

**FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA
4º CURSO DEL GRADO EN DERECHO**



TRABAJO DE FIN DE GRADO

**EFICACIA DEL MATRIMONIO. PORTACIÓN Y
POSIBLE CONTAGIO VIH: RESPONSABILIDAD CIVIL,
PENAL Y SEGURO DE VIDA. OBJECCIÓN DE
CONCIENCIA FARMACÉUTICA. RIESGO DURANTE LA
LACTANCIA.**

AUTORA: ANDREA RIVEIRO VIEIRA

TUTORA: MARÍA ÁNGELES FUENTES LOUREIRO

CURSO 2019 – 2020

ÍNDICE.

ABREVIATURAS	2
ANTECEDENTES DE HECHO	3
INTRODUCCIÓN	5
I. NULIDAD MATRIMONIAL	6
II. INDEMNIZACIÓN POR LOS GASTOS DERIVADOS DE LA BODA	10
III. RESPONSABILIDAD CIVIL POR SUFRIMIENTO PSÍQUICO	16
IV. DELITO DE LESIONES	21
V. OBJECIÓN DE CONCIENCIA FARMACÉUTICA	28
VI. PRESTACIÓN ECONÓMICA POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL	34
VII. DEBER DE DECLARACIÓN DEL RIESGO POR EL TOMADOR DEL SEGURO	39
CONCLUSIONES	44
BIBLIOGRAFÍA	46

ABREVIATURAS.

AP	Audiencia Provincial
Art	Artículo
CC	Código Civil
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de los Derechos Humanos
Coord.	Coordinador
CP	Código Penal
Ed	Edición
LCS	Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro
Nº	Número
P	Página
RAE	Real Academia Española
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SIDA	Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida
Ss	Siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
T	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea
VIH	Virus de la Inmunodeficiencia Humana
Vol.	Volumen

ANTECEDENTES DE HECHO.

Diego, de 28 años, es un joven coruñés que tras varios años tratando de obtener el grado en educación infantil por la Universidad de A Coruña desiste y comienza a trabajar como camarero.

El 22 de abril de 2018 conoce a Raquel, una gallega de 35 años residente en A Coruña. Ella sí que ha realizado sus estudios con éxito y cuenta con la carrera de educación infantil. Sin embargo, no ha encontrado trabajo como tal, por lo que lleva trabajando a jornada completa, y dada de alta en la Seguridad Social, siete años como empleada en la gasolinera “GALAICAOIL S.A”. Se trata de una estación 24 horas en la que realiza horarios a turnos, incluyendo turnos de noche. Sus funciones van rotando entre suministrar combustible y vender y reponer productos en la tienda de la estación. Trabaja equipada con guantes para el suministro y botas de seguridad.

Su propósito es poder tener, en el futuro, su propia guardería, así que, tras un rápido noviazgo, en el que Diego le afirma haber terminado la carrera y ella ve la posibilidad de, algún día, poder montar un negocio juntos, acepta casarse con él.

La celebración del matrimonio se produce el 10 de agosto de 2018. Es Raquel quien sufraga los gastos de la boda, que ascienden a 7.500 euros, ya que Diego casi no tiene ahorros.

Dos días antes de la boda Diego dona sangre y dos semanas después de la celebración de la misma recibe una carta del Centro de Transfusión de Galicia que contiene los análisis que le realizaron a la sangre donada, donde se detecta que es portador del VIH. Diego decide no contárselo a Raquel ante la preocupación de que ella no quiera continuar con su matrimonio, confiando en que no habrá ningún problema mientras usen protección de manera adecuada en sus encuentros sexuales, como han venido haciendo hasta la fecha.

Con motivo de la celebración de la navidad pasan la noche del 24 de diciembre de 2018 en la casa de los padres de Raquel, situada en Cedeira, un pueblo en la provincia de A Coruña. Mientras mantienen relaciones sexuales se produce la ruptura del preservativo. Al comprobar la fecha de caducidad del mismo se dan cuenta de que había caducado hacía apenas un mes. En consecuencia, acuden a la farmacia de guardia con el fin de adquirir la conocida como “píldora del día después”, a lo que el titular de la farmacia se niega a proporcionársela, alegando que en su establecimiento “no se venden productos que puedan atentar contra la vida”.

Las otras dos farmacias del pueblo se encuentran cerradas y el único médico de guardia del Centro de Salud está ausente por una urgencia médica, por lo que la opción que les queda para conseguir el medicamento es conducir hasta Valdoviño, unos 18 km, donde se encuentra la farmacia más próxima.

Puesto que el medicamento es eficaz hasta que se alcancen las 72 horas después de una relación no protegida ambos deciden esperar hasta el día siguiente. Sin embargo, en el transcurso de la noche Raquel medita sobre lo sucedido y se replantea la posibilidad de ser madre, por lo que al día siguiente, cuando ya se encuentran abiertas las otras dos farmacias, abandona la idea de comprar la píldora.

Diego, asustado por poder haber contagiado el VIH a su mujer, después de que ésta se realizase el test de embarazo y diese positivo, le cuenta toda la verdad, tanto sobre ser portador del virus, como sobre sus estudios. Ante estas noticias Raquel no desea

continuar casada con él y se ve inmersa en una gran angustia e incertidumbre sobre su propia salud y la de su futuro hijo.

Después de realizarse las pruebas ni Raquel ni el hijo que esperaba habían sido contagiados con el virus. El niño nace el 26 de septiembre de 2019 y el 3 de diciembre de 2019 Raquel solicita la suspensión del contrato por riesgo durante la lactancia.

Por su parte, Diego contrata el 25 de octubre de 2019, como tomador y asegurado, un seguro de vida con la Compañía de Seguros “SALUS VITAE S.A”, poniendo como beneficiario a su hijo, por lo que en caso de que fallezca éste recibiría 30.000 euros. Sin embargo, a la hora de cubrir el boletín de adhesión redactado por la empresa en la que se pregunta si padece SIDA, Diego responde que no, pues él es portador de VIH, pero no padece SIDA, ya que la enfermedad no se ha desarrollado.

INTRODUCCIÓN.

El concepto de familia comprende el conjunto de personas vinculadas entre sí por el matrimonio o por parentesco (consanguinidad, afinidad y adopción), a las que la ley atribuye efecto jurídico. El Derecho de Familia es el conjunto de normas que regulan las relaciones sociales básicas que mantienen entre sí los miembros de la familia, adaptándose a las nuevas formas de organizar los individuos su vida social, afectiva y sexual, como, por ejemplo, las parejas de hecho, el matrimonio entre personas del mismo sexo, etc.

El matrimonio ha evolucionado hacia una mayor igualdad entre los cónyuges con los mismos derechos y deberes, la desvinculación social entre el matrimonio, la procreación y la religión, mayor autonomía e individualidad de la figura del cónyuge, y dejando a atrás la idea de que este vínculo matrimonial es eterno.

Uno de los cambios que ha originado esta evolución es la igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades entre hombres y mujeres. La incorporación de la mujer al trabajo y a los puestos de decisión política y social, comprende suprimir situaciones de discriminación en sus condiciones laborales, para lograr una igualdad laboral. La ley implanta para ello el permiso de maternidad, el permiso de paternidad, el derecho a suspender el contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia, entre otros tantos, de manera que se pueda conciliar las responsabilidades personales y profesionales de forma compartida.

El derecho también trata de evitar la discriminación y estigmatización hacia las personas que padecen VIH/SIDA, considerándolas un grupo vulnerable socialmente, por el rechazo en su entorno social y sanitario. Esta protección se plasma en la disposición adicional única que se añade con Ley 4/2018, de 11 de junio, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2018/06/11/4>). Esta modificación prohíbe la denegación de acceso a la contratación por razón de padecer VIH/SIDA, por ejemplo, un asegurador no podría denegar un seguro de vida a una persona que tiene VIH/SIDA.

Los profesionales sanitarios, deben asumir esta responsabilidad social con el fin de paliar la discriminación a este grupo vulnerable, facilitando la información, ayuda o asistencia sanitaria. Además, añadir que el personal sanitario es uno de los sujetos que posee derecho a la objeción de conciencia, debido a la tensión que se genera entre la moral o creencias religiosas y el deber profesional.

Este derecho es una figura social y jurídica, reconocida por los ordenamientos jurídicos contemporáneos. La oposición a una norma por motivos morales o religiosos ha existido desde siempre, pero su reconocimiento por el derecho a sido relativamente reciente, determinado por el art. 30.2 de la Constitución Española de 1978. Uno de los sujetos más debatidos, que en la actualidad tienen derecho a la objeción de conciencia, son los farmacéuticos.

I. NULIDAD MATRIMONIAL.

La nulidad matrimonial es la ineficacia del matrimonio por una causa simultánea a su celebración. Aparece regulada en el Código Civil (ELI: [https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/\(1\)/con](https://www.boe.es/eli/es/rd/1889/07/24/(1)/con)) (en adelante, CC), en su Título IV (“Del Matrimonio”), concretamente del art. 73 al 80 (Capítulo VI: “De la nulidad del matrimonio”)¹. Se ha de añadir a su regulación, el artículo 107.1 CC, que dice así: “La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración”. Es decir, la nulidad se regirá a partir de la ley personal de los cónyuges y según el sistema matrimonial elegido².

La STS 261/2017, de 6 de abril³ establece 3 requisitos para declarar la nulidad matrimonial:

1. “Un matrimonio, o una apariencia de tal, celebrado en cualquiera de las formas legalmente previstas”.
2. “Una causa coetánea a la celebración, que consiste fundamentalmente en la ausencia o el defecto de alguno de los requisitos personales, materiales o formales que la ley exige como presupuesto de validez del negocio jurídico matrimonial”. Este requisito hace referencia a las causas de nulidad que establece el art. 73 CC, que a continuación explicaré.
3. “Una sentencia judicial que declare la nulidad”. Es decir, la nulidad matrimonial ha de ser declarada a partir de una sentencia firme, por lo que es necesaria la intervención judicial.

El art. 73 CC establece una serie de causas para declarar la nulidad, pero estas han de ser alegadas y probadas y poseen carácter de *numerus clausus*, es decir, no se admiten otros supuestos no comprendidos en la norma⁴:

1. “El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial”.
Este es un requisito “sine qua non”, es decir, imprescindible para que se celebre el matrimonio (art. 45 CC).
2. “El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los artículos 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al artículo 48”.
Es decir, se incluye a:
 - Los menores de edad no emancipados.
 - Los que estén ligados por un vínculo matrimonial anterior.
 - Matrimonio contraído entre parientes, haciendo referencia a los familiares en línea recta o directa por consanguinidad o adopción; los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado, es decir, podrían contraer matrimonio los parientes colaterales adoptivos; y a los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa

¹ Dentro de su regulación, se incluyen los Capítulos IX y X del Título IV, que recogen una serie de normas que comparten los tres procesos: nulidad, divorcio y separación.

² En España poseemos el sistema facultativo o de libre elección entre el matrimonio civil y el religioso. Para conseguir que la nulidad de un matrimonio religioso tenga efectos civiles, se requiere que los Tribunales españoles den validez a la resolución de los Tribunales eclesiásticos siempre que se declare ajustado al Derecho de Estado (art. 80 del CC y art. 6.2 del Acuerdo con la Santa Sede). Es decir, no puede ser contraria al orden público interno.

³ Cfr. STS, Sala de lo Penal, 261/2017, de 6 de abril de 2017, Fundamento Jurídico Tercero (ECLI: ES:TS:2017:1486).

⁴ ÁLVAREZ ALARCÓN, A., BLANDINO GARRIDO, M. A., SÁNCHEZ MARTÍN P. *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*. 2º Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016. pp. 22 – 66.

del cónyuge o conveniente, excluyéndose en este caso la nulidad, si el Juez autoriza el matrimonio.

3. “El que se contraiga sin la intervención del Juez de Paz, alcalde o concejal, secretario judicial, Notario o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos”.

Es decir, se recogen aquí defectos de forma que conllevan la nulidad del matrimonio. Sin embargo, los arts. 53 y 78 CC establecen una excepción: aun cuando el funcionario que autorice la celebración del matrimonio sea incompetente o con un nombramiento ilegítimo, si ejerce sus funciones públicamente y, al menos, uno de los cónyuges contrae el matrimonio de buena fe, en ese caso no existirá causa de nulidad, y el matrimonio será válido.

4. “El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento”.

Existen dos tipos de errores: el error sobre la identidad, que se daría en caso de suplantación de personalidad en el matrimonio por poder, y el error en las cualidades personales, del que hablaré más adelante.

5. “El contraído por coacción o miedo grave”.

Se incluye dentro de la coacción, la intimidación física o psicológica. En el cual el consentimiento otorgado para contraer matrimonio está determinado bajo la amenaza de un mal inminente y grave en su persona y sus bienes, o en sus descendientes o ascendientes (art. 1267 CC). La amenaza puede venir de un tercero, no es necesario que provenga del otro cónyuge. En cambio, el miedo grave se distingue de la coacción, porque no proviene de la amenaza sino de circunstancias objetivas.

El ocultar ser portador de VIH y mentir respecto a tus estudios es una de las causas del art. 73 CC, concretamente con la del apartado 4, que regula el error en las cualidades personales del otro contrayente, en este caso, de Diego. Estas cualidades personales han de ser determinantes y de gran importancia, de modo que, de haberlas conocido antes de celebrar el matrimonio, no se habría realizado. El CC no ejemplifica supuestos de error en las cualidades personales del contrayente, por lo que he de acudir a la jurisprudencia.

De la STS de 11 de julio de 1987⁵ extraigo que uno de los requisitos que debe concurrir para invalidar el matrimonio es que el error ha de ser relevante, razonable e importante, y que hubiera sido determinante para que el cónyuge no otorgase su consentimiento al matrimonio. Es decir, no cualquier error en la personalidad del cónyuge permite al otro alegar nulidad matrimonial, y este ha de ser probado de forma fiable y certera por quien lo alega. La SAP de Madrid 277/2015, de 20 de marzo de 2015⁶, sostiene que es necesario una valoración psicológica y sociológica de las causas que se alegan y un análisis concreto en cada supuesto, ya que no todo error en las cualidades del cónyuge produce la nulidad matrimonial. También indica que la jurisprudencia acepta como causas relevantes para producir la nulidad, las cualidades personales que por su entidad, carácter objetivo y trascendencia configuren la personalidad física o psíquica del contrayente, no siendo suficiente la apreciación subjetiva. Por tanto, el error tendrá que medirse de forma objetiva y subjetiva.

⁵ Cfr. STS, Sala de lo Civil, de 11 de julio de 1987 (ECLI:ES:TS:1987:8853).

⁶ Cfr. SAP de Madrid 277/2015, de 20 de marzo de 2015 (ECLI:ES:APM:2015:3995).

La SAP de Madrid, anteriormente referida, no declaró la nulidad matrimonial porque las cualidades personales que alegaba el cónyuge no tenían la suficiente entidad y gravedad como para producir la nulidad. En ese caso se alegó que ella deseaba contraer matrimonio con una persona que tuviera los mismos conocimientos intelectuales, siendo licenciado universitario y un interés cultural similar al de ella. Si trasladamos este caso a la actual cuestión, el hecho de que Diego no alcanzase el grado de educación infantil, por sí solo, no es un error relevante para apreciar la nulidad matrimonial.

La SAP de Zaragoza 116/2005, de 2 de marzo⁷ explica que la doctrina distingue entre el error que recae sobre la identidad y el error que recae sobre las cualidades personales. Razona que, en el caso de las cualidades personales, pueden ser físicas o psíquicas, y ese error ha de ser lo suficientemente grave para viciar el consentimiento y, además, ha de ser anterior a la celebración del matrimonio (si es posterior, se debe acudir al divorcio o a la separación). Se exige que esas cualidades personales no se hayan manifestado o se hayan ocultado (por tanto, es imprescindible, el desconocimiento de estas características por parte del otro cónyuge) y sean de gran importancia para realizar una vida en común.

La SAP de Sevilla de 21 de julio de 2000 expuso como ejemplo las cualidades personales que implican un error para otorgar la nulidad: “la enfermedad mental grave, la enfermedad física contagiosa o que impida la procreación, la impotencia, la homosexualidad, el padecimiento de una enfermedad degenerativa irreversible”⁸. Esta sentencia indica que los errores sobre la conducta, comportamiento, gustos, ... no son amparados por el art. 73.4 CC, y que en esos casos la solución se encuentra en la separación y en el divorcio, pero no en la nulidad.

Esta sentencia aplicada al caso actual, indica que padecer y ocultar una enfermedad física contagiosa, como por ejemplo ser portador de VIH como Diego, implicaría un error relevante para solicitar la nulidad matrimonial. El hecho de poder contagiar a Raquel y posteriormente a su hijo, acentúa la relevancia del vicio, al suponer un gran riesgo previsible para su salud, y, en consecuencia, se considera un dato relevante, esencial y razonable antes de conformar un matrimonio. Sin embargo, Diego desconocía que era portador del VIH el día que contrajo matrimonio con Raquel, descubriéndolo dos semanas después de la celebración de la boda. Aunque esa enfermedad la padeciese antes de contraer matrimonio, Diego lo descubrió posteriormente, sin sospechar, ni conocerlo hasta que se confirmó que era portador del VIH a partir de una donación de sangre.

