con el fin de crear y mantener la dependencia y que la dependencia del tabaco figura como un trastorno aparte en las principales clasificaciones internacionales de enfermedades.”*<sup>119</sup>

---

<sup>115</sup> En adelante OMS.

<sup>116</sup> Ruiz García J.A., y Salvador Coderch P., “El pleito del tabaco en los EEUU y la responsabilidad civil I” en [www.indret.com](http://www.indret.com), Barcelona, julio 2002, consultada el 12 de Agosto 2007 a las 15.30 horas, p.1-2.

<sup>117</sup> López Díaz C., “Análisis de la responsabilidad civil extracontractual del estado y de las tabacaleras en la salud de los fumadores” en *Gaceta Jurídica*, n°308, 2006, p.70.

<sup>118</sup> Tchernitchin Andrei N., “Efectos de la exposición prenatal al tabaco” en *Cuadernos Médico Sociales*, volumen 45, n°3, 2005.

<sup>119</sup> Preámbulo del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco. Véase también art.4 n°1 y art.8, publicado el 10 de septiembre de 2005, en lo sucesivo CMCT.

La contribución directa realizada por la industria tabacalera en base al impuesto específico de aproximadamente un 70%<sup>120</sup> en ningún caso logra ser un paliativo efectivo para responder a los daños sociales que genera la industria, ya que contribución al fisco es superada por los gastos derivados de mortalidad, morbilidad, y hospitalizaciones.<sup>121</sup>

De lo expuesto inevitablemente surgen las siguientes interrogantes: ¿Quién debe soportar los gastos derivados de los daños que ocasiona el consumo de tabaco en un país determinado? ¿Debe soportarlos el propio perjudicado quien por su propia negligencia resulta dañado?, ¿Deben soportarlos las empresas tabacaleras que comercializan un determinado producto a sabiendas de las consecuencias nocivas que ocasionara dicho bien?, ¿Debe soportarlos el Estado por permitir y legitimar la realización de dicha actividad? O finalmente ¿Deben ser soportados por el consumidor y por la industria tabaquera?

La experiencia comparada puede servir de gran ayuda para efectos de una adecuada comprensión del asunto.

### **III.2. La experiencia en derecho comparado: El caso norteamericano y el caso español**

Para efectos de un análisis comparativo relativo a la responsabilidad de las empresas tabacaleras y el rol que juega la actividad del perjudicado se eligió a EE.UU.<sup>122</sup> por ser un país paradigma en lo referente a la concesión de cuantiosas indemnizaciones por daños derivados del consumo de tabaco. Por existir cierta similitud con nuestro sistema jurídico de derecho legislado se expondrá también el caso español en donde los tribunales de justicia han entrado a conocer demandas de particulares ya sea en forma individual o colectiva y de los gobiernos autónomos, lo que ha permitido conocer las tesis esgrimidas por las partes interesadas y las decisiones de los tribunales de justicia.<sup>123</sup>

#### **III.2.1.El caso norteamericano**

La litigación contra la industria del tabaco en los EE.UU. por los daños derivados del consumo de tabaco tiene medio siglo de historia. Dentro de este período es posible

---

<sup>120</sup> El impuesto aproximado da cuenta del impuesto específico que establece el art. 4 del decreto ley 828 que establece un impuesto del 50,4% sobre el precio de venta incluido impuesto por cada paquete, caja o envoltorio a lo que hay que agregar el impuesto al valor agregado.

<sup>121</sup> Sánchez Bustos S., Dr. “Tabaquismo y tabacaleras en Chile” en *Cuadernos Médicos Sociales*, volumen 45, n°3, 2005,p.172.

<sup>122</sup> Brito Chacano V., y Maureira Santis N., “De la Responsabilidad Civil de las Tabacaleras: ¿Contractual o Extracontractual? en Corral Talciani H. y Rodríguez S.M.(coord.) .), *Estudios de Derecho Civil, jornadas nacionales de derecho civil, Olmue*, editorial Lexis Nexis,2007, p. 503.

distinguir tres oleadas representando cada una de ellas la aplicación de estrategias y teorías legales diferentes,<sup>124</sup> siendo las dos primeras etapas exitosas para la industria tabacalera.

a) Primera oleada (1950-1965)

Las teorías que se esgrimieron en contra de las tabacaleras se basaron en el dolo, la responsabilidad por culpa y la asunción de riesgos. Todo surge post segunda guerra mundial en donde comenzaron a aparecer hipótesis de una eventual relación estadística entre enfermedades oncológicas y el consumo de tabaco. En esta etapa se presentaron cerca de 150 demandas particulares, sólo diez llegaron a juicio y todos los jurados dictaron veredictos favorables a la industria.

Las demandas basaron sus argumentos en la negligencia de la industria, fraude o engaño, vicios ocultos o teorías de garantía. La industria alego la imprevisibilidad de los daños, la falta de prueba de la relación de causalidad y la asunción voluntaria de los riesgos por parte de los fumadores y se rechazó toda posibilidad de transacción.<sup>125</sup>

El caso *Lartigue vs. R.J. Reynolds Tobacco Co.* refleja la naturaleza de esta etapa, la viuda de Frank J.Lartigue demandó por la muerte de su marido ocasionada por un cáncer de pulmón debido a que éste era fumador desde 1899. La actora alegó vicios ocultos (*Breach of Implied Warranty Against Redhibitory Vices*), negligencia (*Negligence*), fraude (*fraud for Misrepresentation*) y responsabilidad objetiva (*Strict Liability or Implied Warranty of Wholesomeness of Articles of Intimate Bodily*), los demandados alegaron negligencia contributiva (*Contributory Negligence*) y asunción de riesgos (*Asumption of risk*).<sup>126</sup> El Tribunal Federal de Distrito (*United Status DistricCourt for the Eastern District of Lousiana*) dictó veredicto a favor de las demandadas. La demandante apeló y el Tribunal Federal de Apelaciones para el quinto circuito en sentencia de 19 de abril de 1963, desestimó el recurso.

Esta oleada llegó a su fin en 1965, con la publicación, por el *American Law Institute* del *Restatement (Second) of Torts*<sup>127</sup> en donde se plantearon los requisitos necesarios para considerar un fabricante como responsable de los daños causados por un producto

---

<sup>124</sup> Ruiz García J.A., y Salvador Coderch P. “El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil II” en [www.Indret.com](http://www.Indret.com) , working paper,nº103, Barcelona, octubre 2002,consultado 15 de Agosto 2007, 17:30 Horas.p.3

<sup>125</sup> *Loc cit.*

<sup>126</sup> *Lartigue v.R..J.Reynolds Tobacco, 1963, United Status Court of Appeals Fifth Circuit.317 f.2d 19(5<sup>th</sup> Cir.1963). April19, 1963.*

<sup>127</sup> Ruiz García J.A., y Salvador Coderch P., “El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil II” en [www.Indret.com](http://www.Indret.com), working paper,nº103, Barcelona, octubre 2002,consultado 15 de Agosto 2007, 17:30 Horas, p.4.

defectuoso que son “*In a defective condition unreasonably dangerous to the user or consumer or to his property*”<sup>128</sup>

Los comentarios doctrinales al *Restatement (Second) of Torts* dirigidos por el profesor William Lloyd Prosser terminaron por acabar con la primera ola de litigación lo que se grafica de esta forma “*Good tobacco is not unreasonably dangerous merely because the effects of smoking may be harmful; but tobacco containing something like marijuana may be unreasonably dangerous*”<sup>129</sup>.

b) Segunda oleada (1983-1991)<sup>130</sup>

En esta fase se esgrimieron la responsabilidad objetiva y los riesgos del tabaco, ya que desde finales de los setenta hubo un crecimiento espectacular de la litigación por productos defectuosos en los EE.UU. Las condenas provocaron el cierre por quiebra de las empresas demandados.<sup>131</sup> A lo anterior se añade en lo que respecta al tabaco la publicación de un informe que impacto a la opinión pública mundial y la dictación de dos leyes.

El informe<sup>132</sup> de 1964 enviaba un claro mensaje a los norteamericanos ya que relacionaba el consumo de tabaco directamente con el cáncer. En relación a las leyes la primera<sup>133</sup> de 1965 obligaba a insertar en cada cajetilla una advertencia “*Caution: Cigarette Smoking May be Hazardous to Your Health*”. La segunda<sup>134</sup> ley de 1969 prohibió los anuncios de tabaco en radio y televisión.

En 1983 comenzó la segunda oleada en donde se recogieron las orientaciones recogidas en el *Restatement*, alegaron que la responsabilidad por producto defectuoso era objetiva donde lo importante era el riesgo connatural del producto y que no tenían porque preocuparse por la previsibilidad del daño.

---

<sup>128</sup> Traducción: “Es injustificadamente peligroso para el usuario o para los bienes del consumidor”.

<sup>129</sup> Traducción: “El buen tabaco no es irrazonablemente peligroso simplemente por los efectos del hábito de fumar, si el tabaco contiene algo mas como la marihuana puede ser injustificadamente peligroso”

<sup>130</sup> Ruiz García J.A., y Salvador Coderch P., *Op.cit.*, pp.5-6.

