

CARLOS GÓMEZ DE LA ESCALERA

PROFESOR DE DERECHO CIVIL Y LETRADO DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Tabaco, salud y Derecho

«El derecho a fumar, si es que este derecho
existe, sólo puede ejercerse legítimamente
cuando no perjudique a otro»



HOY *Día Mundial sin tabaco*, las noticias sobre demandas de antiguos fumadores contra las tabaquerías en reclamación de los daños y perjuicios sufridos por el tabaco, y la sugerencia de algún político de que la industria tabaquera contribuya económicamente a la financiación de los gastos originados a la Sanidad Pública por el tratamiento de las enfermedades causadas por el consumo del tabaco, ha reabierto una vez más la necesidad de que el Derecho regule adecuadamente el fenómeno del tabaquismo dando solución jurídica a los diversos problemas que plantea.

Que el tabaco es nocivo para la salud, y es causa científicamente conocida de numerosos trastornos, enfermedades y muertes prematuras es un hecho que nadie puede seriamente discutir. Afirmar hoy que el tabaco perjudica la salud es un hecho o *verdad jurídica* que no necesitaría ser acreditado. Jurídicamente, desde la entrada en vigor del Real Decreto 192/1988, de 4 de marzo, el tabaco es declarado en nuestro Derecho como una «sustancia nociva para la salud de la persona». Esta circunstancia se pone de manifiesto en los propios paquetes de tabaco en los que, conforme al Real Decreto 510/1992, de 14 de mayo, preceptivamente se debe recoger, en forma visible, la afirmación textual de que «Las Autoridades Sanitarias advierten que el tabaco perjudica seriamente la salud», incluyendo además alguna de estas advertencias específicas: «Fumar provoca cáncer», «Fumar provoca enfermedades cardiovasculares», «Fumar durante el embarazo daña al futuro hijo», «Proteja a los niños, no les haga respirar el humo del tabaco», «Fumar provoca cáncer, bronquitis crónica y otras enfermedades pulmonares», «Fumar perjudica a los que le rodean».

Con estos precedentes resulta paradójico que haya fumadores que rechazarían la compra de un yogur que tiene fijada una fecha de caducidad próxima a su vencimiento, o se negarían a adquirir un juguete para su hijo, procedente de un país asiático, al no reunir las condiciones de seguridad o de higiene reglamentariamente establecidas y, sin embargo, no encuentran problema en consumir tranquila y plácidamente un cigarrillo, incluso en presencia de sus hijos de corta edad. Igualmente, sólo desde la falta de conocimiento de los riesgos que se asumen puede explicarse la tolerancia con la que los no fumadores aceptan estoicamente que, sin ningún tipo de escrúpulo ni de conciencia de estar perjudicando a los demás, los fumadores hagan gala de su hábito tabaquista en presencia de otras personas no fumadoras, así como la impunidad con la que cotidianamente se fuma en los lugares en que está expresamente prohibido el consumo de tabaco (metro, hospitales, colegios, lugares cerrados...).

La Constitución Española de 1978 reconoce el derecho de todas las personas a la vida y a la integridad física, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 15), así como el derecho a la protección de la salud (art. 43) y a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45). Estas previsiones constitucionales no fueron pensadas para acabar con el tabaquismo, pero no parece descabellado que una interpretación actualizada y finalista de dichos preceptos podrían servir hoy para prohibir el consumo del tabaco. ¿Acaso no es una tortura o un trato inhumano el que sufrimos los no fumadores en aquellos lugares cerrados en que numerosas personas dan rienda suelta a su hábito tabaquista? ¿No se afecta el medio ambiente (o todo el ambiente) cuando no puede respirarse más que aire viciado por el humo del tabaco?

No tengo claro que fumar pueda ser calificado como un acto de libertad personal, como no lo es matar a otro o suicidarse, es, simplemente, una posibilidad, una forma de comportarse el sujeto, en todo caso, no me voy a oponer a que quien lo desee fume siempre que lo haga en circunstancias en que no se cause daño a los demás. El

derecho a fumar, si es que este derecho existe, sólo puede ejercerse legítimamente cuando no perjudique a otro. Tiene su límite en el derecho de los demás a la salud. En caso de conflicto entre ambos derechos debe prevalecer siempre el derecho del no fumador. A esta conclusión se llega sin dificultad con sólo tener en cuenta que es de más rango el derecho a la vida y a la integridad física y a la salud que el derecho del fumador a consumir tabaco. Pero, por si lo dicho no fuera suficiente, en nuestro Derecho esta prelación de derechos está expresamente establecida. El art. 1º del Real Decreto 192/1988, tras declarar el tabaco como sustancia nociva para la salud de la persona, dispone que «en caso de conflicto prevalecerá siempre el derecho a la salud de los no fumadores sobre el derecho de los fumadores a consumir labores de tabaco en todos aquellos lugares o circunstancias en que pueda afectarse al derecho a la salud de los primeros».