Por tanto, Raquel podría solicitar la nulidad matrimonial amparándose en el art. 73.4 CC señalando que la cualidad personal implicada, es decir padecer VIH, es previa al matrimonio, y que, por tanto, era una cualidad preexistente, relevante y esencial tal y como exige la jurisprudencia. No se requiere que Diego deba conocerla antes de contraer matrimonio para poder aplicarse la nulidad matrimonial, tan solo que la enfermedad surja con anterioridad al vínculo matrimonial, y que esta se oculte o no se manifieste a Raquel, lo cual sucede, ya que ella descubre la verdad después de que Diego decidiese revelárselo al mantener una relación sexual con el preservativo caducado.

La SAP de Madrid, 832/2011, de 13 de noviembre resuelve sobre la aplicación del art. 98 CC, trayendo a coalición la sentencia de instancia impugnada por Alfredo, que había otorgado la nulidad matrimonial a Amelia por aplicación del art. 73.4 CC, de forma similar a Raquel. En ese caso Alfredo contrajo el virus del papiloma humano antes de

⁷ Cfr. SAP de Zaragoza 116/2005, de 2 de marzo de 2005 (ECLI:ES:APZ:2005:569).

⁸ Cfr. SAP de Sevilla de 21 de julio de 2000, Fundamento Jurídico Tercero (ECLI:ES:APSE:2000:3500).

contraer matrimonio, desconociendo en ese momento la enfermedad que padecía. Amelia también ignoraba su padecimiento, resultando contagiada posteriormente por el mismo, decidiendo solicitar la nulidad matrimonial, que le es otorgada ⁹.

En cuanto a la legitimidad activa, recogida en el art. 74 CC: disponen de legitimidad activa para solicitar la nulidad matrimonial: los cónyuges, el Ministerio Fiscal y cualquier persona que ostente un interés directo y legítimo. Sin embargo, el art. 76 CC, nos indica que en los casos de error solo dispondrá de legitimidad activa el cónyuge que sufrió el vicio, lo cual implica, que solo Raquel dispondría de legitimidad activa.

Si tenemos en cuenta el párrafo segundo del artículo 76 CC, la acción caducará si Raquel y Diego hubieran vivido juntos durante un año, después de haberle desvelado Diego que era portador de VIH y la realidad sobre sus estudios (finales de diciembre de 2018), ya que implicaría mostrar la voluntad de seguir manteniendo el matrimonio. En caso de que siguiesen viviendo juntos (el supuesto de hecho no menciona tal circunstancia) Raquel tendría hasta finales de diciembre de 2019 para llevar a cabo la acción de nulidad, sino se convalidaría el matrimonio (es decir, el matrimonio sería válido).

⁹ Cfr. SAP de Madrid, 832/2011, de 13 de noviembre de 2011 (ECLI: ES:APM:2011:15935).

II. INDEMNIZACIÓN POR LOS GASTOS DERIVADOS DE LA BODA.

En la boda de 10 de agosto de 2018, Raquel es la que costea los gastos por importe de 7500 euros. Los instrumentos de los que dispone Raquel para resarcir el daño sufrido son: la acción de responsabilidad civil o el art. 98 CC¹⁰.

Primero analizaré si procede la aplicación de la responsabilidad civil para indemnizar el daño sufrido. La responsabilidad civil es la obligación de reparar los resultados dañinos a la persona perjudicada derivados de la actuación propia o ajena. Aparece regulada en el Código Civil, tomando como referencia dos puntos de partida diferentes:

- a) El art. 1101 CC hace referencia a la responsabilidad contractual, que queda definida en la STS de 24 de julio de 1969, en la cual se explica que “para que exista responsabilidad contractual, las partes deben poseer un contrato o relación contractual y que los daños se deban al incumplimiento o cumplimiento defectuoso de lo que es estrictamente materia del contrato”¹¹.
- b) El art. 1902 CC hace referencia a la responsabilidad extracontractual: en este caso no existe un vínculo contractual previo, por tanto, la obligación se origina por el daño causado a otro, actuando por culpa o negligencia, y se le impone su reparación.

A continuación, surge la duda sobre la naturaleza jurídica del matrimonio ¿el matrimonio tiene naturaleza contractual o extracontractual?

Existen diferentes posturas en la doctrina acerca de la naturaleza jurídica del matrimonio: matrimonio como contrato formal por el cual se intercambian derechos y deberes conyugales, objeto del consentimiento de ambos cónyuges¹²; o extracontractual, esto es, matrimonio como negocio jurídico del Derecho de Familia, que goza de libre consentimiento y no origina obligaciones contractuales¹³.

En este caso aplicaré las normas de responsabilidad civil extracontractual, es decir el art. 1902 CC, ya que me decanto por considerar que no dispone de naturaleza jurídica contractual, al apreciar el matrimonio como un negocio jurídico del Derecho de Familia.

El Tribunal Supremo empezó a admitir la aplicación del derecho de daños al ámbito familiar con la STS 512/2009, de 30 de junio de 2009, en la cual establece una

¹⁰ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Daños morales derivados de la causación dolosa o negligente de la nulidad matrimonial”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 12, febrero 2020, pp. 660-675; VARGAS ARAVENA, D.G. *Daños civiles en el matrimonio*. Tesis doctoral, facultad de Derecho de Salamanca, 2009;

PÉREZ MARTÍN, A.J., *Procedimiento contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*. 2º Ed., Lex nova, Valladolid, 2011. pp. 863 – 865.

¹¹ Sentencia extraída de GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R., “Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas”, *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI (2013) pp. 203-214.

¹² JORDANO FRAGA, F. explica que “en la responsabilidad contractual se incluye la responsabilidad derivante de las obligaciones ya constituidas, aunque no tengan su origen en el contrato”, *La responsabilidad contractual*, Cívitas, Madrid, 1987, pp. 28 y ss.

¹³ DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 2, 2007, pp. 1658-1671.

serie de requisitos (en su fundamento jurídico cuarto) para poder ejercer la acción de responsabilidad extracontractual¹⁴ del art. 1902 CC:

“El primer requisito exigido consiste en la concurrencia de una acción u omisión en la que haya intervenido culpa o negligencia”.

“El segundo elemento que hay que estudiar es si concurre o no daño”.

“El tercer elemento para el nacimiento de la obligación de responder es la relación de causalidad, entendida en este caso no tanto como causalidad física, sino en el sentido de causalidad jurídica, con la utilización de los criterios de imputación objetiva”¹⁵.

Analicemos el primer requisito: ¿el hecho de ocultar ser portador de VIH o mentir respecto a tus estudios deriva en culpa o negligencia?

La SAP de las Islas Baleares 585/2001, de 14 de septiembre explica que para aplicar este artículo es necesario “un reproche culpabilístico al eventual responsable de un resultado dañoso”¹⁶. La sentencia expresa la culpa como el incumplimiento de un deber de prudencia representado por la diligencia de un buen padre de familia. Pero hay que tener en cuenta que la diligencia exigible no será la misma en todos los casos, sino que se determinará según el tipo de actividad de que se trate, el tiempo, el lugar y las personas de que se trate y se exigirá lo que ha de esperarse de una persona razonable y sensata. La sentencia añade dos características esenciales de la culpa, que son: la evitabilidad y la previsibilidad.

La STS 1070/2007, de 16 de octubre nos indica sobre la responsabilidad por riesgo: “el riesgo no es un concepto unitario, sino graduable, que puede presentarse con diversa entidad, y ello es relevante para la ponderación del nivel de diligencia requerido, que en todo caso ha de ser el proporcionado a la importancia del riesgo concreto, y en atención a las circunstancias de la actividad, personas, tiempo y lugar”¹⁷. Es decir, en este caso el riesgo relevante es que Raquel contrajese el VIH, lo que determina un alto nivel de diligencia, al poner en riesgo su salud y su futuro.

Esta consideración también la realizó la SAP de Madrid 653/2007, de 10 de julio¹⁸ en su fundamento jurídico tercero. Esta sigue el mismo criterio objetivo que la Audiencia Provincial de las Islas Baleares 585/2001, argumentando que la cuestión se resolverá “si el agente ha obrado con el cuidado, atención o perseverancia exigibles, con la reflexión necesaria y el sacrificio de tiempo preciso”. Añade que también deberá tenerse en cuenta el criterio subjetivo: “en cuanto al sujeto que obra le es posible prever las circunstancias del caso concreto”.

Si aplicamos los criterios anteriormente mencionados, podemos llegar a la conclusión de que Diego no quiso infectar a Raquel de manera intencionada, sin embargo, debió advertir a su pareja de que era portador de tal enfermedad, poniendo a Raquel en

¹⁴ PÉREZ GALLEGOS, R. “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”. *Revista de Derecho Civil*, vol. II, Nº.3 (julio-septiembre, 2015), Estudios, pp. 141-175.

¹⁵ Cfr. STS, Sala de lo Civil, 512/2009, de 30 de junio de 2009, Fundamento Jurídico Cuarto, Quinto y Sexto (ECLI: ES:TS:2009:4450).

¹⁶ Cfr. SAP de las Islas Baleares 585/2001, de 14 de septiembre de 2001, Fundamento Jurídico Cuarto (ECLI: ES:APIB:2001:2067).

¹⁷ Cfr. STS, Sala de lo Civil, 1070/2007, de 16 de octubre de 2007, Fundamento Jurídico Sexto (ECLI: ES:TS:2007:6428).

¹⁸ Cfr. SAP de Madrid 653/2007, de 10 de julio de 2007 (ECLI: ES:APM:2007:12301).

una situación de riesgo, que el demandado tenía el deber de prever, con el fin de evitar un posible contagio. Por tanto, estamos hablando de un deber de comunicación que ha de tener con cualquier persona con la que pretenda formar una vida en común, o con la que mantenga relaciones sexuales sin utilizar las debidas precauciones.

Las características de evitabilidad y previsibilidad concurren en la presente cuestión. En este caso Diego debía prever la posibilidad, de que, aun utilizando un preservativo como seguridad, para evitar que Raquel pudiese contraer dicha enfermedad, este método anticonceptivo posee margen de error, existiendo la posibilidad de que se rompa o haya descuidos por ambas partes a la hora de utilizarlo, ante el gran riesgo que el VIH supone. También habría sido evitable, si además de utilizar las medidas adecuadas para impedir su contagio, gozase de la suficiente cautela o precaución de comprobar la fecha de caducidad del profiláctico, y además informase a su pareja, en este caso Raquel, del riesgo al que estaba expuesta. Después de lo argumentado, debo atribuir a esta omisión el título de culpa, al cumplirse ambas características.

Destacar que el hecho de que Raquel y su hijo no resultasen contagiados, no lo exime de apreciar la culpa, ya que el resultado no es determinante para concluir si existe o no culpa o negligencia. La STS 549/2006, de 7 de junio lo explica así: “la gravedad de la culpa o negligencia no ha de medirse atendiendo al resultado acaecido con ella, sino a la naturaleza de la obligación y a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”¹⁹.

Analicemos el segundo requisito: ¿existió daño?

El art. 1106 CC²⁰ abarca dos conceptos que han de ser diferenciados: daño emergente y lucro cesante. El daño emergente consiste en “gastos realizados por razón de la obligación incumplida, y también las pérdidas o menoscabos producidos en los bienes del acreedor a causa de la falta de prestación o de la prestación defectuosa”. El lucro cesante consiste en “beneficios o ventajas que el acreedor habría obtenido si el deudor hubiere cumplido exacta y oportunamente su obligación”²¹.

Los gastos derivados de la celebración de la boda se pueden considerar un daño emergente. Esta consideración también la realizó la SAP de Madrid 653/2007, de 10 de julio²², al presuponer que la pareja, de haber sabido la verdad, no habría celebrado la boda. Trasladado al caso, existe un gasto por la celebración de un matrimonio que en realidad es nulo, de forma que Raquel, de haber conocido la verdad, no se habría casado con Diego, y ese gasto no se habría realizado, produciéndose un daño o gasto por razón de una obligación incumplida por parte de Diego. Por tanto, confirmamos que se ha producido un daño.

Analicemos el tercer requisito: ¿existe relación de causalidad?

Habría causalidad jurídica si podemos imputar a Diego los gastos de la boda como consecuencia de ocultar ser portador de VIH y mentir respecto a sus estudios, sin perjuicio

¹⁹ Cfr. STS, Sala de lo Civil, 549/2006, de 7 de junio de 2006, Fundamento Jurídico Sexto (ECLI: ES:TS:2006:3886).

²⁰ Art. 1106 del CC: “La indemnización de daños y perjuicios comprende, no sólo el valor de la pérdida que hayan sufrido (es decir, daño emergente), sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor (es decir, lucro cesante), salvo las disposiciones contenidas en los artículos siguientes”.

²¹ Definición que da PABLO CONTRERAS, P., en su obra “Incumplimiento de las obligaciones y responsabilidad contractual”, en AA. VV., *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de Obligaciones*, (coord. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C.) Colex, Madrid, 2000, p. 198.

²² Cfr. SAP de Madrid 653/2007, de 10 de julio de 2007 (ECLI: ES:APM:2007:12301).

de la valoración de la culpabilidad. El daño debe imputarse jurídicamente a Diego porque debió haber sido lo suficientemente cauteloso en cuanto a su salud y no posteriormente ocultar ser portador de una enfermedad contagiosa y mentir respecto a su carrera universitaria, porque de saber la verdad, Raquel no se habría casado con él, y no se habrían llevado a cabo esos gastos. Por tanto, el origen del daño está en el error en las cualidades personales que ocasionaron la nulidad matrimonial generada por la poca sinceridad y cautela de Diego.

Por último, añadir que el plazo de prescripción de la acción para exigir responsabilidad civil extracontractual es de 1 año desde que la persona perjudicada conoció la existencia del daño (art. 1968.2 CC).²³

Ahora analizaré la posible aplicación del art. 98 CC a la presente cuestión. Este precepto, que fue, introducido por la ley 30/1981 de 7 de julio, que modificó el Código Civil, prevé una indemnización a favor del cónyuge de buena fe cuyo matrimonio fue declarado nulo, e indica que ha de existir convivencia conyugal, atendiendo a las circunstancias que prevé el art. 97 del CC (este artículo enumera circunstancias para fijar una pensión compensatoria).

Existen diferentes posturas doctrinales a la hora de defender la finalidad y naturaleza jurídica de esta indemnización: indemnización de carácter sancionador²⁴; indemnización por el desequilibrio económico como consecuencia de la nulidad matrimonial²⁵; indemnización resarcitoria, asistencial y compensatoria²⁶. En este sentido, la STS 266/1992, de 10 de marzo de 1992²⁷ deja claro, que, a pesar de la diversidad de posturas, esta indemnización no es de naturaleza alimenticia ni corresponde a la pensión compensatoria que establece el art. 97 CC.

La sentencia del Tribunal Supremo 266/1992, explica que la indemnización del art. 98 CC es una “equitativa reparación económica equilibradora de los desajustes que ocasione la nulidad matrimonial”. Añade que esta indemnización no busca imponer sanciones, sino que su finalidad es reducir “distancias económicas y sociales derivadas del matrimonio”, de forma que se decanta por la teoría de que la presente indemnización es resarcitoria, asistencial y compensatoria. LEÓN GONZÁLEZ elabora un comentario sobre esta sentencia, en el cual indica que es muy importante diferenciar ambas indemnizaciones (la indemnización que establece el art. 98 CC y la responsabilidad civil extracontractual), a pesar de que dicha sentencia deja abierta la vía de compatibilizar ambos artículos. El art. 1902 CC se utiliza, aclara este autor, para “reparar daños morales, daños patrimoniales que no recoge el art. 98 CC o por la frustración de un proyecto de vida o la expectativa de una familia estable”²⁸.

En definitiva, para aplicar el art. 98 CC han de cumplirse los siguientes requisitos: que se haya declarado la nulidad matrimonial, que haya existido convivencia conyugal

²³ GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R. “Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas”. *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVI (2013) pp. 203-214.

²⁴ ROCA I TRÍAS, E., *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. I, Tecnos. Madrid, 1984, pp. 629 y ss.

²⁵ LASARTE ÁLVAREZ, C. Y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. *Matrimonio y divorcio: comentarios al Título IV del libro primero del Código Civil*. 2ª Ed. Civitas, Madrid, 1994, pp. 1987 y ss.

²⁶ LEÓN GONZÁLEZ, M., “La indemnización del artículo 98 del Código Civil (comentario a la sentencia de 10 de marzo de 1992)”, en *ADC*, t. XLVI, fascículo II, abril – junio, 1993, pp. 968 y ss.

²⁷ Cfr. STS, Sala de lo Civil, 266/1992, de 10 de marzo de 1992 (ECLI: ES:TS:1992:2016).

²⁸ LEÓN GONZÁLEZ, M. “La indemnización del art. 98 del Código Civil (comentario a la sentencia de 10 de marzo de 1992)”, en *ADC*, t. XLVI, fascículo II, abril – junio, 1993, pp. 968 – 969.

(no se fija una duración concreta), que el cónyuge que solicite la indemnización haya actuado de buena fe y que concurren las circunstancias previstas en el art. 97 del CC para su cuantificación.

He de pararme en la apreciación de la buena fe. Este término puede comprenderse como el desconocimiento de que exista la causa de nulidad al contraer el vínculo matrimonial.

ROCA TRÍAS defiende que el art. 98 del CC solo se aplicará si existe un cónyuge de buena fe en contra del otro cónyuge de mala fe, es decir, que no se podrá aplicar cuando ambos cónyuges hayan actuado de mala fe (porque el artículo exige que uno de los cónyuges sea de buena fe) o los dos en buena fe (faltaría el cónyuge que se va a sancionar y se produciría una compensación de pretensiones)²⁹. No obstante, LASARTE ÁLVAREZ y VALPUESTA FERNÁNDEZ defienden la idea contraria, que el hecho de que se declaren dos cónyuges de buena fe no descarta la aplicación del art. 98 CC³⁰, señalando que cualquiera de los dos podría solicitar la indemnización por el desequilibrio económico producido por la declaración de nulidad, sin que exista un precepto que prohíba tal cosa.