<sup>131</sup> En EEUU el derecho de daños a alcanzado un notable desarrollo y la noción de daños punitivos o “*punitive damages*” que permite a los jurados condenar al demandado a pagar una suma de dinero como sanción pasando a jugar un rol de prevención para que en el futuro no se cometan daños similares o mas graves influyo de forma decisiva en la quiebra de dichas empresas. En Tancredi Horacio A., “La responsabilidad por daños al consumidor en el derecho norteamericano”, ponencia n°40, del VII Congreso Internacional de Derecho de Daños Responsabilidades en el siglo XXI, en [www.aaba.org.ar](http://www.aaba.org.ar) consultada el 18 de agosto 2007, 9:00 a.m. Véase Ruiz García J. A., “ Otra vuelta de tuerca a los daños punitivos” en [www.indret.com](http://www.indret.com) , Barcelona, abril 2007, consultado 12 de diciembre de 2007, 11:30 horas.

<sup>132</sup> *Smoking and Health: Report of Advisory Committee to the Surgeon General of the Public Health Service 1964*. US Department of Health, Education and Welfare, 1964. Public Health Service Publication No.1103.

<sup>133</sup> *Federal Cigarette Labeling and Advertising Act*. Public Law No.89-92,79 Stat.282(1965), codificada en el 15 U.S.C 1331-1340(1994)

<sup>134</sup> *Public Health Cigarette Smoking Act*. Public Law No.91-222, 84 Stat.87(1969).

Otro de los factores relevantes en esta nueva etapa de litigación se basó en la culpa comparativa (*Comparative Negligence*), que aliviaba la objeción de la asunción voluntaria del riesgo que se fundaba en la culpa contributiva (*Contributory Negligence*) en donde el demandado tenía una objeción total frente al demandado.

La industria insistió en negar la relación de causalidad presentando informes que ponían en duda la relación del tabaco con el cáncer, sin embargo los actores lograron persuadir a los jurados de que el hábito de fumar era la causa del daño, no obstante se fracasó en convencerlos de que no habían asumido voluntariamente los riesgos. Se intentó superar este argumento defendiendo que la adicción a la nicotina les habría impedido tomar una decisión informada sobre si fumar o no, por lo cual la industria del tabaco debía ser considerada responsable en parte, en respuesta a la adicción las compañías demostraron que numerosos ex fumadores se habían deshabituado sin costes excesivos. Los jurados volvieron a dictar veredictos favorables para la industria, la única manera de obtener un veredicto favorable era superar la defensa de la asunción voluntaria de riesgos.

c) Tercera oleada (1994-Actualidad)<sup>135</sup>

Poco después de que en mayo de 1994, se hicieran públicos documentos internos de algunas compañías tabaqueras, los gobiernos de los Estados de la Unión decidieron a reclamar a la industria el reembolso de los gastos sanitarios que generaban enfermedades.

Esta etapa se caracteriza por: a) la presentación de documentos internos de algunas compañías que permitían superar los problemas de la prueba de la causalidad y de su interrupción por la asunción de riesgos, b) las acciones de clases (*class actions*), c) la intervención de los gobiernos de los Estados de la Unión que presentaron reclamaciones para el reembolso de los fondos estatales destinados a la salud y d) la transformación de la excepción de la asunción voluntaria de riesgos, afectada por instituciones mas precisas como el consentimiento informado(*Informed Consent*), la culpa comparativa(*Comparative Negligence*) o la ausencia o limitación de los deberes de cuidado(*No Duty of Care*).

Los documentos internos que llegaron a manos de los demandantes fueron conocidos como los *cigarette papers* que permitían fundar alegaciones por fraude y concierto doloso por parte de la industria tabaquera con miras a ocultar información referente a los efectos que generaba el consumo de tabaco y su relación con los riesgos en la salud de que

---

<sup>135</sup> Ruiz García J.A., y Salvador Coderch P. “El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil II” pp.9 a 29.

tenían conocimiento desde principio de los años 50.<sup>136</sup> Las demandas particulares vieron reforzadas sus pretensiones cuando veintidós Fiscales Generales (*State Attorney General*) entablaron pleitos en los que exigían el reembolso de los gastos médicos derivados de enfermedades relacionadas con el consumo de tabaco.

La publicación de los *cigarette papers* y el inicio de los litigios estatales provocaron que las primeras demandas individuales comenzaran a ser estimadas y que algunos jurados dictaran veredictos favorables a los demandantes. En el frente litigioso del derecho privado, aunque los jurados no se muestran convencidos de la bondad de los argumentos tradicionales de la industria, la mayor parte de las demandas no prosperan. Hoy en día constituyen el frente de mayor riesgo para la industria las alegaciones efectuadas por medio de las *Class Actions* y la litigación que involucra a agentes públicos.

Las acciones estatales buscaban el reembolso de los gastos médicos, ya que la Ley Federal de Ayudas Médicas y la Ley Federal de Seguridad Social los legitimaba para reclamar judicialmente a los terceros la restitución de todos los gastos médicos que los estados han tenido que pagar como consecuencia del comportamiento del causante del daño. Los supuestos de hecho eran: a) la naturaleza adictiva de la nicotina, b) que fumar causaba diferentes enfermedades. Los argumentos de derecho eran : a) el Estado no habría asumido el riesgo de fumar limitándose a pagar los tratamientos de enfermedades ocasionadas por el consumo y b) se podía demostrar mediante los *cigarette papers* que la industria conocía los riesgos asociados al consumo de tabaco ocultándolos, manipulando los niveles de nicotina para mantener la adicción de los fumadores.

En 1997 se produce un cambio radical en la política de la industria tabaquera y se inicia una política de acuerdos, el Estado de Mississippi fue el primero en acordar una transacción, posteriormente Florida, Texas y Minnesota.

Finalmente el 23 de noviembre de 1998 los 46 estados restantes firmaron un acuerdo transaccional conocido como *Master Settlement Agreement*, por un importe total de 206.000 millones de dólares a pagar en los 25 años siguientes. Como consecuencia del acuerdo, la industria obtuvo inmunidad frente a las demandas provenientes de los Estados, sin embargo no se establecía ninguna limitación a las posibles demandas a iniciar por particulares ya sea individual o colectivamente, ni se limitaban las posibles responsabilidades por daños punitivos.

---

<sup>136</sup> Según estos documentos internos la primera manifestación dentro de la industria tabaquera que sugiere una relación entre el hábito de fumar y el cáncer se habría realizado el 29 de julio de 1946.

Con respecto a las *Class Actions* el caso *Engle v. R. J. Reynolds Tobacco Co.* es representativo de esta línea de batalla. La demanda colectiva el 5 de mayo de 1994, se reclamaba todos los daños que la adicción al tabaco habría ocasionado a todos los ciudadanos de E.E.U.U.

Fue certificada como acción de clase en las dos instancias, sin embargo se limitó a los ciudadanos de Florida. El 14 de julio de 2000 el *Eleven Circuit Court Florida* concedió indemnizaciones por daños compensatorios, los punitivos alcanzaron casi los 145.000 millones de dólares. Esta decisión fue apelada y un fallo de la Corte Suprema de Florida en julio de 2006 anuló los 145 millones de dólares por daños punitivos y sólo confirmó los 6,8 millones de dólares compensatorios.<sup>137</sup>

Generalmente lo ha apelado por las empresas tabacaleras no es el establecimiento de responsabilidad en su contra respecto de los daños sufridos por los consumidores de tabaco, sino que apuntan a reducir o simplemente excluir los *punitive damages*, ya que estas sanciones influyen de manera significativa en la economía de la empresa condenada.<sup>138</sup>

#### d) La Transacción

Con la firma del *Master Settlement Agreement* o Acuerdo Marco por parte de los cuarenta y seis Estados de la Unión con fecha 23 de noviembre de 1998, la industria tabacalera paso a gozar de inmunidad frente a las demandas provenientes de los Estados.<sup>139</sup>

Respecto al acuerdo se ha señalado que éste en ningún caso ha generado una reducción de los riesgos propios que conlleva el consumo de tabaco, no se han implementado planes contra la adicción y se entiende que la transacción es más bien la compra de una licencia para continuar con el negocio en las mismas condiciones.<sup>140</sup>

Otro caso de asunción de riesgos reciente en Estados Unidos son las demandas en contra de cadenas de comida rápida, en donde la interrogante es ¿Quién debe responder por el sobrepeso?<sup>141</sup>

---

<sup>137</sup> Disponible en la World Wide Web: [www.bat.com](http://www.bat.com), consultado el 12 de diciembre de 2007 a las 15:30 horas.

<sup>138</sup> Para un análisis mas detallado véase Ruiz García J. A., “Otra vuelta de tuerca a los daños punitivos”.

<sup>139</sup> Salvador Coderch.P, Ruiz García J.A, Piñeiro Salguero J, Rubí Puig A., “Tres transacciones: la industria del tabaco, Microsoft y Mar Egeo” en [www.Indret.com](http://www.Indret.com), working paper n°115, Barcelona, Enero 2003, consultada el 15 de Agosto de 2007.