Aceptado que el tabaco es perjudicial para la salud, la distinción entre *fumadores* y *no-fumadores* debe ser matizada. La distinción sería válida si *fumar*, cuya primera acepción según el Diccionario de la RAE es «echar o despedir humo», se hiciera a solas, en la intimidad. No obstante, desde el momento en que *echar humo* (fumar) es un hábito que se realiza, sin escrúpulos, *con y frente* a los demás, constituyendo una *práctica social*, todos somos fumadores: unos, los fumadores voluntarios, han aceptado libre y (in) conscientemente el tabaquismo y sus consecuencias; los demás, los fumadores involuntarios o *pasivos*, sufrimos los efectos negativos para la salud del tabaco pese a que también libre y conscientemente hemos decidido no fumar.

En el plano de la sanidad pública en algunos países como Gran Bretaña los fumadores son postergados o rechazados a la hora de recibir determinados tratamientos médicos. Esta solución no es ideal, pero tampoco puede calificarse de insolidaria o discriminatoria. Los recursos del sistema público de salud son limitados y es necesario administrarlos racionalmente. Hemofílico o diabético se es sin que intervenga la voluntad del sujeto; fumador se es voluntariamente, por ello, quien optó libremente por fumar debe asumir las consecuencias de su decisión. En igualdad de condicio-

nes personales (edad, profesión, etc.) *a priori* no parece razonable, por ejemplo, que ante un trasplante de corazón o de pulmón, se prefiera al fumador, que tiene gravemente afectados sus pulmones o su sistema cardiovascular por el tabaco, frente a una persona no fumadora.

Los fumadores y las tabaquerías suelen alegar que ellos contribuyen con los impuestos que genera el consumo de tabaco a las arcas del Estado. Ciertamente, pero también los conductores pagan los impuestos derivados del consumo de gasolina y ello no les exonera de pagar los peajes de las autopistas que utilizan. Tanto los fumadores como las tabaquerías deben asumir el coste, en todos los ámbitos, del tabaquismo.

En el plano de la responsabilidad civil nuestro sistema está presidido por el principio general según el cual la obligación de indemnizar sólo nace si media *culpa* del causante o dañador, es decir, si se actuó con la intención de infligir el daño causado al perjudicado (dolo o malicia), o si, pese a que no hubo intención de perjudicar no se actuó con la adecuada diligencia para evitar el daño (culpa o negligencia). Junto a esta responsabilidad subjetiva o por culpa, se admite, no obstante, tanto legal como jurisprudencialmente, una responsabilidad objetiva o por riesgo que obliga a reparar el daño aunque no se haya incurrido en culpa, en aquellos casos en que el daño tiene su origen en la realización de una actividad peligrosa o que genera, conforme a las reglas de la experiencia, riesgo de producirlo (conducción de automóviles, navegación aérea, uso de la energía nuclear, etc.). En otras palabras, quien se beneficia de la actividad que produce el daño (en nuestro caso, el negocio del tabaco), debe responder del mismo (*qui sentit commodum sentire debet incommodum*).

De lo que llevamos dicho podría extraerse ya algunas conclusiones:

1) Las Autoridades deberían ser más diligentes a la hora de hacer cumplir las prohibiciones y limitaciones establecidas para el consumo de tabaco, dando siempre preferencia, en caso de conflicto, al derecho de los no fumadores. Debe concienciarse a los fumadores de que quienes han elegido la opción socialmente equivocada son ellos y no los no fumadores.

b) Los fumadores saben hoy que el tabaco es perjudicial para la salud, y por ello debe entenderse que *asumen* los riesgos y *aceptan* los efectos dañinos que se derivan del tabaquismo, por lo que no parece que puedan estar legitimados para exigir a las tabaquerías la indemnización o reparación de los daños que sufran a consecuencia del mismo. Ello, sin perjuicio del derecho que les pueda asistir para reclamar en aquellos casos en que se acredite que se han añadido al tabaco aditivos o sustancias que facilitan su consumo y favorecen la adicción al hábito de fumar. En estos casos, la puesta en el mercado del tabaco se habrá realizado con una deslealtad y abuso comerciales, con ánimo de lucro, que obligaría a responder de los daños causados a los fumadores (arts. 5º.2.a, 25 y 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios).

c) Los que han decidido libremente no fumar y rechazan los efectos negativos del tabaquismo, deben disponer de instrumentos adecuados y eficaces para hacer valer su derecho a la salud, y cuando se vean afectados por las prácticas tabaquistas, en la medida en que resultan perjudicados por la puesta en el mercado de un producto (tabaco) que produce conocidamente riesgos para la salud, podrían estar legitimados para exigir la oportuna reparación o indemnización de daños y perjuicios a las tabaquerías (responsabilidad objetiva o por riesgo).

d) Los beneficios que produce el negocio del tabaco pueden justificar la imposición a las tabaquerías de un canon con el que contribuir a los gastos sociales y sanitarios que origina el tabaquismo.