En este caso, Raquel desconocía que Diego era portador del VIH y que no había obtenido el grado en educación; ignorando la causa de nulidad. Por lo que no existe duda en afirmar que actuó de buena fe, cumpliéndose el requisito exigido por el art. 98 CC. Debemos tener en cuenta el art. 95.2 CC que presume la buena fe de los cónyuges, sin embargo, ¿Diego actuó de buena fe?

Un cónyuge actúa de mala fe cuando “proceda de forma moral o jurídicamente reprochable en la celebración del matrimonio, abstracción hecha de su conocimiento o ignorancia de que el matrimonio que va a contraerse será nulo”³¹. En este caso Diego no actuó de mala fe porque desconocía que era portador del VIH el día que contrajo matrimonio con Raquel, actuando de mala fe posteriormente, al ocultar la verdad a su esposa. Tener en cuenta la SAP de Madrid, 832/2011, de 13 de noviembre, que califica la conducta del litigante de mala fe, porque, aunque desconociese que padecía la enfermedad de transmisión sexual en el momento de contraer matrimonio, “no podía ignorar, por la práctica de dichas actividades sexuales, que, al menos, existía un cierto riesgo de sufrir tales padecimientos y, consiguientemente, de transmitirlos a su cónyuge, que ignoraba tales antecedentes actividades”³². En este caso se presume la buena fe de Diego, por su desconocimiento en el momento de contraer matrimonio, y porque los hechos no indican como contrajo este virus, pudiendo ser contagiado de muchas formas. No se rechaza la aplicación del art. 98 CC en este caso, al existir dos cónyuges que han actuado de buena fe al contraer el matrimonio, adoptando la postura defendida por LASARTE ÁLVAREZ y VALPUESTA FERNÁNDEZ.

²⁹ ROCA I TRÍAS, E., *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. I, Tecnos. Madrid, 1984, pp. 629 y ss.

³⁰ LASARTE ÁLVAREZ, C. Y VALPUESTA FERNÁNDEZ, R. *Matrimonio y divorcio: comentarios al Título IV del libro primero del Código Civil*. 2ª Ed. Civitas, Madrid, 1994, pp. 1187 y ss.

³¹ PÉREZ MARTÍN, A.J. *Procedimiento contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*. 2ª Ed. Lex nova, Valladolid. 2011. pp. 100 – 101.

³² Cfr. SAP de Madrid, 832/2011, de 13 de noviembre de 2011, Fundamento Jurídico Tercero (ECLI:ES:APM:2011:15935).

En este caso, existe jurisprudencia que apoya aplicar el art. 98 CC para resarcir los gastos de la boda: la SAP de Toledo 465/2001, de 14 de noviembre de 2001³³ condenó a la demandada a resarcir los gastos de la boda, por considerar que esos gastos fueron un daño causado por la declaración de la nulidad (cumpliéndose los requisitos anteriormente mencionados: buena fe, convivencia conyugal,...); la SAP de las Islas Baleares 233/2006, de 5 de junio de 2006³⁴ también se apoya en el art. 98 del CC para resarcir el daño moral y psicológico causado por la declaración de la nulidad matrimonial, explicando cómo incide el art. 97 CC en este caso para establecer el quantum de la indemnización.

En la presente situación podría aplicarse el art. 98 CC, que establece una indemnización objetiva (no precisa la prueba del daño) que busca indemnizar los perjuicios que se han ocasionado al cónyuge de buena fe (en este caso a Raquel) por el desajuste económico provocado, con el objetivo de resarcir el dinero utilizado para celebrar la boda. Por tanto, es una vía para obtener la indemnización del daño sufrido.

En conclusión, después de lo expuesto, defiendo la aplicación del art. 98 CC para indemnizar los gastos de la celebración de la boda, por importe de 7500 euros. Soy consciente de que también podría aplicarse la responsabilidad civil al presente caso, ya que responde a los requisitos que prevé el art. 1902 CC. Sin embargo, el art. 98 CC está previsto para este tipo de daños: los gastos derivados de la celebración de esta boda, conforman un daño que es fruto de un matrimonio que en realidad es nulo, cuyas consecuencias han de ser reparadas, en este caso por Diego. Por ello, no es necesario acudir a un ámbito tan general como es el de la responsabilidad civil, cuando nuestro ordenamiento prevé una indemnización específica dentro del Derecho de Familia para solventar este tipo de cuestiones.

³³ Cfr. SAP de Toledo 456/2001, de 14 de noviembre de 2001 (ECLI: ES: APTO:2001:1135).

³⁴ Cfr. SAP de las Islas Baleares 233/2006, de 5 de junio de 2006 (ECLI: ES:APIB:2006:1583).

III. RESPONSABILIDAD CIVIL POR SUFRIMIENTO PSÍQUICO.

Aplicar el Derecho de daños al Derecho de Familia es una cuestión problemática que ha provocado disputa entre la doctrina y la jurisprudencia: ¿el hecho de que ambos cónyuges mantengan un vínculo matrimonial los excluye o no de responder de determinados daños (amparándose en el principio de responsabilidad civil) ocasionados el uno al otro?

Los que defienden que no se puede aplicar el Derecho de daños entre cónyuges se apoyan en los siguientes razonamientos: concepción de la familia como unidad, lo que le otorga cierta inmunidad o privilegio; modelo de familia patriarcal y del interés supraindividual del s. XIX; deberes y derechos conyugales como deberes éticos y morales, pero no jurídicos; el riesgo de intensificar demandas banales y consecuencias negativas para el grupo familiar; aplicación exclusiva de las sanciones del Derecho de familia para daños causados entre los cónyuges (por ejemplo el art. 98 CC, anteriormente explicado).³⁵

Los que argumentan que se puede aplicar el Derecho de daños entre cónyuges se apoyan en un cambio de pensamiento más individualizado de los miembros que componen la familia, en el libre desarrollo de la personalidad y en la igualdad entre cónyuges. Sobre esta base, defienden su aplicación en las siguientes causas: daño realizado como consecuencia de un delito regulado en el Código Penal; daño por violación o lesión de derechos fundamentales y daños causados por haber infringido el art. 1902 CC (responsabilidad civil extracontractual).³⁶

Desde el punto de vista normativo, no existe ningún precepto que excluya la aplicación de las normas de responsabilidad civil cuando el daño se produzca entre sujetos que pertenecen a una misma familia, por lo que aplicaré el Derecho de daños al Derecho de Familia, amparándome en la responsabilidad civil para indemnizar el sufrimiento psíquico provocado de un cónyuge a otro.

En este caso, podríamos argumentar la existencia de un delito de lesiones que provocó un daño concretado en el sufrimiento psíquico, siendo posible solicitar responsabilidad civil amparándose en el art. 109 CP que, a su vez, no excluye que el daño se pueda producir entre sujetos vinculados por un matrimonio. Otra posible argumentación sería la responsabilidad del cónyuge amparado por el art. 1902 CC, expuesto en la segunda cuestión, por vulnerar el principio general *neminem laedere*.

La naturaleza jurídica de la responsabilidad civil por daños morales es punitiva para una parte de la doctrina y compensatoria para la otra división de la doctrina. Los que apoyan que esta indemnización tiene función punitiva se basan en que igualar en dinero el daño sufrido es casi imposible, siendo su objetivo más un castigo que una reconstrucción del daño³⁷. Los que defienden que esta indemnización tenga función compensatoria argumentan que la compensación económica ofrece la posibilidad de utilizar el dinero en otras actividades para poder superar el daño sufrido³⁸. Esta última

³⁵ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Responsabilidad Civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009. p. 74.

³⁶ VARGAS ARAVENA, DAVID G. “Responsabilidad civil y matrimonio”, *Revista de Derecho de Familia*, N° 3, 2017, pp. 1 - 23.

³⁷ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª P. “El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, julio – agosto 2006, p. 43.

³⁸ GARCÍA SERRANO, F. de A., “El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil”, *Anuario de Derecho Civil*, vol. 25, N° 3, 1972, pp. 799 a 851.

posición de la doctrina la apoya la STS 1163/2003, de 9 de diciembre que dice así: “lo que se trata precisamente no es de llevar a cabo una reparación en el patrimonio, sino de contribuir de alguna manera a sobrellevar el dolor y angustia de las personas perjudicadas por el actuar injusto, abusivo o ilegal de otro”³⁹.

Para aplicar el art. 1902 del CC, que regula la responsabilidad civil extracontractual, han de cumplirse los siguientes requisitos: debe existir una acción u omisión en la que haya intervenido culpa o negligencia, ha de producirse un daño, y debe haber una relación de causalidad entre la acción u omisión y el daño.

Empecemos por el daño: ¿el sufrimiento psíquico puede entrar dentro del concepto de daño que recoge la responsabilidad civil?

El concepto de daño es un concepto muy amplio, que abarca cualquier tipo de menoscabo de naturaleza patrimonial o no patrimonial (en el art. 1107 CC se recoge que se resarcirán todos los daños, con lo cual podemos incluir el daño moral, a pesar de que el CC no contempla una indemnización específica por daños morales) y, además, se considera un elemento constitutivo de la responsabilidad civil. Para calificar un daño como patrimonial o no patrimonial me decanto por la doctrina que apoya la *concepción subjetiva – consecuencialista*⁴⁰, que determina la naturaleza del daño según la naturaleza del interés lesionado, es decir, atendiendo a las consecuencias que el daño tiene en el ámbito patrimonial o personal de quien los sufre; en contraposición con la *concepción objetiva – típica*⁴¹.

El daño al que se refiere la presente cuestión es un daño moral o extrapatrimonial⁴². La jurisprudencia y la doctrina admiten la responsabilidad civil por daños morales dentro del concepto de daño, como resultado de una larga evolución, que empezó admitiendo el daño moral dentro del ámbito de la responsabilidad extracontractual, y años más tarde, reconoció el daño moral en la responsabilidad contractual.

No existe un concepto unánime de daño moral, a pesar de que su admisión se remonta a la STS de 6 de diciembre de 1912⁴³, que se refiere a la indemnización por daño moral, pero no comprendida en el ámbito del Derecho de Familia. Parte de la doctrina define daño moral por exclusión del daño patrimonial (concepción negativa del daño moral). Así lo hace, por ejemplo, ROCA TRÍAS, que define los daños morales como “aquéllos que afectan a la persona en cualquiera de sus esferas que no sea la

³⁹ Cfr. STS, Sala de lo Civil, 1163/2003, de 9 de diciembre de 2003, Fundamento Jurídico Segundo (ECLI: ES:TS:2003:7877).

⁴⁰ PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., comparte esta concepción en sus conclusiones sobre la concepción del daño no patrimonial, en su obra: *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2016, p. 309.

⁴¹ CARRASCO PERERA, A., la explica así: “desde punto de vista objetivo, consideraremos daño moral el daño que se produce en una serie (limitada) de bienes jurídicos, definidos como bienes de valor inestimable, y con referencia a cualquier tipo de daño que puedan sufrir semejantes bienes tipificados...” *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Navarra, 2010, pp. 1230 y 1231.

⁴² CASADO ANDRÉS, B. “El concepto del daño moral. Estudios doctrinales”. *Revista de Derecho. UNED*, Nº18, 2016, pp. 400 - 420.

⁴³ Cfr. STS de 6 de diciembre de 1912, Ponente D. Rafael Bermejo (RJ 1912, 95) extraída de PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, p. 157.

patrimonial”⁴⁴. En cambio, la otra parte de la doctrina (concepción positiva del daño moral) ofrece definiciones que no hacen referencia al daño patrimonial. Así, entre otras definiciones, destacamos la de ROVIRA SUEIRO “daño moral como *pretium doloris*”⁴⁵, o la de GARCÍA LÓPEZ, “daño moral atendiendo a la naturaleza de su objeto y a la consideración del daño como consecuencia perniciosa”⁴⁶.

La jurisprudencia delimita el concepto de daño moral a partir de las siguientes sentencias. La STS 412/2014, de 10 de julio explica que “el daño moral se identifica con las consecuencias no patrimoniales representadas por el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que en algunas personas pueden producir ciertas conductas, actividades e incluso resultados”⁴⁷. La STS 366/2010, de 15 de junio indica que el reconocimiento del daño indemnizable requiere “padecimiento o sufrimiento psíquico, y la más reciente doctrina jurisprudencial se ha referido al impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad, impacto emocional, etc.”⁴⁸. La SAP de Granada 43/2005, de 25 de enero establece el concepto de daño moral como “el infligido a las creencias, a los sentimientos, a la dignidad de la persona o a su salud física o psíquica, y ello como consecuencia de una conducta indebida (ilícita)”⁴⁹. Por tanto, el sufrimiento psíquico que sufrió Raquel puede entrar dentro del concepto de daño moral en el ámbito de la responsabilidad civil, siempre y cuando sea probado.

El segundo requisito que se exige es analizar si existe una acción u omisión en la que haya intervenido culpa o negligencia.

Para que exista responsabilidad civil se requiere una acción u omisión por parte de la persona que realiza el daño, en este caso, Diego, posible transmitente del VIH, que realizó actividades sexuales utilizando un preservativo caducado, sin informar a su cónyuge que era portador del VIH. Esta conducta o comportamiento ha de ser culposa o, al menos, negligente. Por ello, ha de analizarse si Diego actuó con la debida diligencia para evitar la transmisión del VIH, lo que se traduce en utilizar las medidas adecuadas de prevención e informar a su cónyuge de que es portador de dicha enfermedad, como argumenté en la segunda cuestión. Por lo que deduzco, no se actuó con la diligencia necesaria para evitar un posible contagio, descuidando la atención en la fecha de caducidad del método de protección utilizado y al no informar a su pareja, imputándose el título de culpa.

Baso esta argumentación en la jurisprudencia anteriormente referida, la SAP de Madrid 653/2007, de 10 de julio⁵⁰, que admitió la reparación de daños morales causados

⁴⁴ ROCA TRÍAS, E., *Derecho de Daños, Textos y materiales*, 5.ª ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 187.

⁴⁵ ROVIRA SUEIRO, M. E., defiende el daño moral como dolor físico o psíquico como consecuencia del perjuicio ocasionado, en su obra: *La Responsabilidad Civil derivada de los Daños Ocasionados al Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Cedecs, Barcelona, 1999, p. 237 y ss.

⁴⁶ GARCÍA LÓPEZ, define el daño moral como “el resultado perjudicial que tiene por objeto la lesión o menoscabo de alguno de los bienes o derechos correspondientes al ámbito estrictamente personal de la esfera jurídica del sujeto de derecho, que se resarcen por vía satisfactoria bajo el criterio equitativo del juez” Cfr. GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 80.

⁴⁷ Cfr. STS, Sala de lo Civil, 412/2014, de 10 de julio de 2014, Fundamento Jurídico Cuarto (ECLI: ES:TS:2014:3433).

⁴⁸ Cfr. STS, Sala de lo Civil, 366/2010, 15 de junio de 2010, Fundamento Jurídico Octavo (ECLI:ES:TS:2010:4384).

⁴⁹ Cfr. SAP de Granada 43/2005, de 25 de enero de 2005, Fundamento Jurídico Primero (ECLI: ES:APGR:2005:93).

⁵⁰ Cfr. SAP de Madrid 653/2007, de 10 de julio de 2007 (ECLI: ES:APM:2007:12301).

por la omisión con culpa al ocultar su enfermedad (SIDA), amparándose en el art. 1902 del CC.

Existe debate entre la jurisprudencia sobre la exigencia de dolo en el acto u omisión, o si es suficiente con culpa o negligencia.

Entre las sentencias que exigen una conducta dolosa del cónyuge destaco, la STS 687/1999, de 22 de julio, que establece que “no era posible hacer aplicación del meritado precepto (art. 1902 CC), debido a no haberse apreciado una conducta dolosa en el comportamiento atribuido a la Sra. Carlos José”⁵¹. En este sentido también se ha manifestado el Tribunal Supremo en la STS 701/1999, de 30 de julio⁵², y la Audiencia Provincial en la SAP de Valencia 597/2004, de 2 de noviembre⁵³.

Las sentencias que argumentan que es suficiente con culpa o negligencia son, entre otras, la SAP de las Islas Baleares 585/2001, de 14 de septiembre, que establece lo siguiente: “es muy reiterada la doctrina jurisprudencial que señala que el principio de responsabilidad por culpa es básico en nuestro ordenamiento jurídico, encontrándose recogido en el artículo 1902 del CC, cuya aplicación requiere, por regla general, la necesidad ineludible de un reproche culpabilístico al eventual responsable de un resultado dañoso”⁵⁴, y la SAP de Granada 43/2005, de 25 de enero, que expresa lo siguiente: “no es preciso acudir a la figura del dolo causante para establecer las indemnizaciones, dicho de otra manera, para fundamentarlas. Es suficiente para ello, la mera actitud imprudente, negligente, del señor demandado”⁵⁵.

Por último, la responsabilidad civil exige una relación de causalidad entre el daño producido y la acción u omisión. Esta relación ha de venir probada por documentos, pruebas testificales, dictámenes médicos, etc. En este caso el hecho de que Diego ocultase información relevante para la salud de Raquel y de su hijo y sus mentiras respecto a sus estudios, provocaron un sufrimiento psíquico en Raquel al descubrir la verdad, considerado daño moral por la doctrina y la jurisprudencia. Por tanto, Diego es el causante de dicho daño, apreciándose una relación de causalidad entre la conducta de Diego y el sufrimiento psíquico de Raquel. Ha de atribuírsele el título de culpa no atenuado por el hecho de que no hubo una transmisión efectiva del VIH, tal y como expliqué en la segunda cuestión, basándome en la STS 549/2006, de 7 de junio⁵⁶, la cual también toma de referencia la SAP de Madrid 653/2007, de 10 de julio anteriormente referida⁵⁷.