<sup>140</sup> Jensen, Brayce A., “From Tobacco to health care and beyond. Acritique of lawsuits targeting unpopular industries” en *Cornel Law Review*, vol. 86 (6) 2001, pp.1334 y ss. en Corral Talciani H., *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* Editorial Jurídica, año 2003, p.134.

<sup>141</sup> Véase Ruiz García J.A., “El pleito contra McDonalds en los EE.UU. ¿Quién debe responder por el sobrepeso? En [www.indret.com](http://www.indret.com), working paper n°144, Berkeley, abril de 2003, consultado el 15 de Agosto de 2007, pp.3 a 14.

### III.2.2.El caso español

Los sistemas de derecho legislado no han estado ajenos al problema que genera en el plano de la responsabilidad civil y de la economía el consumo de tabaco. No se discute que fumar sea un hábito voluntario, por eso para algunos resulta un contrasentido que los daños en el fumador puedan ser reclamados por ellos ya que se facilita a su instancia la mercancía que les resulta altamente nociva.<sup>142</sup>

Un sector doctrinal estima que los perjuicios o enfermedades ocasionadas por el consumo se deben a la culpa exclusiva del consumidor.<sup>143</sup> Así en el evento de reclamación judicial el demandante deberá probar la relación de causalidad entre el consumo de tabaco y el daño y que a él no le afecta culpa alguna en el consumo de tabaco. Por ende la conducta del perjudicado debe tenerse en cuenta en el nexo causal entre el acto y el daño, es así como el nexo causal inicial de la elaboración y expendió del tabaco queda totalmente interrumpido. En el plano judicial se han desestimado demandas por no haberse acreditado que la enfermedad del reclamante provenía del consumo de tabaco, es decir no se logró acreditar el vínculo de causalidad.

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de fecha 1 de diciembre de 2003 da cuenta de otros asuntos discutidos respecto al consumo de tabaco.<sup>144</sup> Se trata de la reclamación de la familia de un difunto que falleció de un adenocarcinoma de pulmón relacionado directamente con el hábito de fumar. La sentencia desestimó la reclamación en porque la actora intentó acreditar la existencia de una relación contractual que le permitía un plazo de prescripción más amplio, de 15 años, la entidad demandada alegó que la relación era extracontractual que cuenta con un plazo de prescripción de 1 año el que había transcurrido. La sentencia sostiene que no hay vínculo contractual, además los expendedores de tabaco son concesionarios del Estado lo que explicaría la desconexión de la demandada con la venta directa del tabaco, y se estimó la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada, sin perjuicio de entrar a conocer del fondo de asunto<sup>145</sup>.

En el derecho español también es posible distinguir distintas etapas o frentes de ataque en cuanto a la litigación respecto de la industria tabacaleras:

---

<sup>142</sup> Santos Briz J., *La responsabilidad civil temas actuales*, Editorial Montecorvo, S.A., 2002, p.525.

<sup>143</sup> Santos Briz J., *Op.cit.*, p.526.

<sup>144</sup> Vázquez López Enrique J., “Perjuicios derivados del Consumo de tabaco análisis de un supuesto de responsabilidad civil”, en *Cuadernos de Medicina Forense*, Sevilla, n°34, 2003[citado 29 Abril 2007]. Disponible en la World Wide Web: <[http://www.scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1135-76062003000400010&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062003000400010&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 1135-7606.

<sup>145</sup> Véase un análisis en profundidad en Ruiz García J.A., “ No se fuma por contrato”, working paper, n°200, Barcelona, enero de 2004, en [www.indret.com](http://www.indret.com), consultada el 12 de diciembre de 2007, 10:30 horas

A. Las demandas individuales<sup>146</sup>: Cabe destacar la tercera decisión absolutoria por tabaquismo emanada del tribunal de primera instancia(nº34) de Barcelona, con fecha 2 de marzo de 2001, argumentando que si bien hay estudios científicos relativos al consumo de tabaco que plantean la probabilidad de causar la muerte no aseguran certeza respecto de éste resultado. Por lo demás se señala que desde hace más de veinte años se advierte de los peligros del tabaco en las cajetillas y que desde la década de los sesenta los medios de comunicación señalan que fumar puede perjudicial para la salud.

B. Las acciones colectivas: Con motivo de la celebración del el 31 de mayo de 2001 día mundial sin tabaco, cerca de 4.300 enfermos de cáncer decidieron por primera vez en España presentar una serie de demandas de conciliación, éstas no prosperaron por lo que optó por demandar colectivamente a las tabaqueras por los daños y perjuicios sufridos, por poner a distribución productos nocivos y cancerígenos que generan adicción. Actualmente se orientan a establecer la responsabilidad del Estado por el monopolio que tuvo éste hasta 1998.

C. Reivindicaciones procedentes de gobiernos autónomos: Otro frente de litigios procede de los poderes públicos que pueden actuar en defensa de lo que la Constitución Española define como Estado Social de Derecho. La administración tendrá que probar, la nocividad del consumo y como éste afecta de manera significativa en el incremento de patologías lo que provoca grandes costos al sistema de público de salud.

Otra vía de ataque que se ha vislumbrado dice relación con lo que se conoce como la segunda ola de litigación desde el 2001 en adelante, los argumentos que se esgrimen son la falta de competencia por parte de los tribunales civiles para conocer estas demandas ya que el tabaco fue un monopolio estatal hasta el 1998, por lo que los fumadores que comenzaron a fumar con anterioridad a esa fecha deben demandar al estado español.<sup>147</sup>

El caso de Andalucía grafica claramente las reivindicaciones de los gobiernos autonómicos: El 18 de febrero de 2002 el Consejo de Gobierno aprueba la interposición de una demanda contra seis compañías tabaqueras, el 20 de marzo el juzgado de primera instancia nº68 de Madrid la admite a tramitación, en julio del mismo año la titular del juzgado dicta una auto en el que considera que el Estado debe tomar parte en el proceso al haber sido titular del monopolio hasta el 98.

---

<sup>146</sup> A. Khalaf Ayash, A. Viguri Perea A. Fabregat Agost “Tabaco, salud y justicia” [citado 29 Abril 2007] Disponible en la WorldWideWeb: [http://www.atenciontabaquismo.com/atenciontabaquismo/rev\\_prev\\_tab/pdf/vol\\_5\\_num2/articulo16.pdf](http://www.atenciontabaquismo.com/atenciontabaquismo/rev_prev_tab/pdf/vol_5_num2/articulo16.pdf).p.147.

<sup>147</sup> Ruiz García J.A., “No se fuma por contrato”, pp.2-3.

El 18 de mayo de 2003 la Audiencia de Madrid rechaza implicar al Estado en la demanda, más tarde el 5 de febrero de 2004 el titular del juzgado nº68 da un plazo de 15 días a la Junta para ampliar su demanda contra la administración del Estado o archivará definitivamente la causa. El 17 de febrero de 2004 el Consejo de Gobierno autoriza incluir a la Administración del Estado de esta forma el 11 de mayo de 2004 el titular del juzgado nº68 declara su falta de jurisdicción, resolución que fue recurrida por la Junta de Andalucía a la Audiencia Provincial de Madrid, la resolución se mantuvo ya que el 16 de enero de 2006 la Audiencia Provincial de Madrid devuelve a la jurisdicción contencioso administrativa la demanda contra las tabacaleras agotándose la vía civil.

Con fecha 7 de abril de 2006 la Junta inicia un proceso de reclamación por la vía contencioso- administrativo, así el 4 de julio presenta el requerimiento ante la Audiencia nacional al Ministerio de Economía y Hacienda. Con fecha 20 de septiembre de 2007 la Junta de Andalucía formula demanda a la Audiencia Nacional en la que incluye al Estado.<sup>148</sup>

Resulta interesante constatar como en el caso norteamericano y español, hubo una evolución en lo concerniente a las funciones que se le atribuyen al derecho de la responsabilidad civil pasando a ser éste una suerte de derecho de la sanidad pública.

Finalmente el problema se reduce a cuestiones culturales, económicas y políticas que dicen relación con determinar quien o quienes deben soportar los daños asociados al consumo de un producto de tráfico legal y que compran y consumen millones de personas voluntariamente.<sup>149</sup>

---

<sup>148</sup> Disponible en la World Wide Web: [www.elpais.com](http://www.elpais.com), consultada el 22 de noviembre de 2007 a las 17:30 horas.

<sup>149</sup> Ruiz García J.A., y Salvador Coderch P. "El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil II" en [www.Indret.com](http://www.Indret.com), working paper,nº103, Barcelona, octubre 2002,consultado 15 de Agosto 2007, 17:30 Horas, pp.27.

## **CAPÍTULO IV: LA RESPONSABILIDAD DE LAS TABACALERAS Y LA INCIDENCIA DEL CONSUMO DE TABACO EN LA DETERMINACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

### **IV.1. Marco legal aplicable en Chile a la industria tabacalera**

En virtud del principio de juricidad,<sup>150</sup> entendemos, en principio, que la actividad realizada por la industria del tabaco es formalmente coherente con la Constitución Política de la República ya que la fabricación y comercialización de cigarrillos es una actividad permitida legalmente cuya regulación está dada por el Decreto Ley N°828 del 31 de diciembre de 1974 relativo al cultivo, comercio e impuesto al tabaco.

La primera manifestación legal referente a advertir eventuales perjuicios derivados del consumo de tabaco se hace patente el 19 de mayo de 1981 con la publicación del Decreto Supremo N°106, el que dispuso que para efectos de los artículos 90 y 91 del Código Sanitario, se declara que el tabaco es una “*sustancia tóxica, irritante, capaz de producir perturbaciones a la salud de las personas que lo inhalan en combustión*”. Por este motivo se disponen impresos especiales en los que se advierte que el tabaco es dañino para la salud. En junio de 1986 con la entrada en vigor del Decreto Supremo se reemplaza la advertencia por una más concreta que señalaba que “*El tabaco puede producir cáncer.*”

La ley 19419 publicada el 9 de Octubre de 1995, marca el inicio de una regulación más restrictiva de la actividad, lo que se refleja en el art. 4 al disponer que “*(...)todo envase de los productos señalados en el artículo 1°(...) y toda acción publicitaria de los mismos, cualquiera sea la forma o el medio en que se realice, deberá contener una clara y precisa advertencia acerca de los riesgos específicos que, para la salud implica el consumo de tabaco o de productos manufacturados con él, en los términos señalados en el decreto supremo expedido por intermedio del Ministerio de Salud(...)*.” El legislador pretende poner en conocimiento de los consumidores los riesgos asociados al consumo, sin embargo, en consideración el avance científico del período en el que se dictó la ley,<sup>151</sup> resulta reprochable que se advirtieran riesgos y no daños concretos en la salud de los fumadores.

La ley en cuestión no contemplaba disposición alguna, relativa a la eventual responsabilidad civil del sujeto que fabrica y comercializa tabaco por los daños que genera

---

<sup>150</sup> Artículo 6 de la Constitución Política de la República de Chile en lo sucesivo CPR.

<sup>151</sup> En 1994 se dieron a conocer los *Cigarette Papers*, según estos documentos internos la primera manifestación dentro de la industria tabaquera que sugiere una relación entre el hábito de fumar y el cáncer se habría realizado el 29 de julio de 1946.

su actividad, lo único que se observa son sanciones pecuniarias a beneficio del Servicio de Salud <sup>152</sup>en caso de incumplimiento del deber de información.

En el plano internacional la Organización Mundial de Salud se adoptó en Ginebra el 21 de mayo de 2003, el Convenio Marco para el Control del Tabaco, el que fue suscrito por Chile el 25 de septiembre de mismo año. El preámbulo de dicho instrumento declara expresamente que “(...) *la ciencia ha demostrado inequívocamente que el consumo de tabaco y la exposición al humo de tabaco son causas de mortalidad, morbilidad y discapacidad, y que las enfermedades relacionadas con el tabaco no aparecen inmediatamente después de que se empieza a fumar o a estar expuesto al humo de tabaco*” (...) “*reconociendo además que los cigarrillos y algunos otros productos que contienen tabaco están diseñados de manera muy sofisticada con el fin de crear y mantener la dependencia*”.<sup>153</sup>

Con el fin de dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas con la suscripción de éste convenio se dictó con fecha 16 de mayo de 2006 la ley N° 20105 que modifica a la ley 19419, en materias relativas a la publicidad y el consumo de tabaco. Se destaca el art. 6 que sustituye lo prescrito en el art. 4 de la ley 19419 al prescribir que “*Todo envase de los productos hechos con tabaco (...), y toda acción publicitaria de los mismos (...) deberá contener una clara y precisa advertencia de los daños, enfermedades o efectos que para la salud de las personas, implica su consumo o exposición al humo del tabaco.*”

Positiva es la evolución experimentada en la legislación en cuanto al contenido, ya que la regulación anterior a la ley 20105 y al Convenio Marco sólo daba cuenta de un eventual riesgo o peligro a la integridad física del fumador que podía o no acaecer. Con la entrada en vigor de la nueva ley, hoy existe la absoluta certeza respecto a los efectos nocivos que genera en la salud el consumo y la exposición al humo del tabaco.

La nueva ley al igual que la anterior no contempla una norma referente a la responsabilidad derivada de los daños ocasionados en la salud de los consumidores, por lo que se intentará, en el caso de estimar que cabe en nuestro sistema jurídico responsabilidad a las tabacaleras, determinar el estatuto de responsabilidad a aplicar.

---

<sup>152</sup> Artículos 8,9 y 10 de la Ley 19419 publicada en el diario oficial el 9 de septiembre de 1995.

<sup>153</sup> Preámbulo del Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud, publicado el 10 de septiembre de 2005.

## **IV.2. La conducta de las tabacaleras: legitimidad y coherencia con la Constitución Política de la República desde el punto de vista material**

La doctrina nacional al analizar la eventual responsabilidad de las tabacaleras, coincide en que la actividad que desarrollan éstas -la fabricación y comercialización- se encuentra legitimada,<sup>154</sup> lo que hace desaparecer la antijuridicidad del ilícito civil que derive de los daños sufridos por el consumidor.<sup>155</sup>

Ahora bien, que la conducta de la industria se encuentre legitimada, ¿Excluye la responsabilidad de las empresas tabacaleras por los daños ocasionados en los consumidores o personas expuestas al humo de tabaco? O ¿Es posible configurar un juicio de reproche a la industria por la responsabilidad que le quepa en relación a los daños? Para responder a éstas interrogantes es menester determinar si existe o no culpa en la conducta realizada por las tabacaleras, entendiendo la culpa como la infracción a un deber de cuidado.

La culpa se entiende de forma simple, como cualquier conducta negligente contraria a derecho que conlleva la obligación de indemnizar.<sup>156</sup> Así como se estima que una acción es culpable si infringe un deber de cuidado que se establecerá hipotéticamente sobre la base de una estimación de la conducta que habría tenido en esas circunstancias una persona razonable y diligente. La configuración de estos deberes es una tarea que le corresponde al legislador en principio y también al juez el que deberá atender a estándares socialmente reconocidos poniendo al descubierto el deber de cuidado.<sup>157</sup>

La regulación de la industria tabacalera no establece ninguna disposición referente al deber de reparar los daños ocasionados en los consumidores,<sup>158</sup> por este motivo el poner al descubierto el deber de cuidado que se infringe al generar perjuicio en los consumidores le corresponde al juez. Lo que interesa es determinar cuál es la argumentación que permita fundar el deber de cuidado de las tabacaleras y la correspondiente infracción de éste.

---

<sup>154</sup> Rodríguez Grez P., “*Responsabilidad Extracontractual*”, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p.433, López Díaz C., “Análisis de la responsabilidad civil extracontractual del estado y de las tabacaleras en la salud de los fumadores” en *Gaceta Jurídica*, n°308, 2006, p.73, Brito Chacano V. y Maureira Santis N., “De la responsabilidad de las tabacaleras: ¿Contractual o extracontractual?” en Corral Talciani H., y Rodríguez Sara M., (coord.) *Estudios de derecho civil, Jornadas nacionales de derecho civil, Olmue*, editorial jurídica Lexis Nexis, 2006, pp.503-504.

<sup>155</sup> Rodríguez Grez P., *Opcit.* p.433.

<sup>156</sup> Barros Bourie E., *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2006, p.94.

<sup>157</sup> Barros Bourie E., *Opcit.* p.96.

<sup>158</sup> En la ley 19419 art.4 y la ley 20105 art.6 tan sólo se contempla y se ha contemplado un deber relativo a la prevención de los riesgos (ley 19419) y hoy en día daños que ocasiona el consumo como la exposición al humo del tabaco.

Es necesario tener presente que todo deber de cuidado debe someterse al principio de juridicidad<sup>159</sup> consagrado en la CPR. En este orden de ideas, atendiendo al contenido material de la CPR, es plausible aseverar que los perjuicios ocasionados en la salud de los consumidores son consecuencia del consumo de un producto sustancialmente peligroso para la integridad física de quien fuma o se encuentra expuesto al humo de tabaco, de esta forma, no limitándonos a la afirmación de que la actividad se encuentra permitida legalmente y teniendo en consideración que el examen de esta materia no debe en ningún caso reducirse a una cuestión puramente legal, es posible fundar la existencia de una contravención concreta a la Carta Fundamental que se traduce en una infracción al deber de cuidado consistente en no causar daño a terceros, cuyo fundamento último se encuentra en el art. 19 N° 1<sup>160</sup> en concomitancia con el art.6 ambas de la CPR.

El argumento constitucional esgrimido es insuficiente por no tomar en cuenta la incidencia que tiene la conducta del perjudicado en la responsabilidad y es peligroso por las consecuencias que ha generado por ejemplo en accidentes laborales,<sup>161</sup> en donde el fuerte componente constitucional ocasiona en la jurisprudencia una tendencia hacia la objetivación de la responsabilidad.