Una vez analizado que cumple con los requisitos del art. 1902 del CC, deberíamos analizar si Raquel está en plazo para solicitar la acción. El art. 1968.2 CC establece que la acción para exigir la responsabilidad civil prescribe en un año desde que el agraviado conoció el daño. Raquel descubre que Diego le ocultó que era portador de VIH y que

⁵¹ Cfr. STS, Sala de lo Civil, 687/1999, de 22 de julio de 1999, Fundamento Jurídico Sexto (ECLI: ES:TS:1999:5364).

⁵² Cfr. STS, Sala de lo Civil, 701/1999, de 30 de julio de 1999 (ECLI: ES:TS:1999:5489).

⁵³ Cfr. SAP de Valencia 597/2004, de 2 de noviembre de 2004 (ECLI: ES:APV:2004:4688).

⁵⁴ Cfr. SAP de las Islas Baleares 585/2001, de 14 de septiembre de 2001, Fundamento Jurídico Cuarto (ECLI:ES:APIB:2001:2067).

⁵⁵ Cfr. SAP de Granada 43/2005, de 25 de enero de 2005, Fundamento Jurídico Primero (ECLI: ES:APGR:2005:93).

⁵⁶ Cfr. STS, Sala de lo Civil, 549/2006, de 7 de junio de 2006 (ECLI: ES:TS:2006:3886).

⁵⁷ ALVENTOSA DEL RÍO, J. “Responsabilidad civil derivada de la transmisión del VIH/SIDA por vía sexual en el ámbito jurídico español”, *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº 34, Mayo – Agosto 2014, pp. 229-265.

mintió respecto a su carrera universitaria a finales del año 2018, por lo que tendrá de plazo para poder solicitar la acción, en principio, hasta finales de 2019.

Sin embargo, la SAP de las Islas Baleares 585/2001, de 14 de septiembre, anteriormente citada, añade lo siguiente en cuanto a la prescripción: “El "dies a quo", no debe ser considerado aquel en el cual la actora conoció que padecía la enfermedad del SIDA (en este caso el día en que se confirmó que no padecía dicha enfermedad), sino el que conoció de una manera lo suficientemente clara el origen de su enfermedad, con la eventual culpa del demandado”. En este caso, se corrobora que el plazo empezaría a contar, no desde que Raquel realiza las pruebas para ver si habían resultado contagiados ella y su hijo por el virus, sino desde que Diego le desveló que corría el riesgo de ser contagiada.

La SAP de las Islas Baleares 585/2001 continúa diciendo: “Es doctrina muy reiterada el carácter restrictivo con el que debe ser interpretado el requisito de la prescripción partiendo de que es una institución no fundada en principios de estricta justicia, sino en los de abandono o dejadez en el ejercicio del propio derecho, y en el de seguridad jurídica, su aplicación por los tribunales no debe ser rigurosa sino cautelosa o restrictiva”. Por lo cual se deduce que la prescripción ha de aplicarse con el criterio restrictivo establecido por la jurisprudencia, también apoyado por la SAP de Valencia 597/2004, de 2 de noviembre⁵⁸. Por tanto, corroboro que Raquel tiene hasta finales de 2019 para solicitar la acción de responsabilidad civil extracontractual. Hay que tener en cuenta que, si la acción de responsabilidad civil tiene su origen en un delito de lesiones, por ejemplo, se aplicaría el artículo 1964 CC, que prevé un plazo de prescripción de 5 años, sustituyéndose el art. 1968.2 CC.

Por último, ha de tenerse presente la cuantificación del daño moral. El daño moral solo es indemnizable cuando tenga “cierta entidad, y no se confunda con la contrariedad general de la vida a la que todos estamos sometidos”⁵⁹. Este tipo de daños no tienen una interpretación económica fácil. Para establecer el *quantum* de esta indemnización, los jueces realizan una valoración atendiendo a las circunstancias del caso concreto, sin excluir que las partes puedan aportar datos para su cuantificación, tal como establece la STS 291/2001 de 24 de marzo⁶⁰, utilizando criterios de equidad e igualdad analizando la lesión producida.

Por tanto, para establecer una cantidad por el daño moral sufrido, se suelen analizar las facturas aportadas con la demanda, las consecuencias que puede haber a medio o largo plazo, la conducta del demandado, etc. Hay que tener en cuenta que esta enfermedad no lleva aparejada la muerte, sin embargo, no goza de vacuna, y la incertidumbre de desconocer si la padeces tú o tu hijo genera daño emocional, estrés que perjudica tu día a día, consideración relevante que ha de tener en cuenta el juez para llevar a cabo la cuantificación del daño.

En conclusión, respondiendo a la cuestión tercera, Raquel puede exigir responsabilidad civil a Diego por el sufrimiento psíquico, que ha de probar con los medios anteriormente indicados.

⁵⁸ Cfr. SAP de Valencia 597/2004 de 2 de noviembre de 2004 (ECLI: ES:APV:2004:4688).

⁵⁹ LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 453.

⁶⁰ Cfr. STS, Sala de lo Civil, 291/2001, de 24 de marzo de 2001 (ECLI: ES:TS:2001:2410).

IV. DELITO DE LESIONES.

El VIH (Virus de la Inmunodeficiencia Humana) empieza a conocerse a partir de un informe médico oficial en Estados Unidos del año 1981, tratándose de un virus que “infecta las células del sistema inmunitario y las destruye o trastorna su funcionamiento, lo que acarrea el deterioro progresivo de dicho sistema y acaba produciendo deficiencia inmunitaria”⁶¹. Este virus se transmite a través de relaciones sexuales sin protección o por transfusión de sangre contaminada, o mismo al compartir material quirúrgico, objetos punzocortantes, etc. Si una madre está infectada por este virus, puede transmitírselo a su hijo durante el embarazo (posibilidad que existía en este caso), parto o lactancia.

Para comprender las consecuencias de esta grave enfermedad, la SAP de Madrid 17/2011, del 27 de junio, en su fundamento jurídico tercero explica que “se trata de una enfermedad incurable, que precisa de tratamiento para toda la vida, impone serias e importantísimas limitaciones para la vida y relaciones cotidianas de quien resulta afectado por ella y, determina la altísima probabilidad de contraer gravísimas enfermedades con indudable riesgo vital, determinando, tras unos años normalmente entre 6 y 10 el desarrollo del síndrome de inmunodeficiencia adquirida, o fase de enfermedad avanzada por VIH en la que aparecen las infecciones oportunistas como la neumonía o la tuberculosis, y tumores, siendo los más frecuentes los linfomas de células B y el sarcoma de Kaposi”⁶².

He de remontarme en la historia legislativa en busca de una protección penal frente a transmisiones por enfermedades contagiosas (en este caso, de transmisión sexual), teniendo en cuenta su relevancia lo largo de los años:

Inicialmente, el CP de 1822, en su art. 348 recogía lo siguiente: “Los que introdujeren o propagaren enfermedades contagiosas o efectos contagiados, y a los que quebrantaren las cuarentenas y los cordones de sanidad, o se evadan de los lazaretos”⁶³. En el siglo XIX, aún no se había probado la existencia del VIH, sin embargo, el CP intentaba proteger a la población de otras enfermedades contagiosas, que se propagaban con mucha más velocidad y peligrosidad ante la insuficiencia de medios de protección.

Años más tarde, el CP de 1848 suprimió tal precepto, dejándolo en el olvido. Sin embargo, el CP de 1870 lo engloba dentro de los delitos contra la salud pública. Es el CP de 1928 el que restaura dicho artículo, denominándolo: *delito de propagación maliciosa de enfermedades*, incorporándolo dentro de los delitos contra la salud pública. El CP de 1932 anula la protección penal frente a transmisiones por enfermedades contagiosas, volviendo a introducirse con la Ley de 24 de abril de 1958 por la que se modifican determinados artículos del Código Civil, en el art. 348 bis CP, denominándolo *delito de propagación maliciosa de enfermedades*, de la misma forma que lo hizo el CP de 1928⁶⁴.

Como podemos observar, en España hubo una serie de cambios en la legislación penal que se adaptaban a la enfermedad contagiosa del momento que sufría la población.

⁶¹ Información extraída de la web de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, en su apartado preguntas y respuestas sobre el VIH/SIDA. Actualizado en noviembre de 2017. Revisado el 12 de mayo del 2020 en: <https://www.who.int/features/qa/71/es/>

⁶² Cfr. SAP de Madrid 17/2011, de 27 de junio de 2011, Fundamento Jurídico Tercero (ECLI: ES:APM:2011:18599).

⁶³ Cfr. STS, Sala de lo Penal, 690/2019, de 11 de marzo de 2020, Fundamento Jurídico Primero (ECLI: ES:TS:2020:806).

⁶⁴ BARRIOS FLORES, L.F., *VIH/SIDA y Derecho. El marco jurídico: derechos del paciente y responsabilidad sanitaria*. Tres Cantos, Madrid: You & Us, 2008. pp. 133 – 138.

En la actualidad, el CP (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1995/11/23/10/con>) (en adelante, CP) no regula ningún precepto específico que castigue la transmisión del VIH, teniendo que acudir al delito de lesiones, tipificado en el art. 147 y siguientes del CP.

Sin embargo, existe discusión entre la doctrina sobre la necesidad de introducir de nuevo un artículo en el CP que castigue conductas que generen un riesgo de transmisión del VIH, para así evitar un aumento de contagios fraudulentos, adoptando el legislador una postura paternalista⁶⁵. O, por el contrario, mantener la legislación actual, al considerar que no ayudaría a razones de prevención, mostrándose ineficaz, como concluyó estudio realizado por LAZZARINI, BRAY y BURRIS sobre la legislación penal para prevenir el VIH en Estados Unidos⁶⁶, vulnerándose el derecho de intimidad, y teniendo consecuencias como la estigmatización o discriminación afectando a la esfera social del perjudicado.

Por tanto, la transmisión del VIH ¿podría considerarse un delito de lesiones?⁶⁷.

Para empezar, es necesario tener en cuenta que el bien jurídico protegido en el delito de lesiones es el derecho a la salud y a la integridad física y psíquica. El derecho a la salud, en este caso, debe contemplarse desde el siguiente significado, “desde su significación más concreta de ausencia de afección o enfermedad en una población o individuo (...) descartándose la tipificación de estas conductas como delitos que atenten contra la salud colectiva” tal y como establece la STS 690/2019, de 11 de marzo⁶⁸.

El art. 147.1 CP es el punto de partida y el artículo que otorga una definición del delito de lesiones. Este precepto se aplica cuando se ha cometido un delito de lesiones a partir de una conducta dolosa, estableciendo como pena de prisión de 3 meses a 3 años o multa de 6 a 12 meses. El art. 147.1 CP recoge una serie de requisitos para poder aplicarse el delito de lesiones, que analizaré con el fin de poder aplicarlo al caso que nos ocupa:

1. Debe causar un daño o menoscabo de la salud física o mental, o de la integridad física.

El contagio del VIH implica un menoscabo de la salud física del infectado, pero también se han de considerar las consecuencias psicológicas que puede conllevar el ser contagiado por dicha enfermedad.

2. El menoscabo o daño debe causarse por cualquier medio o procedimiento.

En este caso, la lesión se produce por el mantenimiento de relaciones sexuales sin la protección adecuada con su cónyuge, posibilidad que no rechaza este precepto.

3. La lesión debe exigir primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico.

Para analizar este requisito hay que dejar claro dos conceptos:

- a) Primera asistencia facultativa: “la que requiere de personal con conocimientos sanitarios de forma inmediata una vez producida una lesión, se incluye actos encaminados al diagnóstico de las lesiones y

⁶⁵ ALVENTOSA DEL RÍO, J. “Responsabilidad civil derivada de la transmisión del VIH/SIDA por vía sexual en el ámbito jurídico español”, *Revista de Derecho Patrimonial*, Nº 34, Mayo – Agosto 2014, p. 253.

⁶⁶ BARRIOS FLORES, L.F., *VIH/SIDA y Derecho. El marco jurídico: derechos del paciente y responsabilidad sanitaria*. Tres Cantos, Madrid: You & Us, 2008. pp. 133 – 134.

⁶⁷ GARCÍA GARCÍA – CERVIGÓN, J., *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*. Editorial Universitaria Ramón Areces. Madrid, 2018, pp. 261 – 267.

⁶⁸ Cfr. STS, Sala de lo Penal, 690/2019, de 11 de marzo de 2020, Fundamento Jurídico Primero (ECLI: ES:TS:2020:806).

posibles complicaciones al tratamiento de la sintomatología asociada y a actos dirigidos a la prevención de sus secuelas”⁶⁹. De esta forma, podemos incluir el acto de realizar el test para detectar el contagio por el VIH dentro del concepto de primera asistencia facultativa.

b) Tratamiento médico o quirúrgico: “una vez terminada la primera asistencia facultativa se puede precisar o no, para su curación completa de este tratamiento, que debe realizarlo forzosamente personal facultativo médico titulado en una especialidad médica o quirúrgica”⁷⁰. Una vez se detecta la infección por el VIH, se ha de recibir tratamiento médico de por vida, a partir de lo prescrito por el personal facultativo médico titulado.

4. Debe existir una relación de causalidad entre la lesión y las secuelas o consecuencias que genera.

Es decir, por el contagio del VIH se generan una serie de secuelas comprendidas dentro del ámbito de esta enfermedad, no pudiendo incluirse un hueso roto por cualquier otro accidente como causa del contagio del VIH, al ser improcedente y no tener ningún tipo de conexión con dicha transmisión. Por tanto, el VIH puede generar debilidad, dolores musculares, depresión, fatiga, etc.

Por tanto, en el caso analizado se cumplen los cuatro requisitos, sin embargo, se ha de tener presente la jurisprudencia.

Primero decido excluir el dolo directo, al comprender que los actos conscientes realizados por Diego no estaban dirigidos a transmitir la enfermedad a Raquel, intentando evitarlo a través de la utilización de preservativos. La STS 474/2005, de 17 de marzo aclara el concepto de dolo directo: “cuando de manera consciente y querida, la voluntad del sujeto se dirige directamente al resultado propuesto, incluidas las consecuencias necesarias del acto que se asumen”⁷¹.

Por tanto, he de descartar la existencia de dolo directo en el caso analizado, si bien podemos plantearnos la existencia de dolo eventual. Existen dos posiciones jurídicas dentro de esta figura, que son la teoría de la probabilidad o representación, y la teoría del consentimiento. La primera teoría se basa en conocer la posibilidad de que ocurra el contagio, y tener presente la probabilidad de que ocurra o se produzca. La segunda teoría se basa en analizar la actitud interna “ex ante” del autor, es decir, en sí aprobó ese resultado, bastando con su conformidad o resignación a él. Así lo explica la SAP de Zaragoza 325/2016 de 19 de octubre, finalizando con el siguiente pronunciamiento: “el Tribunal Supremo desde hace tiempo, se acerca en sus pronunciamientos, de manera cada

⁶⁹ ORÓS MURUZÁBAL, M., CASTELLANO ARROYO, M., SUBIRANA DOMÉNECH, M., MARTÍNEZ ALCAZAR, H., “Algunos aspectos de la peritación médico forense en los casos de lesiones. Especial referencia a los conceptos de primera asistencia facultativa. Tratamiento médico y tratamiento quirúrgico.” *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*. N. 13,2005 pp. 2 – 3.

⁷⁰ ORÓS MURUZÁBAL, M., CASTELLANO ARROYO, M., SUBIRANA DOMÉNECH, M., MARTÍNEZ ALCAZAR, H., “Algunos aspectos de la peritación médico forense en los casos de lesiones. Especial referencia a los conceptos de primera asistencia facultativa. Tratamiento médico y tratamiento quirúrgico.” *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*. N. 13,2005 pp. 5 - 7.

⁷¹ Cfr, STS, Sala de lo Penal, 474/2005, de 17 de marzo de 2005, Fundamento Jurídico Séptimo (ECLI: ES:TS:2005:1709).

vez más notable, a las consecuencias de la teoría de la probabilidad. Ello no puede llamar la atención, pues esta evolución también se apercibe en la teoría del dolo eventual"⁷².

La SAP de Madrid 17/2011, de 27 de junio, explica y reafirma como reconocer el dolo eventual a partir la teoría ecléctica, actualmente seguida por la jurisprudencia. Esta teoría reúne los requisitos de la teoría de la probabilidad y la teoría del consentimiento:

El dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca. Es exigible la conciencia o conocimiento por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene, orientándose a la teoría de la probabilidad, pero sin dejar de tener en cuenta la del consentimiento⁷³.

Por tanto, existiría dolo eventual cuando el autor somete a la víctima mediante relaciones sexuales con protección inadecuada, conociendo la posibilidad de que exista ese contagio porque los preservativos tienen un margen de error, y también lo tiene el ser humano, utilizando de forma descuidada esa protección fundamental. Asume que puede existir ese contagio, teniendo presente no revelar nada a Raquel por miedo de que ella también reconozca esa posibilidad de transmisión del VIH y decida romper el vínculo matrimonial o no mantener más relaciones sexuales con él.