Sin dejar de lado la argumentación constitucional, es necesario complementarla con una argumentación legal que de cuenta del marco jurídico de la actividad. Hasta el 16 del mayo de 2006 con la publicación de la ley 20105, el único deber que recaía sobre la industria tabacalera consistía en prevenir la existencia de eventuales riesgos asociados al consumo o a la exposición al humo de tabaco, en el fondo se le comunicaba al consumidor que existía la probabilidad de sufrir algún perjuicio<sup>162</sup>. Desde el 16 de mayo de 2006, el deber de advertir riesgos cambió al de advertir daños concretos y ciertos.

Así las cosas es posible diferenciar claramente dos etapas desde el punto de vista legal; la primera se caracteriza por advertir tan sólo riesgos, es decir mantiene latente la posibilidad de que el daño no acaezca, por ende el consumidor aunque se representa la posibilidad de un eventual perjuicio, no lo quiere; la segunda etapa se inicia con la entrada en vigor de la ley 20105, aquí lo que se advierte son daños concretos que se vinculan directamente al hábito de fumar, esto se refleja con cajetillas que señalan expresamente que *“El cigarrillo te está matando”*.

---

<sup>159</sup> Art.6 Constitución Política de la Republica *“Los órganos del estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la Republica.”*

<sup>160</sup> Art.19N°1 Constitución Política de la Republica *La Constitución asegura a todas las personas: n°2 “El derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona”*

<sup>161</sup> Baraona González J., *“La culpa de la víctima en los accidentes del trabajo: dogmática y jurisprudencia chilenas”*, en Jorge Baraona González, *La Responsabilidad por Accidentes del Trabajo*, Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes, 2005, Facultad de Derecho, pp.123-124 y 146.

<sup>162</sup> López Díaz C., *“Análisis de la responsabilidad civil extracontractual del estado y de las tabacaleras en la salud de los fumadores”* en *Gaceta Jurídica*, n°308, 2006, p.74.

El distingo anterior es gravitante, ya que nos permite afirmar con certeza que en el período anterior a la entrada en vigor de la ley 20105, los daños y perjuicios sufridos por los consumidores son constitutivos de un ilícito civil, ya que la advertencia de riesgos, obligación legal impuesta a la industria no excluye la antijuricidad de la conducta de las tabacaleras consistente en la comercialización de un producto nocivo.

De esta forma la conducta de las tabacaleras es ilícita, ya que no se excluye la antijuricidad de la conducta por la asunción de riesgos del fumador, porque éste asume un riesgo que a él se le representa como improbable, riesgo que en ningún caso es querido por quien consume tabaco, de ahí la importancia que reviste diferenciar nítidamente la asunción de riesgos del asentimiento al daño.

El realizar una actividad riesgosa en conocimiento de esta situación en ningún caso permite interpretar un consentimiento anticipado a los daños que pueden acaecer, esto adquiere más fuerza en aquellas situaciones en que están en juego la salud y la vida de una persona, ya que jamás debe interpretarse un consentimiento anticipado a daños por la indisponibilidad del bien tutelado.<sup>163</sup>

Finalmente es posible fundar la ilicitud de la conducta de las tabacaleras en el incumplimiento de la obligación de informar el carácter adictivo de la nicotina que coloca a la víctima en la imposibilidad de evitar un consumo permanente del cual deriva un daño.<sup>164</sup> Por estas consideraciones de orden constitucional, legal y doctrinal sostenemos que se configura el deber de cuidado de no causar daños a terceros él que es infringido claramente por la industria

En cuanto a la posible responsabilidad que le pueda caber al Estado por permitir una actividad altamente nociva y peligrosa para la sociedad, es una materia que resulta interesante, no obstante no es el objeto de ésta investigación.<sup>165</sup>

### **IV.3. La conducta del perjudicado: el consumo ¿hecho o acto jurídico?**

Determinar la naturaleza jurídica de la conducta del perjudicado es un factor de suma importancia a la hora de establecer el estatuto de responsabilidad a aplicar, asunto

---

<sup>163</sup> Mosset Iturraspe J., “Las causas de justificación” en Kemelmajer de Carlucci A., (coord.)II *Responsabilidad Civil*, Editorial Hammurabi, reimpresión, 1997, Buenos Aires, pp.87-88.

<sup>164</sup> Brito Chacano V., y Maureira Santis Ninaska “De la Responsabilidad Civil de las Tabacaleras: ¿Contractual o Extracontractual? en Corral Talciani H., y Rodríguez Sara M., (coord.)*Estudios de derecho civil, Jornadas nacionales de derecho civil, Olmue*, editorial jurídica Lexis Nexis, 2006, p.510.

<sup>165</sup> Para un análisis del tema véase a López Díaz C., *OpCit*.pp.77-78.

que no es menor dadas las distintas consecuencias que derivan de la aplicación de cada uno de los sistemas de responsabilidad.

En términos generales las opciones que se presentan son; el estatuto de la responsabilidad contractual o la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual. Finalmente se podría fundar responsabilidad en disposiciones de la Ley de Protección al Consumidor.<sup>166</sup>

Determinar si se trata de un caso de responsabilidad contractual o extracontractual, es una decisión que deberá tener presente la distinción de dos situaciones claramente identificables: por un lado la compra de cigarrillos y por otro lado el consumo material, concretamente fumar.

Para efectos de entender las consecuencias que derivan de la diferenciación antedicha, la teoría del negocio jurídico se torna indispensable, ésta distingue entre hechos materiales y jurídicos, el distingo radica en la circunstancia de producir o no un efecto jurídico, cuando el hecho jurídico es voluntario y se pretende obtener un efecto jurídico el hecho pasa a denominarse negocio jurídico, por el contrario si el actuar humano no pretende un efecto jurídico y éste se produce se habla de un simple hecho jurídico.<sup>167</sup> Los negocios jurídicos se identifican con manifestaciones de voluntad destinadas a producir efectos jurídicos como los contratos, convenciones, actos jurídicos unilaterales y por su parte los hechos jurídicos se identifican con los delitos y los cuasidelitos.

La compra de cigarrillos es negocio jurídico típico, un contrato de compraventa de un bien mueble consumible, de carácter consensual que se perfecciona<sup>168</sup> cuando las partes han convenido en cosa y precio (art.1801 CC inciso 1°). El cumplimiento de las obligaciones que derivan del contrato, en el caso del vendedor la entrega o tradición y saneamiento de la cosa vendida (art.1824) y en el caso del comprador la paga del precio (art.1871), no da origen a un supuesto de responsabilidad contractual, ya que no se incumplen las obligaciones derivadas del contrato en cuestión.<sup>169</sup>

Descartada la responsabilidad contractual, se presenta la alternativa de fundar responsabilidad es disposiciones contenidas en la LPC, considerando que el art.1 inciso 1°

---

<sup>166</sup> En adelante LPC.

<sup>167</sup> Domínguez Águila R., *Teoría General del Negocio Jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, 1977, p.12.

<sup>168</sup> Díez Duarte Raúl., *La Compraventa en el Código Civil Chileno*, Editorial jurídica Conosur, 1993, nueva edición actualizada, p.79.

<sup>169</sup> Para una análisis más completo véase DDU “La naturaleza de la responsabilidad del fabricante en relación al consumidor-fumador” en [www.elderechodigital.com.ar/ifallos/repo0076html](http://www.elderechodigital.com.ar/ifallos/repo0076html), consultada el 2 de septiembre a las 22:00 horas.

de la LPC dispone que su objeto es regular las relaciones entre *proveedores*<sup>170</sup> y *consumidores*,<sup>171</sup> en base al n°2 de la disposición antedicha las empresas tabacaleras son plenamente calificables como proveedoras y quienes consumen tabaco son en términos del n°1 del art.1 destinatarios finales de bienes o servicios, por ende el negocio jurídico de compra y venta de cigarrillos se enmarcaría dentro del objeto de regulación de la LPC.

El proveedor debe brindar protección a los consumidores,<sup>172</sup> en este contexto destaca el art.3 LPC que consagra derechos y deberes básicos de los consumidores: “*b) el derecho a una información veraz y oportuna*”(…) “*d) la seguridad en el consumo de bienes o servicios, la protección de la salud y el medio ambiente y el deber de evitar los riesgos que puedan afectarles*”(…) y “*e) el derecho a la reparación e indemnización adecuada y oportuna de todos los daños materiales y morales en caso de incumplimiento de cualquiera de las obligaciones contraídas por el proveedor*(…)”. Además debe garantizar la seguridad en el consumo consagrada en el art.44 LPC que se aplican sólo en lo no previsto por disposiciones especiales. Tanto en la LPC art.45 inciso final y en el art.6 de ley 20105 el incumplimiento de advertencias relativas a daños o riesgos se sanciona con multas.

Según el art.47 inciso 2° de la LPC, las tabacaleras en principio se encuentran eximidas de responsabilidad ya que han dado cumplimiento al mandato legal consistente en la advertencia de los riesgos y daños asociados al consumo, por ende no se generan las responsabilidades a que hace alusión el art.49 de la LPC.

El cumplimiento del deber de informar, no es impedimento para formular un juicio de responsabilidad civil por los daños causados por el consumo de un producto peligroso como el tabaco, ya que el deber de informar al no excluir la ilicitud del daño mantiene de forma latente que la conducta de las tabacaleras infringe un deber de cuidado, configurándose un elemento de la responsabilidad.<sup>173</sup>

Descartando fundar la reparación de daños, ocasionados por el consumo de tabaco, en base a disposiciones de la LPC, es menester afirmar que el resarcimiento de los perjuicios deberá regirse por el régimen supletorio de responsabilidad consagrado en los art.2314 y siguientes del CC, ya que el consumo de cigarrillos de acuerdo a la teoría del negocio jurídico es un hecho jurídico cuyos efectos jurídicos son los daños en la salud e

---

<sup>170</sup> Son proveedores en los términos del art.1 inciso 2° n°2 “*Las personas naturales y jurídicas, de carácter público o privado, que habitualmente desarrollen actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios a consumidores, por los que se cobre precio o tarifa*”.

<sup>171</sup> Son consumidores en los términos del art. 1 inciso 2° n°1 “*las personas naturales o jurídicas que, en virtud de cualquier acto jurídico oneroso, adquieren, utilizan o disfrutan, como destinatarios finales bienes y servicios.*”

<sup>172</sup> Sandoval López R., *Derecho del Consumidor*, Editorial Jurídica de Chile, 2004, p.59.

<sup>173</sup> Barros Bourie E., *Ibidem*. p.758.

integridad física de quienes consumen, perjuicios que se generan con independencia de la voluntad del consumidor, por este motivo el consumo podría encuadrarse en la nomenclatura legal de los delitos y cuasidelitos civiles que generan la obligación de reparación del daño.

El delimitar las responsabilidades y dilucidar hasta qué punto estas dos condiciones del daño pueden ser consideradas causas jurídicas del perjuicio en cuestión, será materia del próximo apartado.

#### **IV.4. La culpa de la víctima y la culpa de las tabacaleras: consecuencias jurídicas de la concurrencia de culpas**

Desde un enfoque causal, es posible distinguir en abstracto dos condiciones que inciden en la generación del perjuicio: la conducta de las tabacaleras consistente en fabricar y comercializar un producto altamente peligroso advirtiendo hasta el 16 de mayo de 2006 la existencia de eventuales riesgos y no informando acerca de los daños que conlleva el hábito de fumar y la adicción que genera por los altos niveles de nicotina<sup>174</sup>, y la conducta del perjudicado, el consumidor, consistente en fumar que constituye el hecho jurídico al generarle un perjuicio.

La determinación de las dos condiciones que influyen en la producción de los perjuicios se hizo utilizando la supresión mental hipotética.<sup>175</sup> Si suprimimos mentalmente la comercialización del tabaco en las condiciones anteriores a la entrada en vigor de la ley 20105, es decir, sigue habiendo comercialización pero se informa que el consumo de tabaco genera daños, el resultado no se produciría, ya la existencia de la posibilidad de exponer una clara advertencia respecto de los reales daños que genera y del carácter adictivo de la nicotina, habría hipotéticamente evitado el perjuicio.

Además teniendo en consideración el curso normal de lo que corrientemente acontece, los daños son efectos de un consumo de tabaco desinformado objetivamente al no existir advertencias concretas relativas a daños concretos y al carácter adictivo de los cigarrillos por la nicotina. Por ende consideramos que la comercialización en los términos efectuados antes de la vigencia de la ley 20105 es causa jurídicamente relevante de los daños en la salud e integridad física.

---

<sup>174</sup> López Díaz C., “Análisis de la responsabilidad civil extracontractual del estado y de las tabacaleras en la salud de los fumadores” en *Gaceta Jurídica*, n°308, 2006, pp74-75.

<sup>175</sup> Goldenberg I., *La relación de causalidad en la responsabilidad Civil*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1983, p.69.

El consumo como hecho generador de consecuencias jurídicas, igualmente es causa jurídica del daño ya que si se suprime mentalmente el consumo de cigarrillos en las condiciones anteriores a la entrada en vigor de la mentada ley, es decir si se hubiese advertido de forma certera que el consumo trae aparejados daño ciertos, es altamente probable que el perjuicio no se hubiera generado. Entonces existen dos condiciones a las cuales podemos imputarle el rol de causas jurídicas por los daños sufridos por los consumidores.

Creemos que la fabricación, distribución y comercialización, desde un punto de vista cronológico, puede ser considerada contraria a derecho hasta la vigencia de la ley 20105, porque teniendo conocimiento de carácter dañino y adictivo del tabaco este no fue advertido, además consideramos que la ilicitud del daño se mantiene en atención a que nuestra CPR obliga a todas las personas a respetar el derecho a la vida e integridad física de las personas y porque si bien es cierto se cumplió con el mandato legal de informar, éste no es óbice para obtener una reparación cuando se genera un perjuicio.

En relación a la conducta del consumidor nos centraremos en los fumadores mayores de edad que para el derecho son plenamente responsables. Ahora para efectos de entender si la conducta del fumador es o no negligente, es imprescindible distinguir entre quienes comenzaron a consumir cigarrillos y quienes empezaron a sufrir dolencias asociadas al consumo de tabaco con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 20105 y aquellos que comenzaron a consumir cigarrillos con posterioridad a la entrada en vigor del cuerpo normativo aludido.

El criterio a utilizar es un parámetro exclusivamente legal y dice relación con la advertencia relativa a eventuales riesgos y la actual advertencia referente a daños concretos derivados del hábito de fumar.

La actual legislación expresa una clara advertencia de daños reales y ciertos, ya no se trata de la probabilidad de sufrir algún perjuicio por consumir tabaco, estamos en presencia de una advertencia de tal entidad que no se puede menos que presumir que la conducta de consumir tabaco hoy es equiparable a la actitud de quien quiere una daño para sí. Esto se ve reforzado por lo establecido en el art.3 de la LPC letra b) que consagra el deber de los consumidores de informarse responsablemente respecto de los productos que consume.

Por lo demás es contrario a los principios de derecho privado intentar obtener una reparación, ya que la conducta del fumador es constitutiva de una culpa grave que la ley

hace asimilable al dolo -art.44CC-. La conducta del perjudicado bajo este postulado es constitutiva de una negligencia tan grave que no se puede menos que interpretar hoy en día que quien fuma quiere los daños asociados a ese hábito. Entonces sea hace imposible obtener una reparación del daño porque la imprudencia de la conducta del perjudicado es asimilable al dolo, de esta forma en conformidad al art.1683 del CC, que es de aplicación general, nadie puede aprovecharse de su propio dolo.

Asimismo, parece razonable en este estadio aplicar la tesis de la asunción calificada de los riesgos propuesta por alguna doctrina<sup>176</sup> ya que se excluye la antijuricidad del daño generado por la conducta del demandado al estar la actividad legitimada y cumplir con la obligación de informar las consecuencias nocivas que se derivan del consumo de tabaco.

Para determinar si en la conducta del consumidor, antes de la entrada en vigor de la ley 20105, existe o no negligencia es necesario recurrir a lo que se conoce doctrinalmente como “asunción de riesgos.”En principio, el sujeto que inicia el curso causal que derivará en el daño son las tabacaleras, mediante la comercialización de productos riesgosos bajo el amparo de la ley 19419, que sin embargo eran dañosos y generan adicción.

Es así como configurado el carácter culposo de la conducta se podría pensar que por el hecho de generar adicción en los consumidores se excluiría la imprudencia del perjudicado ya que al ser adictos por el efecto de la nicotina no podían representarse debidamente la magnitud del daño al cual se exponían,<sup>177</sup> por ende habiendo negligencia en la conducta del consumidor, se entiende que esta es consecuencia de la culpa inicial de las tabacaleras por no entregar la debida información respecto de los daños y la generación de una adicción, en este contexto las tabacaleras deberían responder íntegramente por los daños causados.<sup>178</sup>

Sin embargo rechazamos esta conclusión porque no tiene fundamento legal, ya que el marco jurídico existente tan sólo obligaba a advertir riesgos, por tanto la obligación legal se cumplía, subsistiendo sin embargo la culpa en la conducta de las tabacaleras cuando existan daños.

Desde un punto de vista cronológico, es plausible aseverar que con anterioridad a la compra y al consumo de cigarrillos existe un grado de negligencia por parte del fumador, ya que a él se le representa la posibilidad de sufrir eventuales daños, posibilidad que un

---

<sup>176</sup> Rodríguez Grez P., *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 1999, p.427.

<sup>177</sup> López Díaz C., “Análisis de la responsabilidad civil extracontractual del estado y de las tabacaleras en la salud de los fumadores” en *Gaceta Jurídica*, n°308, 2006, p.76.