Teniendo en cuenta este análisis, también he de tener presente la reiterada jurisprudencia que excluye el dolo directo o eventual, cuando se utilizan preservativos para evitar el contagio de dicha enfermedad, tal y como establece la STS 690/2019, de 11 de marzo del 2020, explicando por qué razón se suprime⁷⁴:

No solo eliminaba la presencia de un dolo directo, sino que aleja la posibilidad de apreciar el dolo eventual pues, cualquiera que fuere el criterio doctrinal que al respecto se asumiera, queda excluida tanto la hipótesis de una representación próxima de la causación del resultado directamente no requerido, como la de la aceptación del mismo como consecuencia de la acción llevada a cabo, al igual que podría decirse respecto de la asunción de las consecuencias del riesgo generado.

Sin embargo, el hecho de utilizar preservativos no excluye la calificación de la conducta como imprudente, porque puede existir un descuido en su uso o una defectuosa utilización o conservación como sucedió en el presente caso. Lo que implica un comportamiento descuidado, falta de la diligencia debida, generando un riesgo real y efectivo, que finaliza en una lesión, en este caso, en una grave enfermedad somática, existiendo una relación directa entre actos imprudentes y contagio.

Por tanto, el hecho de que Diego siempre haya utilizado preservativo le excluye de calificar su conducta como dolo eventual, a pesar de que el tuviese consciencia de que existía esa posibilidad y asumiese ese resultado. Cabe ahora analizar si la conducta se puede calificar como imprudente.

Cuando la lesión se produce a partir de una conducta imprudente grave o menos grave se aplica el art. 152 CP. En caso de que exista imprudencia, la conducta habría de calificarse como grave, tal y como establece la STS 1218/2011, de 8 de noviembre “la

⁷² Cfr. SAP de Zaragoza 325/2016, de 19 de octubre de 2016, Fundamento Jurídico Primero (ECLI:ES:APZ:2016:1738).

⁷³ Cfr. SAP de Madrid 17/2011, de 27 de junio de 2011, Fundamento Jurídico Tercero (ECLI:ES:APM:2011:18599).

⁷⁴ Cfr. STS, Sala de lo Penal, 690/2019, de 11 de marzo de 2020, Fundamento Jurídico Primero (ECLI:ES:TS:2020:806).

calificación como imprudente de semejante conducta, que ha de ser considerada además como grave a los efectos de incluirla en las previsiones del artículo 152.1 2º del Código Penal (artículo 149) por la importancia del riesgo ocasionado y la entidad del resultado potencial derivado del mismo (el contagio del SIDA)”⁷⁵.

La STS 2411/2001, de 1 de abril⁷⁶ y la SAP de Madrid 17/2011, de 27 de junio anteriormente referida, explican una serie de pautas de como reconocer la responsabilidad por imprudencia:

Se parte de comprobar que existió una acción y omisión que creó un riesgo o superó el riesgo permitido, produciendo un resultado que era concreción del peligro creado. Ha de comprobarse si el sujeto pudo reconocer el peligro que su acción suponía y si pudo haber adoptado la solución correcta. Ha de concurrir también una infracción de deberes objetivos de cuidado.

- a) La concurrencia de una acción de omisión voluntaria, no maliciosa.
- b) La infracción de deberes de cuidado.
- c) La creación de un riesgo previsible y evitable de lesiones o daños.
- d) La producción de un resultado lesivo o dañoso; y que se halla en relación de causalidad con la conducta del agente.

Teniendo en cuenta esta teoría, Diego conocía que era portador de VIH, como también era conocedor de la probabilidad de contagio, dejándolo claro en sus actos: el sujeto reconocía que al mantener relaciones sexuales existía un peligro, por eso utilizaba preservativos y por la información general que existe en nuestra sociedad sobre esta enfermedad. Hay que tener en cuenta que la probabilidad de contagio es baja en un solo encuentro sexual sin la protección adecuada, pero sigue existiendo posibilidad de contagio.

Por tanto, existe una acción voluntaria omisiva, que es la de mantener las relaciones sexuales omitiéndole a Raquel que era portador de dicha enfermedad. Se infringe un deber de cuidado objetivo al no verificar la fecha de caducidad del preservativo. Se crea, a su vez, un riesgo que es previsible cada vez que mantiene relaciones sexuales y es evitable si utiliza de forma adecuada los medios de protección. Produciendo, en definitiva, el contagio de Raquel.

Un hecho relevante es el no revelar a Raquel que era portador de esta información, descubriendo la verdad después de la relación sexual mantenida con el preservativo caducado. En este caso existe disputa entre el derecho a la intimidad del portador de la enfermedad y el derecho de la salud e integridad física y psicológica de la contagiada.

Sin embargo, el límite del derecho a la intimidad se encuentra en el derecho a la vida, siendo una información de carácter relevante y crucial para la persona a la que se somete a un riesgo, cometiendo un delito en consideración de autor. Es decir, si la víctima conociese ese riesgo y decidiese mantener relaciones sexuales sin protección otorgando su consentimiento libre y válido, estaríamos ante el art. 155 CP que rebajaría la pena impuesta a uno o dos grados.

⁷⁵ Cfr. STS, Sala de lo Penal, 1218/2011, de 8 de noviembre de 2011, Fundamento Jurídico Primero (ECLI: ES:TS:2011:7857).

⁷⁶ Cfr. STS, Sala de lo Penal, 2411/2001, de 1 de abril de 2002, Fundamento Jurídico Cuarto (ECLI: ES:TS:2002:2297).

Aplicando lo expuesto, atribuyo responsabilidad penal a Diego como autor (de un delito de lesiones imprudentes, al haber realizado directa, material y voluntariamente el contagio del VIH a Raquel, por medio de relaciones sexuales mantenidas con ella, sin advertirle que era portador del VIH, y no adoptando las medidas de previsión adecuadas en la utilización de preservativos.

Hay que tener en cuenta que existen una serie de agravaciones previstas para el delito de lesiones, que se han de tener en consideración, como, por ejemplo, el art. 148.4 CP, que tiene en cuenta que la víctima sea su pareja o esposa, como sucede en este caso, endureciendo la pena de prisión de 2 a 5 años. CARBONELL MATEU, considera que este artículo del CP recoge “requisitos, y no motivos de agravación”, es decir el juez puede aplicar este precepto de forma potestativa, al establecer que el artículo 148 CP realizará una cuantificación atendiendo al resultado o riesgo producido⁷⁷.

Otra posible agravación de la pena es el art. 149.1 CP que endurece la pena de prisión de 6 a 12 años, cuando se causa una “pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformidad, o una grave enfermedad somática o psíquica”. La jurisprudencia, en casos de contagio de VIH, suele aplicar esta agravación de la pena al delito de lesiones, al considerar que la transmisión del VIH produce una grave enfermedad somática. Pero ¿qué criterios utiliza la jurisprudencia para comprender una enfermedad dentro de dicho concepto?

La STS 242/2013, de 1 de abril⁷⁸, remarca que no existe un criterio de interpretación para integrar una determinada enfermedad dentro del concepto de grave enfermedad somática. Sin embargo, esta sentencia establece una serie de pautas jurídicas basándose en la STS 129/2007, de 22 de febrero, que pretendió calificar la Hepatitis B como una grave enfermedad, no llegando a considerarla como tal, por no cumplir los siguientes requisitos: “una enfermedad crónica, la afectación física permanente que comporta el tratamiento dispensado y los cambios alimentarios y físicos que conlleva, junto a la afectación a la estructura de su personalidad y la incapacitación laboral”⁷⁹. En efecto, el VIH es una enfermedad crónica, que posee afectación física y psicológica permanente, obligando al contagiado a poseer un tratamiento médico, produciendo secuelas que pueden llegar a suponer una incapacitación laboral, y trastornos depresivos.

La SAP de Madrid 1/2004, de 2 de enero, también aplica la agravante del art. 149.1 CP a un caso de contagio de VIH. Considera el VIH como una grave enfermedad incluyéndola dentro del concepto de grave enfermedad somática, valorando las expectativas de vida, la consumación de fármacos y sus efectos secundarios que se prolongan para toda la vida, las limitaciones sociales o precauciones en relaciones sexuales que ha de tomar, y el no tener cura o solución definitiva para dicha enfermedad. En su fundamento jurídico cuarto otorga una definición de enfermedad grave: “por grave enfermedad ha de tenerse la que real o potencialmente cause un menoscabo de la salud de suma importancia, pues así lo exige el tratamiento punitivo que equipara ese concepto a las mutilaciones de miembros principales o la pérdida de sentidos corporales”⁸⁰. En este sentido es necesario tener en cuenta que, aunque el VIH se considere una grave

⁷⁷ GARCÍA GARCÍA – CERVIGÓN, J., *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*. Madrid, 2006, p. 263.

⁷⁸ Cfr. STS, Sala de lo Penal, 242/2013, de 1 de abril de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:1575).

⁷⁹ Cfr. STS, Sala de lo Penal, 129/2007, de 22 de febrero de 2007, Fundamento Jurídico Segundo (ECLI: ES:TS:2007:901).

⁸⁰ Cfr. SAP de Madrid, 1/2004, de 2 de enero de 2004, Fundamento Jurídico Cuarto (ECLI: ES: APM:2004:14).

enfermedad somática, también tiene repercusiones psicológicas en los afectados como, por ejemplo, depresión.

Concluyendo, he de aplicar el artículo 152.2 CP, que castiga al autor de lesiones por imprudencia grave, tratándose de lesiones previstas en el art. 149 CP, a una pena de prisión de 1 a 3 años. El art. 23 CP también lo aplicaría al presente caso, agravando su responsabilidad penal por ser agraviada o víctima Raquel, su cónyuge.

También hay que tener presente que, si se produce la transmisión del VIH al feto, se debe aplicar el art. 157 del CP: “El que, por cualquier medio o procedimiento, causare en un feto una lesión o enfermedad que perjudique gravemente su normal desarrollo, o provoque en el mismo una grave tara física o psíquica, será castigado con pena de prisión de 1 a 4 años”.

En caso de que exista contagio del VIH por el feto, estaríamos frente a dos resultados imprudentes, lo que implicaría un supuesto de concurso ideal de delitos, previsto en el art. 77 CP. En este sentido también se manifiesta la STS 528/2011, de 6 de junio: “estos casos dan lugar a la aplicación de la teoría del concurso y si existe una unidad de acción, es decir si mediante la misma conducta se producen varios resultados tipificados individualmente, existirá un supuesto de concurso ideal. Por lo que estamos ante dos diferentes imprudencias del artículo 152.1 2º del Código Penal, en concurso ideal (art. 77 CP)”⁸¹.

⁸¹ Cfr. STS, Sala de lo Penal, 528/2011, de 6 de junio de 2011, Fundamento Jurídico Segundo (ECLI: ES:TS:2011:3527).

V. OBJECCIÓN DE CONCIENCIA FARMACÉUTICA.

Es de gran importancia esclarecer el concepto de objeción de conciencia para comprender la siguiente cuestión. CASTRO JOVER explica dicho término de esta forma: “requiere la existencia de una norma imperativa que obligue al individuo a hacer o a no hacer algo en contra de lo que le ordenan sus creencias o convicciones personales, siendo en ese momento cuando el ordenamiento jurídico debe decidir qué bien debe primar: el que salvaguarda la norma o las creencias o convicciones personales”⁸². No obstante, LLAMAZARES FERNÁNDEZ lo define como: “una reacción individual ante una auténtica contradicción entre norma de conciencia y norma jurídica, y no ante una mera discordancia por regular el Derecho imperativamente una conducta que la conciencia individual considera de libre decisión personal”⁸³.

Por tanto, apelar a la objeción de conciencia supone amparar un comportamiento que implica la negación de cumplir un determinado deber jurídico, que está recogido o previsto en el ordenamiento jurídico, por razones de conciencia. Es de interés indicar que la objeción de conciencia no puede ser de carácter general, porque implicaría un rechazo al ordenamiento jurídico en su conjunto, lo cual nos llevaría a la arbitrariedad o desobediencia civil. Por tanto, es lógico suponer que la objeción de conciencia debe valorarse o permitirse en determinados supuestos, previstos por el ordenamiento jurídico, o por la jurisprudencia constitucional⁸⁴.

En España, el art. 16.2 CE defiende el derecho de la ciudadanía española a mantener en secreto sus creencias, sin poder ser obligados o coaccionados a pronunciarse sobre su ideología, religión o creencias. El art. 30.2 CE establece una excepción a este precepto, permitiendo el rechazo a la realización del servicio militar por razones de conciencia, desarrollado años más tarde por la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1984/12/26/48>), siendo sustituida por la Ley 22/1998, de 6 de julio, reguladora de la Objeción de Conciencia y de la Prestación Social Sustitutoria (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1998/07/06/22>). No obstante, esta legislación carece hoy de sentido, porque la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1999/05/18/17>), suspendió la prestación del servicio militar obligatorio.

La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/2010/03/03/2/con>), en su artículo 19.2, reconoce a los profesionales sanitarios que están implicados directamente con la interrupción voluntaria del embarazo el derecho a ejercer la objeción de conciencia. Por tanto, existen dos tipos de objeción de conciencia reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico: servicio militar obligatorio y el ámbito sanitario. Es la jurisprudencia y la normativa autonómica, las que reconocen otros supuestos de objeción de conciencia, como, por ejemplo, en el ámbito farmacéutico, en el ámbito laboral y el ámbito educativo.

⁸² CASTRO JOVER A., *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Granada, Comares, 1998, p. 147.

⁸³ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Educación e Ideología, Colección Conciencia y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 133.

⁸⁴ CELADOR ANGÓN, O., “La objeción de conciencia farmacéutica. Análisis comparativo de los modelos español y estadounidense”, UNED. *Revista de Derecho Político*, N° 99, mayo-agosto, 2017, p. 124.

Existe debate entre la doctrina⁸⁵ sobre la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia. Para una parte de la misma, la objeción de conciencia se conforma como un derecho fundamental vinculado a la libertad ideológica y religiosa⁸⁶, recogido en el art. 16.1 CE, a partir del cual, cualquier persona tiene derecho a realizar conductas o comportamientos afines a sus creencias o convicciones, no siendo necesario que el legislador interponga este derecho, siendo directamente aplicable. También indica que este derecho tiene un alcance limitado, ponderándose el bien jurídico con el cual colisiona. Para otra parte de la doctrina, la objeción de conciencia se configura como una manifestación de la libertad religiosa e ideológica, pero no se concibe como un derecho general a la objeción de conciencia, porque sería contrario a un Estado de Derecho, no siendo válido que la voluntad individual valga más que la voluntad general. Ahora bien, en determinados casos, el legislador o la jurisprudencia legitima el derecho de objeción de conciencia para un determinado supuesto, dotándolo de una protección directa por el art. 16.1 CE, después de examinar la norma que entra en conflicto contra la convicción o creencia personal.

A lo largo de la historia jurisprudencial, el TC ha adoptado las dos posiciones. En la STC 15/1982, de 23 de abril, el TC adopta la doctrina que configura la objeción de conciencia como un derecho fundamental⁸⁷:

Puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el art. 30.2 emplee la expresión “la Ley regulará”, la cual no significa otra cosa que la necesidad de la interpositio legislatoris no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para «regular» el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia.

De esta forma, no haría falta un desarrollo legislativo para aplicar la objeción de conciencia. Esta misma doctrina también fue aplicada por la STC 53/1985, de 11 de abril⁸⁸.

Años más tarde, el TC cambia de postura, apoyándose en la objeción de conciencia como manifestación de la libertad religiosa e ideológica. La STC 160/1987, de 27 de octubre lo explica así: “Es justamente su naturaleza excepcional lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, y lo que legitima al legislador para regularlo por Ley ordinaria «con las debidas garantías», que, si por un lado son debidas al objeto, vienen asimismo determinadas por las exigencias defensivas de la Comunidad como bien constitucional”⁸⁹. Lo que implica la necesidad de que el legislador elabore o reconozca dicha objeción de conciencia en “leyes ordinarias”, comprendiendo la importancia de su excepcionalidad o exoneración al deber general.

No obstante, tal y como indica la magistrada Adela Asua Batarrita en los votos particulares, la STC 145/2015, de 25 de junio, “lleva a cabo, de forma encubierta, un drástico *overruling* de la doctrina constitucional pergeñada durante décadas en plena

⁸⁵ BARRERO ORTEGA A., “La objeción de conciencia farmacéutica”, *Revista de estudios político*, Nº 172, 2016, pp. 86-87.

⁸⁶ Es relevante distinguir entre libertad religiosa, libertad ideológica y libertad de conciencia. La libertad religiosa es la libertad para profesar, creer y actuar conforme con el dogma y moral de una determinada religión. La libertad ideológica, se concibe como la libertad de pensamiento. La libertad de conciencia es la libertad para actuar conforme el dictamen de tu propia conciencia en el ámbito religioso y en cualquier otro.

⁸⁷ Cfr. STC 15/1982, de 23 de abril de 1982, Fundamento Jurídico Sexto (ECLI:ES:TC:1982:15).

⁸⁸ Cfr. STC 53/1985, de 11 de abril de 1985, Fundamento Jurídico Catorce (ECLI:ES:TC:1985:53).

⁸⁹ Cfr. STC 160/1987, de 27 de octubre de 1987, Fundamento Jurídico Tercero (ECLI:ES:TC:1987:160).

sintonía con los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. Este drástico cambio doctrinal puede tener consecuencias aciagas para nuestro Estado Constitucional de Derecho y, en definitiva, para el equilibrio de nuestra convivencia”⁹⁰. La magistrada considera que el pleno del TC vuelve a apostar por la doctrina que aplicó años atrás la STC 53/1985, de 11 de abril. Sin embargo, algunos autores, entre los que destaca BARRERO ORTEGA, discrepan con la magistrada, al considerar que esta sentencia no dejó clara su posición sobre la naturaleza jurídica de la objeción de conciencia general y que “de ningún modo cabe inferir que el TC haya deducido del artículo 16 CE un derecho general a la objeción de conciencia”⁹¹.

Dentro de las variantes de la objeción de conciencia, nos interesa la objeción de conciencia farmacéutica, que se presenta como una alternativa de los farmacéuticos a no dispersar determinados medicamentos, en este caso la problemática “píldora del día después”, sin llegar a ser sancionados, por entrar en conflicto con sus creencias éticas o religiosas. La CDFUE, en su art. 10, reconoce el derecho a la objeción de conciencia, de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio, lo cual implica que la UE da cobertura jurídica a este derecho.

La atención farmacéutica está vinculada al art. 43 CE, que reconoce el derecho a la protección de la salud, siendo las farmacias establecimientos sanitarios privados, de interés público. Este concepto lo otorga el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/07/24/1>), en su art. 86.6. Este mismo artículo, en su apartado 3, añade que las farmacias están obligadas a suministrar medicamentos que soliciten los particulares y el Sistema Nacional de Salud en las condiciones reglamentarias establecidas. En caso de desabastecimiento, el farmacéutico deberá otorgar un medicamento sustitutivo por el de menor precio (art. 89). Esta ley indica como infracción grave, en su art. 111. b. 15^a, negarse a dispersar medicamentos sin causa justificada. Sin embargo, la ley no da a entender qué significa “sin causa justificada”, por lo que no se descarta que se aplique a casos en los que se apela la objeción de conciencia. Otra infracción, pero esta vez está constituida como muy grave, es no disponer de las existencias de medicamentos adecuados para la normal prestación de actividades o servicios, regulada en el art. 111.c.12. En cuanto a las exigencias mínimas materiales, el art. 86.2 indica que el Gobierno establecerá las exigencias mínimas materiales, independientemente de las competencias que tengan las Comunidades Autónomas en esta materia.

Frente a este marco jurídico estatal, la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1997/04/25/16>), indica que, con el objetivo de mejorar la atención farmacéutica, se establece un marco jurídico básico, que se ha de completar por las comunidades autónomas competentes en esta materia. Es decir, la Comunidad Autónoma no tiene competencia exclusiva, sino que concurren la competencia estatal y autonómica.

El art. 28 y 33 de la Ley Orgánica 1/1981, de 6 de abril, de Estatuto de Autonomía para Galicia (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1981/04/06/1/con>), establecen que le corresponde a la Comunidad Autónoma el desarrollo legislativo y la ejecución de la

⁹⁰ Cfr. STC, 145/2015, de 25 de junio de 2015. Votos Particulares. (ECLI:ES:TC:2015:145).

⁹¹ BARRERO ORTEGA A., “La objeción de conciencia farmacéutica”, *Revista de estudios políticos*, N° 172, 2016, p. 94.

legislación básica del Estado en materia de sanidad interior y en establecimientos farmacéuticos. Por tanto, para esta tarea tenemos en Galicia, la Ley 3/2019, de 2 de julio, de ordenación farmacéutica de Galicia (ELI: <https://www.boe.es/eli/es-ga/l/2019/07/02/3>). En su art. 10 se regula con ambigüedad, el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos siempre que no limite el derecho a la salud de la ciudadanía. Esta ley autonómica carece de competencia para abordar un derecho que solo puede ser reconocido y regulado por el Estado⁹², a pesar de que el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, se mantiene en silencio en torno a este derecho (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/07/24/1>).

La STSJ de Andalucía 1/2007, de 8 de enero, establece que: “dicha objeción de conciencia, puede ser enarbolada cuando, en virtud de la no aplicación de dicha norma, puedan derivarse perjuicios o sanciones por su incumplimiento. Pero que solo produciría efectos excepcionales y puntuales, personales e individuales en aquellos que la esgriman frente al incumplimiento de la obligación”⁹³. Esta sentencia invoca el art. 28 y 33 del Código de Ética Farmacéutica y Deontología de la profesión farmacéutica, que reconocen la posibilidad de ejercer el derecho de objeción de conciencia, siendo la Organización Colegial la que defienda este derecho individual. La sentencia le da validez a este Código como una fuente de derechos, que habilitaría la objeción de conciencia en el sector farmacéutico. Sin embargo, la doctrina tiene sus reticencias. En concreto, ROJO ÁLVAREZ – MANZANEDA indica que esta sentencia deja abiertas varias cuestiones sobre el fondo de la controversia, como, por ejemplo, qué deberes normativos pueden ser rechazables por el farmacéutico, los límites de esta objeción, etc ⁹⁴. Por su parte, CAPODIFERRO CUBERO advierte que la sentencia muestra una falsa imagen de la objeción de conciencia farmacéutica como un derecho ilimitado⁹⁵.

El TC se ha pronunciado a lo largo de los años sobre la objeción de conciencia en diversas materias. Recientemente, en la STC 145/2015, de 25 de junio⁹⁶ falló a favor de un farmacéutico de Sevilla que no disponía de píldoras del día después, ni de preservativos, alegando sus efectos abortivos. El TC no amparó la disposición o dispensa del farmacéutico en el caso de los preservativos, pero sí en el caso de la píldora postcoital. ¿Por qué razón el TC consideró que se había vulnerado el derecho a la objeción de conciencia del farmacéutico al ser sancionado por negarse a disponer o dispensar la píldora del día después?

Para empezar, el TC declaró que existe duda sobre los efectos producidos por este medicamento, y esa falta de unanimidad científica o médica es lo que da relevancia constitucional a este conflicto de conciencia. De forma que, teniendo en cuenta la STC 53/1985, afirma que la interrupción voluntaria del embarazo y la dispensación de un farmacéutico tienen la misma finalidad, que es la concepción sobre el derecho a la vida (art. 15 CE), y concluye, por tanto, que los argumentos relevantes para reconocer la

⁹² CAPODIFERRO CUBERO, D., “Problemas regulatorios y competenciales de la objeción de conciencia farmacéutica”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 4, octubre de 2017, pp. 15 - 20.

⁹³ Cfr. STSJ de Andalucía 1/2007, de 8 de enero de 2007, Fundamento Jurídico Quinto (ECLI: ES:TSJAND:2007:1).

⁹⁴ ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA M.L., “La objeción de conciencia farmacéutica y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 8 de enero de 2007”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2008, pp. 1 - 12.

⁹⁵ CAPODIFERRO CUBERO, D., “Problemas regulatorios y competenciales de la objeción de conciencia farmacéutica”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 4, octubre de 2017, p. 7.

⁹⁶ Cfr. STC 145/2015, de 25 de junio de 2015 (ECLI:ES:TC:2015:145).

objección de conciencia en la STC 53/1985 también se dan en la objeción de conciencia sobre el deber de distribuir la píldora postcoital por los farmacéuticos. Este argumento fue y es muy discutido por la doctrina, porque se considera que la píldora del día después no posee efectos abortivos, ya que la “implantación comienza de cinco a siete días después de que los espermatozoides fecunden el óvulo y el proceso se completa varios días más tarde”⁹⁷. Por tanto, no tiene efectos abortivos si la mujer ya está embarazada. También indicar que no se puede comparar la intervención directa de un médico, con la participación indirecta de un farmacéutico, ya que este último no causa él mismo la interrupción.

El levonorgestrel, la píldora del día después o píldora postcoital, se comercializa en España desde el 2001, produciéndose en el año 2009 la venta de este medicamento sin receta⁹⁸. Este fármaco hormonal “tiene una eficacia del 95% tomada en las primeras 24 horas, y progresivamente menor hasta 58%, si se toma antes de 72 horas: es tanto más eficaz cuanto antes se la administra”⁹⁹. El Ministerio de Sanidad y Política Social, informa que esta píldora no es abortiva, ni se llega a producir lesión alguna al embrión en caso de que se produjera un embarazo, simplemente retrasa la ovulación y en la mayoría de caso evita ese embarazo.

Otra cuestión es que, si se reconoce la objeción de conciencia farmacéutica, como repercutiría con otros derechos, como el derecho de la mujer a la salud sexual y reproductiva, lo que incluye en este amparo, el acceso de protección sanitaria para interrumpir voluntariamente el embarazo, de forma que deben tener acceso a medicamentos anticonceptivos y contraceptivos legales en España. Ante esto, el TC declaró que como la farmacia se situaba en el centro de Sevilla, deduce que existía más farmacias cercanas que podían dispersar este fármaco, y que, por tanto, la negativa de este farmacéutico a distribuir la píldora postcoital no afectaba al derecho de la mujer a acceder a medicamentos anticonceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico. El TC también remarca que el farmacéutico estaba inscrito como objetor de conciencia en el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla, y que este tribunal tenía en cuenta el reconocimiento autonómico de este derecho. Sobre estas declaraciones del TC también hubo varias críticas por parte de la doctrina, debido a que no se verificó con datos reales la disponibilidad de otras farmacias cercanas, y que, en determinadas circunstancias, puede estar solo disponible la farmacia de guardia, entre otros factores que se han de tener presentes¹⁰⁰.

Sin embargo, no podemos olvidarnos de los tres votos particulares que hubo en esta sentencia. La magistrada Adela Asúa Batarrita rechaza la objeción de conciencia farmacéutica, argumentando que no existe un reconocimiento constitucional ni legal de dicha objeción. Por tanto, este reconocimiento implicaría un cambio en nuestra doctrina, que puede afectar en otros supuestos, por la negativa a cumplir un determinado deber jurídico apelando la objeción de conciencia, sin necesidad de una norma legal que lo ampare. Critica también que se declare falta de unanimidad científica en cuanto a los efectos abortivos de la píldora del día después, ya que no se han basado en ninguna prueba pericial, declarando que está fuera de lugar la extensión de la STC 53/1985. Asúa

⁹⁷ BARRERO ORTEGA A., “La objeción de conciencia farmacéutica”, *Revista de estudios políticos*, N° 172, 2016, pp. 97 – 99.

⁹⁸ BARRERO ORTEGA A., “La objeción de conciencia farmacéutica”, *Revista de estudios políticos*, N° 172, 2016, p. 135.

⁹⁹ VILA COBO, M.D., *La bioética en la encrucijada*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 137.

¹⁰⁰ BARRERO ORTEGA A., “La objeción de conciencia farmacéutica”, *Revista de estudios políticos*, N° 172, 2016, pp. 103 – 104.

Batarrita también indica que la sanción que se impuso a los cotitulares de la farmacia fue por el incumplimiento de contar con el mínimo de existencias fijado normativamente, no por la negativa a vender este medicamento por el farmacéutico, distinto a los cotitulares de la farmacia. Argumenta esta magistrada que esta sentencia, tampoco se adecua a la jurisprudencia constitucional de Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Este tribunal inadmitió el caso *Pichon y Sajous v. Francia* de 2 de octubre de 2001, en el cual dos farmacéuticos franceses, cotitulares de una farmacia, se negaron a vender medicamentos contraceptivos por motivos religiosos, siendo su farmacia la única en una localidad de Francia llamada *Salleboeuf*, aun cuando poseían prescripción médica. Los dos franceses apelaron una vulneración del art. 9 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, que recoge la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y que esta libertad para manifestar convicciones o creencias puede estar limitada por la seguridad pública, por la protección del orden, de la salud o de la moral pública, o por la protección de los derechos o libertades de los demás. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos rechazó el recurso, argumentando que la objeción de conciencia no la ampara el art. 9 CEDH y que el ordenamiento francés no prevé que los farmacéuticos puedan alegar objeción de conciencia para no vender medicamentos. Este tribunal indicó lo siguiente respecto al art. 9 CEDH:

No garantiza en todos los supuestos el derecho a comportarse en público de acuerdo con las convicciones o creencias personales. La palabra «práctica» que se utiliza en el artículo 9.1 no se refiere a todos y cada uno de los actos o comportamientos motivados o inspirados por una religión o una creencia. Han de ejercer ese derecho fuera de su esfera profesional, sin lesionar los derechos de terceros que pretenden acceder a un medicamento lícitamente prescrito por un profesional de la salud¹⁰¹.

El magistrado Fernando Valdés y el magistrado Juan Antonio Xiol indican que la sanción fue por la falta de disposición de existencias de productos que la normativa exige y no por la negativa a dispersar el medicamento, por lo que ni existe conflicto moral, ni se ha lesionado un derecho constitucional: “el conflicto que está en la base de la objeción de conciencia sólo hubiera podido materializarse en el momento de la dispensación, porque sólo poniendo en manos de un cliente ese medicamento hubiera nacido el pretendido riesgo «abortivo» que el objetor aprecia y quiere evitar”. Tampoco se puede extender la objeción de conciencia sobre el establecimiento farmacéutico en su conjunto, ya que la libertad de conciencia es un derecho personal e intransferible¹⁰².

Por ello, esta sentencia otorga a los farmacéuticos el derecho de objeción de conciencia ante el rechazo de dispersar y disponer de las existencias mínimas de medicamentos que estén relacionados con los anticonceptivos de emergencia, debido al deber moral protegido, que es la concepción sobre el derecho a la vida. Por lo que, si se trata de otro medicamento, no habría posibilidad de ampararse en la objeción de conciencia farmacéutica¹⁰³. Por tanto, concluyo que en este caso el titular de la farmacia está amparado por esta STC 145/2015, de 25 de junio, para no disponer de existencias de la píldora del día después.

¹⁰¹ CELADOR ANGÓN, O., “La objeción de conciencia farmacéutica. Análisis comparativo de los modelos español y estadounidense”, UNED. *Revista de Derecho Político*. Nº 99, mayo-agosto 2017, pp. 142 – 146.

¹⁰² BARRERO ORTEGA A., “La objeción de conciencia farmacéutica”, *Revista de estudios políticos*, Nº 172, 2016, pp. 90 – 93.

¹⁰³ CAPODIFERRO CUBERO, D., “Problemas regulatorios y competenciales de la objeción de conciencia farmacéutica”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 4, octubre de 2017, pp. 8 - 9.

VI. PRESTACIÓN ECONÓMICA POR RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL.

El riesgo durante la lactancia natural se encuentra regulado como situación protegida en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/30/8/con>), en su Título II, Capítulo IX, que está compuesto por dos artículos: 188 y 189. Posee finalidad preventiva, debido a que “pretende preservar la salud de la trabajadora y su hijo, al no poder prestar servicios por incompatibilidad de las condiciones de trabajo con su situación de madre lactante”, y reparadora, debido a que “nace como remedio para sustituir la pérdida de salario de la trabajadora durante el tiempo que exista riesgo para la lactancia”¹⁰⁴.

El Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2009/03/06/295/con>) (en adelante, Real Decreto 295/2009), en su art. 1, establece a qué trabajadores se aplica esta previsión: “a todos los regímenes del sistema de la Seguridad Social”, y también “a funcionarias públicas, a trabajadoras sometidas a normas administrativas o estatutarias, incluidas en el Régimen General de la Seguridad Social”. Raquel que trabaja en la gasolinera “GALAICAOIL S.A”, por lo que entra dentro del ámbito de aplicación, pero deberá estar afiliadas y dada de alta en la Seguridad Social en la fecha en que se inicie la suspensión de la relación laboral, lo cual se afirma que es así en los hechos.

Los arts. 26.1 y 26.4 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de Riesgos Laborales (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1995/11/08/31/con>) (en adelante, Ley 31/1995), indica que deberán evaluarse los riesgos a los que están sometidas las trabajadoras en situación de embarazo, parto reciente o lactancia, teniendo en cuenta si la situación de trabajo influye negativamente sobre la salud de la madre o del hijo. Si el resultado de ese examen implica o constata un riesgo, el empresario deberá, además de comunicar el resultado de la evaluación a la trabajadora o trabajadoras implicadas, tomar medidas para evitar o eliminar ese peligro. Es decir, adaptar las condiciones o el tiempo del trabajo de forma preventiva, y si es posible cambiar de puesto o función de su trabajo provisionalmente¹⁰⁵ de forma que sea compatible con su nueva situación. Se evitará realizar el trabajo de forma nocturna o trabajo a turnos. Si este cambio de puesto o de función no resulta posible, se suspenderá el contrato de trabajo.

El art. 45.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2015/10/23/2/con>) (en adelante Estatuto de los

¹⁰⁴ ROMERAL HERNÁNDEZ, J., “El riesgo durante la lactancia natural: prevención y protección social” *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Nº 217, Aranzadi, 2019, p. 27.

¹⁰⁵ El art. 26.2 de la Ley 31/1995, establece que para que haya cambio de puesto de trabajo o función, se debe certificar por los “Servicios Médicos del Instituto Nacional de Seguridad Social o de la Mutua, en función de la entidad con la que la empresa tenga concertada la cobertura de los riesgos profesionales, previo informe del médico del Servicio Nacional de salud que asista facultativamente a la trabajadora”. El cambio de puesto o función se realizará conforme a los criterios de movilidad funcional que establece el art. 39 del Estatuto de los Trabajadores. Este artículo establece que “el trabajador tendrá derecho a la retribución correspondiente a las funciones que efectivamente se realicen, salvo en el caso de encomienda de funciones inferiores, en los que se mantendrá la retribución de origen”. De forma que, si a la trabajadora la cambian a un puesto superior, con salario más elevado, se quedaría con esa retribución, pero si la trasladan a un puesto de trabajo inferior, tiene derecho a conservar su salario de origen.

Trabajadores), enumera catorce causas de suspensión de un contrato de trabajo, y en su apartado “e”, establece el riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses. Por tanto, estamos ante una posible causa de suspensión temporal del contrato de trabajo, que implicaría la interrupción temporal de la prestación laboral, pero sin romperse el contrato entre empresa y trabajadora.