<sup>178</sup> Rodríguez Grez P., *Opcit*, p.422.

consumidor medianamente diligente tomaría en consideración. Esta representación del acaecimiento de probables perjuicios es absolutamente ignorada por el consumidor, quien actúa de forma negligente, sin embargo su imprudencia en ningún caso se equipara al dolo ya que él no quiere el perjuicio, tan sólo ignora la posibilidad de sufrir un daño, lo que constituye una falta de diligencia que en todo caso es anterior a la adicción generada por el consumo, por tanto se trata de una culpa o negligencia independiente, es decir no es consecuencia de la adicción a la nicotina ya que en tal supuesto estaríamos en presencia de una sola conducta culposa.

Ambas negligencias son de igual entidad, con respecto a la obligación de entregar información por parte de la industria, hasta la entrada en vigor de la ley 20105 si bien era insuficiente al no cumplir con la máxima diligencia debida atendido a que la finalidad última de la actividad es evitar daños en la integridad física de sus consumidores, cumple con la obligación, sin embargo la intención de advertir riesgos estaba presente por tanto no se trata de una imprudencia equiparable al dolo, pero subsiste una conducta culposa.

Con respecto a la conducta del perjudicado en el caso de daños derivados del consumo de tabaco, adquiere relevancia gravitante la diferenciación entre lo que se conoce como asunción de riesgos y la situación de quien quiere un daño para sí. De el hecho cierto de existir advertencias respecto a los riesgos asociados al consumo no se puede interpretar o presumir que el consumidor asienta en los daños, es decir que los quiera para sí, más aún cuando el objeto del consentimiento a los perjuicios son la salud e integridad física del consumidor, esto por la naturaleza indisponible que revisten bienes jurídicos en cuestión.

De lo anteriormente expuesto se desprende que las dos conductas negligentes que se configuran operan de forma independiente en la generación del daño y que el punto que tiene en común viene dado por el hecho de que si bien ambas son imprudentes en ningún caso podría interpretarse o presumirse que se trata de conducta dolosa de ambas partes, el consumidor y las tabacaleras.

Por este motivo concluimos que estamos en presencia de un caso de concurrencia de culpas que operan de forma independiente pero no excluyente, por lo que si se llegase a presentar un litigio en esta materia es menester y es obligatorio para el juez aplicar el efecto establecido en el art. 2330 del CC con la correspondiente reducción en la indemnización en consideración a la exposición imprudente al daño que ha realizado la víctima, teniendo en consideración la incidencia causal de las conductas y el grado de culpas de las mismas, esto por basarse nuestro sistema de responsabilidad civil en la noción de culpa.

## CONCLUSIONES

1. La relación de causalidad presenta problemas complejos en casos más bien excepcionales que la doctrina denomina interferencias o interrupciones del nexo causal, que se reducen en el derecho continental al caso fortuito, el hecho de tercero y el hecho o culpa de la víctima, ésta categoría da cabida al supuesto de responsabilidad derivado del consumo de tabaco, que estimamos es una asunción de riesgos.
2. Tanto en el sistema de derecho continental como en el Common Law la noción naturalística o de hecho de la causalidad ha sido abandonada ya que se muestra insuficiente para poder dar una adecuada solución a los problemas complejos que presenta.
3. Un avance en esta materia viene dado por la distinción entre los aspectos de hecho de la causalidad y los aspectos de derecho, los primeros permiten obtener una visión general de todas las condiciones que influyen en la generación del perjuicio y los segundos permiten elegir dentro de esas condiciones cuales se pueden considerar causas jurídicas del daño. La tesis de la causalidad adecuada da cuenta de ambos aspectos, y aporta criterios objetivos para imputar responsabilidad.
4. La culpa de la víctima es una categoría doctrinal, que ha evolucionado tanto en el Common Law como en el sistema continental, al abandonarse la regla del todo o nada. Hoy día la consideración de la culpa de la víctima ya sea para imputar responsabilidad o para exonerar de aquella es primordial, el problema es que aún no existe claridad respecto a cuales son los criterios a utilizar para ponderar la intervención de la víctima, inclusive su tratamiento en sede de causalidad es discutido.
5. Una correcta aplicación del art.2330 del CC exige tener presente la incidencia causal de cada conducta en la generación del daño y se deben valorar las conductas negligentes que concurren a la generación del perjuicio, lo anterior porque nuestro sistema de responsabilidad se basa en la noción de culpa y porque el tenor literal del art. 2330 impide abstraerse de la conducta imprudente de la víctima.
6. El consumo de tabaco se subsume dentro de la asunción de riesgos, variante de la culpa de la víctima, es decir existe negligencia, pero ésta no tiene la virtualidad de exonerar de responsabilidad al demandado, ya que de la asunción de riesgos no se deriva que el perjudicado haya aceptado o consentido un daño menos aún cuando están en juego la salud y la vida de los consumidores.

**7.** La experiencia comparada demuestra que el más efectivo frente de ataque a las tabacaleras viene dado por las acciones de reembolso ejercidas por los estados, en ambos casos la pretensión consiste en la restitución de los gastos en que han incurrido por los daños derivados del consumo de tabaco.

**9.** La determinación de la causalidad jurídica incide en establecer quien o quienes deben soportar los daños. En relación a quienes comenzaron a fumar o sufrieron algún daño derivado del consumo con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 20105, sostenemos que la conducta de las tabacaleras infringe un deber de cuidado, ya que si bien es cierto se trata de una actividad permitida, que cumple con el deber de información y que es consentida por el consumidor, nos parece que esto es insuficiente para efectos de excluir la ilicitud del daño y exonerar de responsabilidad a las tabacaleras.

**10.** No se excluye la ilicitud del daño ya que el deber de cuidado no se limita al respeto formal de la ley, sino que se exige algo más, este algo más viene dado por el respeto a la CPR que consagra al respeto al derecho a la vida y a la integridad física, por ende al existir un perjuicio directo en estos bienes jurídicos se infringe el deber de cuidado, lo que unido al hecho de que la advertencia antes de la ley 20105 consistía en advertir riesgos, desde un punto de vista doctrinal no permite aseverar que la ilicitud del perjuicio no se hace desaparecer, ya que sólo se excluye cuando hay un asentimiento a los daños. Por lo demás jamás debe interpretarse un consentimiento anticipado a perjuicios cuando están de por medio bienes jurídicos indisponibles como la vida e integridad física.

**11.** Establecida la antijuricidad de la conducta de las tabacaleras, creemos que la conducta del perjudicado incide de igual forma en la generación del daño, se trata de una conducta negligente que si bien es cierto no se asimila a la situación de quien quiere un daño, igualmente presenta un grado de imprudencia ya que representándosele la posibilidad de un perjuicio ésta es ignorada por el consumidor. Entonces tenemos dos conductas negligentes que operan de forma independiente en la concreción del daño, es decir dos causas jurídicas de él, por lo que es menester para el juez aplicar el efecto de exoneración parcial del art.2330 considerando la incidencia causal y el grado de culpas en las conductas.

**12.** Finalmente la actual redacción de la ley 20105 que establece una clara advertencia de daños concretos asociados al consumo de tabaco, hace presumir que quien consume tabaco lo hace con una negligencia equiparable al dolo, lo que unido a lo dispuesto en el art.1683 le impide demandar reparación ya que nadie puede aprovecharse de su propio dolo. Por lo demás existiría un asentimiento a los perjuicios que excluiría la antijuricidad de la conducta y exoneraría de responsabilidad a las tabacaleras.

## BIBLIOGRAFÍA

Alessandri Rodríguez A., *De la Responsabilidad Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, Editorial Jurídica Ediar-Conosur Ltda., 1983, segunda edición, tomo I y II.

Abeliuk Manasevich R., *Las Obligaciones*, Editorial Jurídica de Chile, 1993.

Araya Jasma F., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*, Editorial Jurídica Lexis Nexis, año 2003.

A. Khalaf Ayash, A. Viguri Perea A. Fabregat Agost “Tabaco, salud y justicia” [citado 29 Abril 2007] Disponible en la World Wide Web: [http://www.atenciontabaquismo.com/atenciontabaquismo/rev\\_prev\\_tab/pdf/vol5\\_num2/articulo16.pdf](http://www.atenciontabaquismo.com/atenciontabaquismo/rev_prev_tab/pdf/vol5_num2/articulo16.pdf).

Barros Bourie E., *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2006.

Baraona González J., “La cuestión causal en la responsabilidad civil extracontractual: Panorama de derecho comparado” en *Revista Chilena de Derecho* Pontificia Universidad Católica de Chile, N°2, volumen 31, pp.211-223, 2004.

Baraona González J., “La culpa de la víctima en los accidentes del trabajo: dogmática y jurisprudencia chilenas”, en Jorge Baraona González, *La Responsabilidad por Accidentes del Trabajo*, Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes Facultad de Derecho, pp.123-153, 2005.

Baraona González J., “La causa del daño en la jurisprudencia reciente” en *Revista Chilena de Derecho* Pontificia Universidad Católica de Chile, volumen 30, n°2, pp.345-379, 2003.

Brito Chacano V., y Maureira Santis N., “De la responsabilidad civil de las tabacaleras: ¿Contractual o Extracontractual?” en Corral Talciani H., y Rodríguez Sara M. (coord.) *Estudios de Derecho Civil*, jornadas nacionales de derecho civil, Olmué, Santiago, Editorial Lexis-Nexis, pp.503-512, 2006.

Cárdenas A. H., “La relación de causalidad: ¿Quaestio facti o Quastio Iuris? ? Comentario a sentencia de Corte Suprema, 26 enero de 2004” en *Revista Chilena de Derecho*. Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006, n°1 volumen 33, pp.167-176.

Corral Talciani H., *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 2003.

Corral Talciani H., “La relación de causalidad en la responsabilidad por productos defectuosos”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Fundación Fernando Fueyo, N°2, pp.71-94, julio 2004.

Corral Talciani H., “La relación de causalidad en el sistema de torts del Common Law”, en María Dora Martinic (coord.) *Nuevas Tendencias del Derecho*, Editorial Lexis-Nexis, pp.141-162, 2004.

Diez Duarte R., *La compraventa en el código civil chileno*, Editorial Jurídica Conosur, 1993.

Diez Schwerter J.L., *El daño extracontractual. Jurisprudencia y doctrina*, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

Digesto, libro 50, título 17, ley n°2003.

Domínguez Águila R., *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Jurídica de Chile, 1997.

Domínguez Águila R., “Aspectos de la relación de causalidad en la responsabilidad civil con especial referencia al derecho chileno” en *Revista de derecho* Universidad de Concepción, n°209, pp.7-27, 2001.

Domínguez Águila R., “El hecho de la víctima como causal de exoneración de responsabilidad civil” en *Revista de Derecho* Universidad de Concepción, n°136, pp.29-54, 1966.

Domínguez Águila R., “Consideraciones en torno al daño en la responsabilidad civil. Una visión comparativa” en *Revista de derecho* Universidad de Concepción, n°188, Julio-Diciembre, 1990.

Domínguez Águila R., “Notas sobre el deber de minimizar el daño” en *Revista Chilena de Derecho privado*, Universidad Diego Portales, n°5, 2005, pp.73-99.

Gherzi Alberto C., *Teoría General de la Reparación*, Editorial Astraea, Buenos Aires, 1997.

Goldenberg I., *La relación de causalidad en la responsabilidad civil*. Editorial Astrea, Buenos Aires, 1984.

Gómez Pomar F., y Agrafajo Vázquez I., “Culpa de la víctima y derecho sancionador”, Facultad de derecho Pompeu Fabra, Barcelona, noviembre de 2004, disponible en la World Wide Web: [www.indret.com](http://www.indret.com), consultada el 11 de diciembre de 2007.

Kemelmajer de Carlucci A., “Los Factores Subjetivos de Atribución” Kemelmajer de Carlucci A., (coord.) *Responsabilidad Civil*, Editorial Hammurabi, 1997, Buenos Aires.

Le tourneau P., *La responsabilidad civil*, Editorial Legis, 2004.

López Díaz C., “Análisis de la responsabilidad civil extracontractual del estado y de las tabacaleras en la salud de los fumadores” en *Gaceta Jurídica*, n°308, pp.70-87, 2006.

Mazeaud Henri; Mazeaud León y Tunc André., *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual*, tomo segundo, vol. II, Traducción de la quinta edición por Luis Alcalá –Zara y Castilla, Ediciones Jurídicas Europa –América, Buenos Aires.

Mosset Iturraspe J., “La relación causal” en Kemelmajer de Carlucci A. (coord.), *Responsabilidad Civil*, Editorial Hammurabi, 1997.

Mosset Iturraspe J., “Las causas de justificación” en Kemelmajer de Carlucci A. (coord.), *Responsabilidad Civil*, Editorial Hammurabi, 1997.

Pantaleón Prieto F., “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación” en “*Centenario del Código Civil*” II, Madrid, 1991.

Pizarro D. R., “Causalidad adecuada y factores extraños” en Trigo Represas F.A y Stiglitz RS (coord.), *Derecho de Daños*, Ediciones la Rocca, primera parte, Buenos Aires, 1996.

Rodríguez Grez P., *Responsabilidad Extracontractual*, Editorial Jurídica de Chile, 1999.

Ruiz García J. A., y Salvador Coderch P., “El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil I” Barcelona, julio de 2002, disponible en la World Wide Web: [www.indret.com](http://www.indret.com), consultada el 15 de agosto de 2007.

Ruiz García J. A., y Salvador Coderch P., “El pleito del tabaco en los EE.UU. y la responsabilidad civil II” working paper N° 103, Barcelona, octubre de 2002, disponible en la World Wide Web: [www.indret.com](http://www.indret.com) , consultada el 15 de agosto de 2007.

Ruiz García J. A., “Otra vuelta de tuerca a los daños punitivos”, Barcelona, abril de 2007, disponible en la World Wide Web: [www.indret.com](http://www.indret.com) , consultada el 10 de diciembre de 2007.

Ruiz García J. A., “El pleito contra Mac Donalds en los EEUU. ¿Quién debe responder por el sobrepeso?, working paper, n°144, Berkeley, abril de 2003, disponible en la World Wide Web: [www.indret.com](http://www.indret.com), consultada el 15 de agosto de 2007.

Ruiz García J. A., “No se fuma por contrato”, working paper, n°200, Barcelona, enero de 2004, disponible en la World Wide Web: [www.indret.com](http://www.indret.com), consultada el 12 de diciembre de 2007.

Salvador Coderch P., “Causalidad y responsabilidad” disponible en la World Wide Web: [www.indret.com](http://www.indret.com) , consultada en agosto de 2007.

Salvador Coderch P., y Gómez Ligierre C., “Toros y Capeas” disponible en la World Wide Web: [www.indret.com](http://www.indret.com), consultada en agosto de 2007.

Salvador Coderch P., Ruiz García J. A., Piñeiro Salaguero J., Rubí Puig A., “Tres transacciones: la Industria del tabaco, Microsoft y Mar Egeo”, working paper, n°115, Barcelona, enero de 2003, disponible en la World Wide Web: [www.indret.com](http://www.indret.com), consultada el 15 de agosto de 2007.

Sánchez Bustos S., “Tabaquismo y tabacaleras en Chile” en *Cuadernos Médico Sociales*, volumen 45, n°43, 2005.

Sandoval López R., *Derecho del Consumidor*, Editorial Jurídica de Chile, 2004.

Santos Briz J., *La responsabilidad civil temas actuales*, Editorial Montecorvo, S.A., 2002.

Serra Rodríguez A., *Cláusulas abusivas en la contratación en especial, las cláusulas limitativas de responsabilidad*, Editorial Aranzadi, segunda edición, 2002.

Tancredi Horacio A., “La responsabilidad por daños al consumidor en el derecho norteamericano”, ponencia n°40, VII Congreso Internacional de Derecho de Daños, en [www.aabo.org.ar](http://www.aabo.org.ar), consultada el 18 de agosto de 2007.

Tapia Suárez O., *De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes*, Editorial Jurídica Lexis-Nexis, año2006.

Tapia Rodríguez M., *Código Civil; evolución y perspectivas*, Editorial Jurídica de Chile, 2005.

Tchernitchin Andrei N., “Efectos de la exposición prenatal al tabaco” en *Cuadernos Médico Sociales*, volumen 45, n°3, 2005.

Vázquez López Enrique J., “Perjuicios derivados del Consumo de tabaco análisis de un supuesto de responsabilidad civil”, en *Cuadernos de Medicina Forense*, Sevilla, n°34, 2003[citado 29 Abril 2007]. Disponible en la World Wide Web: <[http://www.scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1135-76062003000400010&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062003000400010&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 1135-7606

Veloso Valenzuela P., “La previsibilidad es una condición o requisito de la culpa y no de la relación causal” en María Dora Martinic (coord.) *Nuevas Tendencias del Derecho*, Editorial Lexis-Nexis, pp.249-263, 2004.

Venegas Franzolini L., “Imputación objetiva y responsabilidad civil” en Varas J.A. y Turner S. (coord.), *Estudios de Derecho Civil, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia*, Editorial Lexis Nexis, pp.703-732.

Villarreal Cárdenas H., “Reflexiones sobre la teoría de la imputación objetiva y su aplicabilidad en el ámbito del derecho de daños”, en Varas J.A. y Turner S.(coord.), *Estudios de Derecho Civil, jornadas nacionales de derecho civil, Valdivia*, editorial Lexis Nexis, pp.533-562, 2005.

Yzquierdo Tolsada M., “*Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*”, Editorial Dykinson, 2001.

#### Otros artículos en páginas Web consultadas:

“La naturaleza de la responsabilidad del fabricante en relación al consumidor-fumador” disponible en [www.elderechodigital.com.ar/ifaallos/repo0076html](http://www.elderechodigital.com.ar/ifaallos/repo0076html), consultada el 2 de septiembre a las 22:00 horas.

“Andalucía demanda al estado en su batalla contra las tabacaleras” disponible en [www.elpais.com](http://www.elpais.com), consultada el 22 de noviembre de 2007 a las 17:30 horas.

“El caso Engle” disponible en [www.bat.com](http://www.bat.com), consultado el 12 de diciembre de 2007 a las 15:30 horas.