Ello implica que será nula la decisión extintiva del empresario cuando la trabajadora se encuentre en un periodo de suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia natural, tal y como dispone el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2019/03/01/6/con>), que modifica el art. 53.4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

El art. 26.4 de la Ley 31/1995, establece una serie de requisitos para declararse la suspensión del contrato, que indicaré a continuación¹⁰⁶:

- a) Se requiere un certificado de los Servicios Médicos del Instituto Nacional de la Seguridad Social o de la Mutua de la empresa.
- b) Es necesario un informe del médico del Servicio Nacional de Salud que asista facultativamente a la trabajadora o a su hijo.
- c) Que no existan puestos de trabajo o funciones exentas de riesgo.

Por tanto, antes de nada, se debe probar que existe un riesgo específico para la trabajadora en su puesto de trabajo. Este riesgo debe estar “debidamente descrito, valorado y acreditado de manera específica en relación con la lactancia”¹⁰⁷, tal y como establece la STS 89/2019, de 6 de febrero:

Resultará contrario al derecho a la igualdad y no discriminación de la trabajadora que se le niegue a la posibilidad de acreditar que efectivamente los riesgos sí constatados con carácter general pueden tener una incidencia específica durante el periodo de lactancia, incumbiendo la carga de la prueba sobre tal cuestión a cargo del empresario que es quien, en tales, casos dispone del principio de facilidad probatoria¹⁰⁸.

Ello implica que, si la empresa decide no variar o negarse a adaptar la movilidad del puesto o función del trabajo de la empleada, evitando tomar este tipo de medidas, siendo a su vez posibles, pasando directamente a situación de suspensión del contrato de trabajo, podríamos estar ante responsabilidad de la empresa por omisión¹⁰⁹. Tener en cuenta, que el empresario solo está obligado a evaluar los riesgos específicos de la trabajadora y a adoptar las medidas preventivas, si tiene conocimiento de la situación de lactancia de su trabajadora.

La STJUE de 19 de octubre del 2017 establece que la evaluación de los riesgos debe hacerse de acuerdo con lo que dispone el art. 4.1 de la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la

¹⁰⁶ *Curso Práctico sobre contratos de trabajo*. Aranzadi, S.A.U., Julio de 2018. Tema 6: la suspensión del contrato de trabajo.

¹⁰⁷ Cfr. STS, Sala de lo Social, 89/2019, de 6 de febrero de 2019, Fundamento Jurídico Tercero y Cuarto (ECLI: ES:TS:2019:871).

¹⁰⁸ Cfr. STS, Sala de lo Social, 89/2019, de 6 de febrero de 2019, Fundamento Jurídico Tercero y Cuarto (ECLI: ES:TS:2019:871).

¹⁰⁹ El Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, lo considera en su art. 13.1 una infracción muy grave.

mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. En este precepto se impone al empresario el deber de determinar “la naturaleza, el grado y la duración de la exposición en las empresas o el establecimiento de que se trate, de las trabajadoras a que hace referencia el artículo 2 (lactancia)” por tanto, “debe incluir un examen específico que tenga en cuenta la situación individual de la trabajadora de que se trate, para determinar si su salud o su seguridad o las de su hijo están expuestas a un riesgo”¹¹⁰. La falta de evaluación de este riesgo, implica un trato menos favorable para la mujer, “permitan así presumir la existencia de una discriminación directa por razón de sexo, en el sentido de la Directiva 2006/54”¹¹¹.

La STS 244/2019, de 26 de marzo, declara sobre la controversia en el sistema de trabajo a turnos y/o nocturno¹¹²:

En caso de trabajo a turnos o con horarios y jornadas que impidan la alimentación regular del menor, sea necesario tomar en consideración la efectiva puesta a disposición de la trabajadora de las condiciones necesarias que permitan la extracción y conservación de la leche materna. No cabe, pues, limitar la perspectiva de la presencia de riesgos a la exposición a contaminantes transmisibles por vía de la leche materna.

Esta sentencia también habla de la STJUE de 19 de octubre del 2017, en relación con el art. 4 y 7 de la Directiva 92/85/CEE:

El artículo 7 de la Directiva 92/85 tiene por objeto, más concretamente, reforzar esta protección estableciendo el principio de que las trabajadoras embarazadas que hayan dado a luz o en período de lactancia no estarán obligadas a realizar un trabajo nocturno desde el momento en que presenten un certificado médico que dé fe de la necesidad de dicha protección desde el punto de vista de su seguridad o de su salud.

Por tanto, a Raquel deben realizarle una evaluación o examen objetivo e individual del riesgo que comporta trabajar en una gasolinera, y el riesgo que implica trabajar a turnos y de noche¹¹³, que pueda afectar a la lactancia natural. Decir que, en este caso, Raquel realiza horarios a turnos y turnos de noche, y también está expuesta al “benceno”, agente químico que existe en un alto nivel en las gasolineras.

Para resolver este caso debemos tener presente la STSJ de Castilla la Mancha 1158/2010, de 8 de julio, que falló a favor de la suspensión del contrato de trabajo de una mujer que trabajaba en una gasolinera durante la lactancia. Esta mujer no solo llevaba a

¹¹⁰ Cfr. STJUE, Sala Quinta, Asunto C - 531/15, de 19 de octubre del 2017 (ECLI:EU:C:2017:782).

¹¹¹ Directiva 2006/54/CEE, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, explica en su art. 2 que la discriminación directa es la situación en que una persona sea, haya sido o pudiera ser tratada por razón de sexo de manera menos favorable que otra en situación comparable. En esta sentencia se refiere al trato menos favorable de una mujer en relación con el periodo de maternidad.

¹¹² Cfr. STS, Sala de lo Social, 244/2019, de 26 de marzo de 2019, Fundamento Jurídico Tercero (ECLI:ES:TS:2019:1366).

¹¹³ La Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, otorga en su art. 2, las siguientes definiciones:

- Periodo nocturno: “todo período no inferior a siete horas, definido por la legislación nacional, y que deberá incluir, en cualquier caso, el intervalo comprendido entre las 24.00 horas y las 5.00 horas”. He de decir, que el Estatuto de los Trabajadores, en su art. 36.1 interpone otra franja horaria, adaptada al Estado Español: 22.00 – 6.00 horas;
- Trabajo por turnos: “toda forma de organización del trabajo en equipo por la que los trabajadores ocupen sucesivamente los mismos puestos de trabajo con arreglo a un ritmo determinado, incluido el ritmo rotatorio, y que podrá ser de tipo continuo o discontinuo, implicando para los trabajadores la necesidad de realizar un trabajo en distintas horas a lo largo de un período dado de días o semanas”. También define lo que es un trabajador nocturno y un trabajador a turnos.

cabo tareas en el interior de la tienda, sino “que también se extienden a otras, como el control semanal de las existencias de combustible y la recepción de camiones cisterna con combustible, actividad esta de la que se deriva el que la actora esté en contacto durante una hora diaria con la gasolina y el diésel”¹¹⁴, como es el caso de Raquel, que también realiza diferentes funciones, rotando.

La STSJ de Castilla la Mancha 1158/2010, de 8 de julio consideró que estaba expuesta a una situación de riesgo al estar en contacto con el benceno, agente químico de riesgo para las trabajadoras lactantes por el Real Decreto 298/2009, de 6 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 39/1997, de 17 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Prevención, en relación con la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2009/03/06/298>). Por lo que, si aplicamos esta sentencia, Raquel está expuesta a un riesgo, a pesar de estar equipada con guantes y botas de seguridad. El trabajo que realiza la expone a este agente químico¹¹⁵ y el horario a turnos y turnos de noche limitaría la extracción y conservación de la leche materna. El empresario, encargado o dueño de la gasolinera deberá adoptar las medidas adecuadas, y si estas no son suficientes o no tiene un puesto o función de trabajo en el que se evite este riesgo, deberá otorgarle la suspensión del contrato de trabajo temporal. La empresa ha de acreditar la imposibilidad técnica u objetiva del cambio, y la inexistencia de un puesto de trabajo que esté exento de riesgo.

El art. 48.7 del Estatuto de los Trabajadores, indica que en caso de que exista suspensión del trabajo, esta finalizará cuando el lactante cumpla nueve meses, o cuando la trabajadora se reincorpore al trabajo o sea compatible con su nueva situación. Por tanto, se finalizará con la desaparición del riesgo.

En ese periodo de suspensión, la trabajadora deberá percibir una percepción económica, periódica, de carácter temporal y compensatoria del salario que haya dejado de cobrar, esta prestación económica se denomina subsidio¹¹⁶. Esta prestación económica se inicia el día que comienza el periodo de suspensión del contrato de trabajo, y finaliza cuando existe alguna de las causas que establece el art. 50.3 del Real Decreto 295/2009:

Cumplir el hijo los nueve meses de edad; reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo o actividad profesional anterior o a otros compatibles con su estado; extinción del contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas o cese en el ejercicio de la actividad profesional; interrupción de la lactancia natural; fallecimiento de la beneficiaria o del hijo lactante.

La gestión y el pago de este subsidio le corresponde a la entidad gestora o colaboradora que resulte competente, según el art. 51.1 del Real Decreto 295/2009. El subsidio deberá ser el 100% de la base reguladora, que es la que se “establece para la

¹¹⁴ Cfr. STSJ de Castilla la Mancha, Sala de lo Social, 1158/2010, de 8 de julio de 2010 (ECLI: ES:TSJCLM:2010:2754).

¹¹⁵ El benceno es considerado una sustancia que exhibe a los trabajadores a riesgos de exposición de agentes cancerígenos. Sustancia incluida en el Anexo III del Real Decreto 665/1997, de 12 de mayo, sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes cancerígenos durante el trabajo (ECLI: <https://www.boe.es/eli/es/rd/1997/05/12/665>) (en adelante, Real Decreto 665/1997).

¹¹⁶ MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A., CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier, Barcelona, 2017, pp. 113 – 133.

prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales”¹¹⁷. El pago delegado y el porcentaje aplicable a la base reguladora, son las dos diferencias que presenta el subsidio por riesgo durante la lactancia natural con la incapacidad temporal. Debemos tener presente que no es exigible un periodo previo de cotización para obtener este subsidio, ya que el Real Decreto 295/2009, en su exposición de motivos considera esta situación como una contingencia de naturaleza profesional.

En conclusión, el benceno es una sustancia química a la cual las personas se exponen por respirar aire que contiene dicha sustancia. Los trabajadores de las industrias o, como en este caso, de gasolineras o estaciones de servicio, están expuestos a niveles más altos de benceno. La exposición continua al benceno aumenta las posibilidades de padecer leucemia y otras enfermedades de la sangre¹¹⁸. Por tanto, Raquel no debe estar en contacto con el suministro de combustible durante el periodo de lactancia, ya que el nivel es más elevado con los vapores de gasolina mientras se llenan los depósitos de los vehículos. Sin embargo, la tienda de la estación de servicio también está expuesta a un nivel considerado de benceno, debido a su cercanía con la gasolinera.

Por ello, si los organismos competentes, anteriormente indicados, consideran que, aun cambiando de puesto o de función de trabajo en la estación de servicio, Raquel sigue expuesta a un valor límite superior al que dispone el Anexo III del Real Decreto 665/1997 se deberá otorgar la suspensión del contrato de trabajo a Raquel, teniendo derecho a una prestación económica o subsidio desde que se inicia la suspensión del contrato de trabajo, hasta el 26 de junio del 2020, que es cuando su hijo cumple 9 meses. Aunque se puede extinguir antes si existe alguna de las causas, anteriormente explicadas, que establece el art. 50.3 del Real Decreto 295/2009.

Si el organismo competente declara que no existe ese riesgo en una función o puesto de trabajo diferente, la empresa deberá realizar ese cambio, evitando el turno de noche o el trabajo a turnos, ya que esto podría limitar la extracción y conservación de la leche materna, generando un riesgo para la lactancia. Durante ese cambio, Raquel tiene derecho a cobrar un salario más elevado, si a la trabajadora la cambian a un puesto de categoría superior, o a conservar el salario que disponía en el puesto o función de origen, si la trasladan a un puesto de trabajo de categoría inferior¹¹⁹.

Esta prestación económica deberá durar el periodo de tiempo que Raquel permanezca con la lactancia, con un máximo de 9 meses.

¹¹⁷ MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A., CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Atelier, Barcelona, 2017, pp. 113 – 133.

¹¹⁸ Información extraída de la web del INSTITUTO NACIONAL DEL CÁNCER, en su apartado “sustancias en el ambiente que causan cáncer”. Publicado el 20 de marzo del 2015. Revisado el 1 de junio del 2020 en: <https://www.cancer.gov/espanol/cancer/causas-prevencion/riesgo/sustancias/benceno>.

¹¹⁹ Tener presente la STS Sala de lo Social, 43/2017, de 24 de enero de 2017, que declara sobre los complementos salariales derivados de realizar guardias médicas, también aplicable a los complementos salariales por trabajar de noche, incluyéndolos en el derecho al conjunto de retribución de su puesto de origen, adoptando una postura diferente al criterio europeo. “Estamos aquí ante una reducción salarial que va más allá de la pérdida de un concreto complemento, sino que sitúa a la trabajadora en un nivel de tratamiento retributivo inferior incluso a la situación de no prestación de servicios, con lo que se pone en juego el objetivo de protección de la seguridad y la salud de las trabajadoras”. Fundamento Jurídico Sexto (ECLI: ES:TS:2017:633).

Por lo que, aplicando esta sentencia al caso, el complemento salarial por trabajar de noche o a turnos debe mantenerse en el cambio de puesto o función provisional, no permitiendo una minoración retributiva.

VII. DEBER DE DECLARACIÓN DEL RIESGO POR EL TOMADOR DEL SEGURO.

El sistema asegurador forma parte de la rama del sistema financiero. En este sistema se realiza una actividad económica – financiera esencial que consiste en asegurar riesgos similares a los que habitualmente se encuentran sometidas las personas. Los contratos de seguro dan cobertura a estos riesgos, previniendo o reparando futuras consecuencias patrimoniales desfavorables, o necesidades pecuniarias inciertas.

La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro (ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/1980/10/08/50/con>) (en adelante, LCS), posee preceptos de carácter imperativo para los contratos de seguro. Esta Ley otorga en su art. 1, una definición de lo que es un contrato de seguro: “es aquel por el que el asegurador se obliga, mediante el cobro de una prima y para el caso de que se produzca el evento cuyo riesgo es objeto de cobertura a indemnizar, dentro de los límites pactados, el daño producido al asegurado o a satisfacer un capital, una renta u otras prestaciones convenidas”. Para comprender este concepto, se han de explicar unas nociones previas.

La LCS establece dos grandes ramas de seguros. En su Título II, los seguros contra daños, y en su Título III, los seguros de personas. ARENAL LAZA, define los seguros de daños como “seguros de indemnización objetiva, el importe de la misma se determina después del siniestro, dependiendo del daño patrimonial realmente sufrido por el asegurador”¹²⁰. Dentro de los seguros de daños podemos localizar los seguros de incendios, seguros contra robos, seguros de transporte terrestre, seguro de lucro cesante, seguro de caución, seguro de crédito, seguro de responsabilidad civil, seguro de defensa jurídica y el reaseguro. Los seguros de personas se definen a partir del art. 80 la LCS: “comprende todos los riesgos que puedan afectar a la existencia, integridad corporal o salud del asegurado”. Dentro de los seguros de personas podemos localizar: el seguro de vida, el seguro de accidente, el seguro de enfermedad y de asistencia sanitaria y el seguro de decesos y dependencia.

Un contrato de seguro posee las siguientes características: es bilateral, sinalagmático y oneroso (obligaciones para ambas partes, con prestaciones correlativas: el asegurado paga la prima, y el asegurador paga la indemnización), es un contrato de duración o de ejecución continuada, es indivisible, y también es un contrato aleatorio (evento incierto y no se sabe cuándo va a ocurrir, es aleatorio), habitualmente de adhesión (el asegurador predispone las condiciones generales) y consensual. El contrato ha de realizarse de buena fe, por el cual ambas partes deben comportarse de forma leal, es decir, el asegurador debe redactar unas cláusulas claras, comprensibles en la póliza¹²¹, que no sean lesivas para el asegurado, y el tomador debe declarar el riesgo, comunicar el siniestro, etc.

Los elementos fundamentales¹²² que debe poseer todo contrato de seguro son: el interés, el riesgo y el daño. Dentro del objeto del seguro está el interés que posee el asegurado sobre el bien expuesto al riesgo, existiendo una relación económica entre un

¹²⁰ ARENAL LAZA, C., *Gestión económico – financiera básica de la actividad comercial de ventas e intermediación comercial UF1724*. Tutor Formación, La Rioja, 2018, p. 71.

¹²¹ La póliza es el documento que recoge el contrato de seguro. En él se identifican a las partes, se delimita el riesgo cubierto, el interés, la suma asegurada, el importe de la prima, las condiciones generales del contrato, si existen mediadores debe constar, etc. La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, delimita el contenido de la póliza, en su art. 8.

¹²² BAHILLO MARCOS, M^a., PÉREZ BRAVO, M^aC., ESCRIBANO RUIZ, G., *Gestión financiera*, Paraninfo, Madrid, 2013, pp. 190 - 192.

sujeto y un bien. El riesgo es la posibilidad de que se produzca un evento o suceso que cause un daño. Este riesgo asegurado debe estar especificado en la póliza. Por último, el daño, que es la lesión del interés existente o previsto, y se produce cuando se realiza el riesgo asegurado.

Los elementos personales y sus obligaciones de un contrato de seguro¹²³ son las siguientes:

- El asegurador: es la persona jurídica que se obliga a soportar el riesgo e indemnizar el daño a cambio de una prima cuando se produce el evento asegurado. Esta función solo la pueden desempeñar las entidades aseguradoras o reaseguradoras que tengan autorización administrativa para ejercer su actividad, y que cuenten con un fondo de garantía y margen de solvencia. Enumeraré sus obligaciones principales, que son las siguientes: entregar la póliza al tomador, pagar la prestación pactada y cubrir el riesgo asegurado.
- Los mediadores del seguro: las aseguradoras emplean a los mediadores como intermediarios, para captar, gestionar y contratar clientes. Actúan en la fase previa, y proporcionan asistencia post-contractual. Existen dos tipos de mediadores: los agentes de seguros, que se dividen en exclusivos, vinculantes y en operadores de banca seguros, y los corredores de seguros, que se dividen en auxiliares externos y en colaboradores externos.
- El asegurado: es la parte titular del interés objeto del seguro y la que está expuesta al riesgo.
- El tomador del seguro: es la parte que contrata con el asegurador y firma el contrato de seguro. Está obligado al cumplimiento de deberes y obligaciones que derivan del contrato, que son las siguientes: debe declarar el riesgo, pagar la prima, debe declarar las circunstancias sobrevenidas que afectan a la valoración del riesgo asegurado en el caso del seguro de daños. Lo habitual es que el tomador del seguro contrate con la aseguradora por cuenta propia, coincidiendo tomador y asegurado, como es el caso de Diego.
- El beneficiario: es el tercero a favor del cual se estipula el seguro, en este caso, a favor del hijo de Diego, siendo este el legitimado para percibir la indemnización.

Una vez analizada la teoría fundamental para resolver la cuestión, tenemos que tener presente que estamos ante un seguro de vida, en el que el tomador y asegurado es Diego, el beneficiario es su hijo y el asegurador es la Compañía de Seguros “SALUS VITAE S.A”.

En este caso vamos a centrarnos en los seguros de personas, más concretamente, en el seguro de vida, que es el aplicable a esta cuestión. Los seguros de personas gozan de una característica relevante: la póliza ha de determinar la prestación que ha de pagar el asegurador si se produce el evento asegurado. En este caso la suma es de 30.000 euros y se pagará al beneficiario cuando fallezca Diego, considerándose de esta forma un seguro para caso de muerte, que es una variante del seguro de vida.

¹²³ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J., APARICIO GONZÁLEZ, M. L., *Lecciones de derecho mercantil. Volumen II*. 16ª Ed., Thomson Reuters – Civitas, Madrid, 2018, pp. 313 - 336.

El asegurador le realizó un cuestionario a Diego, el cual tiene el deber de declarar de buena fe todas las circunstancias conocidas que influyan en la delimitación del riesgo, antes de firmar el contrato de seguro, con la finalidad de facilitar al asegurador el cálculo del riesgo. Estamos ante un deber de contestación por parte del tomador y la carga de prueba debe recaer en el asegurador¹²⁴. A Diego se le eximirá del deber de aportar información acerca de datos o circunstancias relevantes o no relevantes para delimitar el riesgo, cuando estas no estén comprendidas en el cuestionario¹²⁵, o cuando el asegurador no realizase el cuestionario (en este caso sí que hubo cuestionario), como así dispone el art. 10.1 LCS¹²⁶.

En caso de que exista reserva o inexactitud en la declaración del riesgo, el asegurador puede rescindir el contrato en el plazo de 1 mes, apoyándose en el art. 10.2 LCS, pero si el tomador fallece antes de que el asegurador haga la declaración de la rescisión, se produciría la reducción de la prestación pactada. No obstante, si existe dolo o culpa grave en la declaración del riesgo del tomador, el asegurador quedaría liberado de la obligación del pago de la prestación, según el art. 10.3 LCS. Sin embargo, se ha de tener presente el art. 89 LCS, que indica que una vez transcurrido un año (o menos si la póliza concreta un plazo inferior a un año) desde la fecha de conclusión del contrato, el asegurador no podrá impugnar el contrato en caso de que exista reticencia e inexactitud en las declaraciones del tomador, que influyan en la estimación del riesgo. Esta regla tiene una excepción, y es que, si existe dolo en la actuación del tomador sí que se podrá impugnar el contrato, aunque haya transcurrido el año.

En este caso ha de analizarse la fase previa a la contratación del seguro, observando el cuestionario resuelto y completo, con las preguntas específicas realizadas por esta Compañía de Seguros y las respuestas que dio Diego en su momento. En el cuestionario realizado la pregunta fue “¿padece SIDA?”, y Diego respondió que no. Lo cual no es una mentira, ya que ser portador del VIH no es lo mismo que padecer SIDA.

El virus VIH pasa por un proceso patológico, en el que al principio el virus permanece en estado latente y, dependiendo del infectado, se presentan más síntomas o puede que ninguno (esta fase se denomina VIH). Debido a ello, muchos infectados ignoran que son portadores del VIH hasta fases más avanzadas. A medida que progresa el virus, se va debilitando cada vez más el sistema inmunitario. La fase más avanzada de esta infección se llama Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y la duración de esta etapa varía dependiendo del infectado, alcanzándose en un intervalo de 2 – 15 años, aunque existen pacientes seropositivos que no desarrollan la patología¹²⁷.

¹²⁴ DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., “La aptitud y relevancia de las preguntas del cuestionario de salud y la valoración del deber de declaración del riesgo en un seguro de vida e invalidez vinculado a un préstamo hipotecario. Comentario STS de 7 de febrero de 2019 (RJ 2019, 320)” *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 111, 2019, pp. 2 – 27.

¹²⁵ El asegurador debe presentar un cuestionario claro, completo y detallado, de forma que las consecuencias negativas por la falta de concreción de un cuestionario deben ser soportadas por la aseguradora.

¹²⁶ La Ley 21/1990, de 19 de diciembre, adaptó el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de prestación de servicios en seguros distintos al de vida y actualizó la legislación de seguros privados. Esta modificación afectó al art. 10 LCS, añadiendo el primer párrafo. El antecedente de este precepto era el art. 381 del Código de Comercio (en la actualidad derogado), que castigaba con la nulidad el contrato de seguro que estableciera declaraciones inexactas del asegurado siempre que influyese en la estimación de los riesgos, aún hechas de buena fe.

¹²⁷ Información extraída de la web de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, en su apartado notas descriptivas: VIH/SIDA. Actualizado el 15 noviembre de 2019. Revisado el 6 de junio del 2020 en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/hiv-aids>.

Por tanto, Diego no mintió, y la pregunta realizada por la Compañía de Seguros podría haber sido más precisa, pero Diego sabe que existe el gran riesgo de desarrollar en unos años el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, por lo cual, quizá en un periodo tiempo respondería que sí, a la pregunta realizada en el cuestionario. Es decir, independientemente de cuál fuera la enfermedad causante del fallecimiento, Diego debería saber que está sujeto a un riesgo determinado y relevante y que, por tanto, sería una circunstancia que agravaría el importe de la prima, no pudiendo ampararse en la inconcreción de la pregunta para negar la existencia del riesgo. Observemos qué dicta la jurisprudencia, en cuanto a esta cuestión.

La SAP de Vizcaya 10/2000, de 18 de enero, declaró sobre un sujeto que ocultó que era portador del virus VIH en el cuestionario de un seguro de vida, debido a que solo le hicieron mención expresa al SIDA¹²⁸:

En estos supuestos, no puede desconocer u obviar que el estado o situación de portar anticuerpos del virus es un dato de influencia notoriamente relevante en punto a la contratación de un seguro de vida, por la fundamental razón de que, a pesar de lo que se acaba de mencionar - anticuerpos no equivale ni desemboca necesariamente en la enfermedad -, tampoco es descartable, médicamente hablando, que la enfermedad pueda llegar a nacer. Es contrario a la lógica o razón imaginar que, para una aseguradora de cara a la asunción del riesgo en la contratación de un seguro de vida, le resultaría indiferente que el tomador estuviera o no infectado por el VIH, por más que en el primer caso estuviera en fase asintomática.

En esta sentencia se considera que se ha infringido el deber de declaración del riesgo regulado en el art. 10 LCS, porque el cuestionario no tiene el deber de recoger de forma minuciosa y exhaustiva las diferentes patologías existentes.

De la misma forma, la SAP de Madrid de 9 de octubre del 2000 calificó la conducta del tomador como culpa grave al ocultar que era portador de VIH¹²⁹:

En el supuesto presente, la declaración incompleta del actor, configurada en culpa grave, prescindiendo de su buena o mala fe, y que, incluso, podría configurarse como dolosa ocultación de datos e inexactitud de la declaración por el alcance exacto de la enfermedad y su gravedad.

La jurisprudencia califica de dolo o culpa grave, no toda omisión o mera inexactitud en las respuestas, sino la reticencia que es determinante para una correcta evaluación del riesgo y que por no conocida no puede ser detectada por la compañía aseguradora al concertar el seguro.

Por tanto, puedo afirmar que se ha infringido el deber de declaración del riesgo recogido en el art. 10 LCS, basándome en las declaraciones de estas dos sentencias. Mi razonamiento deriva de que el VIH y el SIDA guardan una estrecha relación, siendo el mismo virus en diferentes etapas. Por ello, considero que el cuestionario no ha realizado una pregunta general, que permita obviar u omitir ese riesgo relevante para un seguro de vida, como es el ser portador del VIH. La respuesta que debería haber tenido Diego debió ser más completa, como, por ejemplo: “No, actualmente no padezco SIDA, pero en el futuro puedo llegar a desarrollar dicha enfermedad porque soy portador del VIH”.

Una vez aclarado que hubo reserva o inexactitud por parte de Diego, la pregunta que me hago a continuación es ¿existió dolo o culpa grave en la declaración del riesgo?

¹²⁸ Cfr. SAP de Vizcaya 10/2000, de 18 de enero de 2000, Fundamento Jurídico Quinto (ECLI: ES:APBI:2000:160).

¹²⁹ Cfr. SAP de Madrid de 9 de octubre de 2000, Fundamento Jurídico Quinto (ECLI: ES:APM:2000:13594).

La SAP de Cádiz 264/2014, de 18 de noviembre, declara que el dolo es “no sólo el engaño directo, sino también toda actitud pasiva o de silencio que tenga como finalidad producir en el otro el engaño y, con ello, la celebración del contrato”¹³⁰. La SAP de Madrid 487/2009, del 27 de octubre, otorga una definición similar en cuanto al dolo, poniendo en relación el art. 1269 CC con el art. 10 LCS: “El concepto de dolo que da el art. 1.269 CC, no sólo comprende la insidia directa e inductora sino también la reticencia dolosa del que calla o no advierte debidamente”. La referida SAP de Madrid también afirma que existe culpa grave cuando existe “una falta de diligencia inexcusable en la contestación del cuestionario”¹³¹.

Teniendo en cuenta la jurisprudencia, calificaría la conducta de Diego como culpa grave, ya que no existe reticencia dolosa en este caso, sino una falta de diligencia en la contestación del cuestionario, que está relacionada con la enfermedad de la que es portador, considerándose un dato relevante para la valoración del riesgo.

Por tanto, respondiendo a la pregunta y aplicando la teoría expuesta, para negarse a abonar al beneficiario los 30.000 euros, la Compañía de Seguros “SALUS VITAE S.A” debe probar que ha existido una infracción en el deber de declaración del riesgo, que como señalé anteriormente, la hubo, existiendo tres opciones¹³²:

- 1) La Compañía de Seguros podría rescindir el contrato de seguro, sin que sea necesario que exista dolo o culpa grave por el tomador, hasta el 25 de noviembre del 2019, si conociese la reserva o inexactitud del tomador del seguro. De forma que, si se rescinde el contrato, la compañía de seguros no pagaría la prestación pactada.
- 2) Si Diego llega a fallecer antes del 25 de noviembre del 2019, de forma que la Compañía de Seguros aún no había podido rescindir el contrato, la prestación “se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo”, como explica el art. 10.3 LCS.
- 3) Se podrá liberalizar el pago, aunque haya pasado un mes desde la conclusión del contrato, si existe dolo o culpa grave en las declaraciones del tomador. Como en este caso existe culpa grave, la Compañía de Seguros podría liberarse del pago, teniendo como plazo para impugnar las declaraciones del tomador por existir reticencia e inexactitud, un año, es decir hasta el 25 de octubre del 2020, por aplicación del art. 89 LCS.

¹³⁰ Cfr. SAP de Cádiz 264/2014, de 18 de noviembre de 2014, Fundamento Jurídico Segundo (ECLI: ES:APCA:2014:1733).

¹³¹ Cfr. SAP de Madrid 487/2009, del 27 de octubre de 2009, Fundamento Jurídico Segundo (ECLI: ES:APM:2009:18049).

¹³² GÓMEZ LIGÜERRE, C., “Conocimiento cualificado y declaración del riesgo asegurado. De nuevo sobre los límites del art. 10 de la Ley de Contrato de Seguro. Comentario a la STS de 30 de mayo del 2018 (RJ 2018, 2339)”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 109, 2019, pp. 2 – 17.

CONCLUSIONES.

I. Raquel podría solicitar la nulidad matrimonial amparándose en el art. 73.4 CC, al analizarse que la cualidad personal relevante para apelar nulidad matrimonial, es decir, ser portador del VIH, fue previa al vínculo matrimonial. Diego desconocía esta enfermedad al momento de contraer matrimonio, conociéndolo dos semanas después de dicho evento, y decidiendo ocultárselo a Raquel, generando un error en las cualidades personales.

El hecho de que Diego le mintiese respecto a sus estudios no sería un error relevante para otorgar la nulidad matrimonial, no obstante, el hecho de ocultar que era portador del VIH sí que lo es para la jurisprudencia, al apreciar un posible contagio que podría implicar un grave riesgo para la salud de Raquel y de su hijo, que tenía el derecho de conocer.

II. Raquel puede ampararse en el art. 98 CC, como figura específica del Derecho de Familia, para que Diego le indemnice los gastos derivados de la celebración de la boda. Esto se debe a que Raquel actuó de buena fe al contraer un matrimonio que en realidad era nulo, sufriendo un desequilibrio económico como son los gastos de la boda por importe de 7500 euros, derivado de la declaración de nulidad.

III. Raquel puede exigirle a Diego responsabilidad civil por el sufrimiento psíquico al que se vio expuesta, amparándose en el art. 1902 CC, conforme al cual se dan los tres siguientes presupuestos. Existe un daño moral, que es el sufrimiento psíquico, existe una omisión por parte de Diego al no revelarle que era portador del VIH calificada con el título de culpa, y existe una relación de causalidad entre la omisión de Diego y las consecuencias negativas que esto conllevó para la salud de Raquel.

IV. En el caso de que exista contagio, Diego incurriría en un delito de lesiones por imprudencia grave tipificado en el art. 152.2 CP, al que corresponde una pena de prisión de 1 a 3 años, por tratarse de lesiones del art. 149 CP, y confluendo con la agravante que prevé el art. 23 CP.

Esta conclusión se alcanza al analizar que hubo una acción voluntaria y sin malicia, como es la de mantener relaciones sexuales con preservativo. En este caso, se infringe un deber de cuidado, al no observar la fecha de caducidad de dicho preservativo, creándose de esta forma un riesgo previsible, cada vez que se mantienen relaciones sexuales y evitable, fijándose en que el preservativo está en buen estado para que tenga plena eficacia, que se manifiesta en el contagio del VIH.

V. El titular de la farmacia no está cometiendo ninguna infracción al no disponer de existencias de la “píldora del día después” porque está amparado por la STC 145/2015, de 25 de junio. Esta sentencia otorga amparo a los farmacéuticos que apelan al derecho de objeción de conciencia ante el rechazo de dispersar y disponer de las existencias mínimas de medicamentos que estén relacionados con los anticonceptivos de emergencia, debido al deber moral protegido, que es la concepción sobre el derecho a la vida, que se contraponen con el deber de disponer de existencias mínimas materiales.

VI. Raquel tiene derecho a una prestación económica por riesgo durante la lactancia porque en el puesto de trabajo en el que está contratada está expuesta al benceno, una sustancia química cancerígena. El dueño de la gasolinera deberá modificar su puesto de trabajo o su función en la estación de servicio, eludiendo el turno de noche y el trabajo a turnos, ya que esto implicaría un riesgo para la extracción y conservación de la leche materna, de forma que así se evite el contacto con esta sustancia, hasta que el hijo cumpla

nueve meses, o si existe alguna de las causas que prevé el art. 50.3 del Real Decreto 295/2009: “Cumplir el hijo los nueve meses de edad; reincorporación de la mujer trabajadora a su puesto de trabajo o actividad profesional anterior o a otros compatibles con su estado; extinción del contrato de trabajo en virtud de las causas legalmente establecidas o cese en el ejercicio de la actividad profesional; interrupción de la lactancia natural; fallecimiento de la beneficiaria o del hijo lactante”.

Si este cambio implica un puesto de trabajo o función superior, el salario deberá ser más elevado de acuerdo con ese cambio. No obstante, si el cambio de trabajo o función es inferior al que disponía antes, Raquel tiene derecho a conservar su salario original.

Si se verifica que aun cambiando de puesto de trabajo o de función sigue expuesta a un alto nivel de benceno, persistiendo el riesgo, se deberá otorgar la suspensión del contrato de trabajo a Raquel. De esta forma también tendrá derecho a una prestación económica como máximo hasta el 26 de junio del 2020, que es cuando su hijo cumple nueve meses, o si existe alguna de las causas que prevé el art. 50.3 del Real Decreto 295/2009, anteriormente citadas.

VII. La Compañía de Seguros “SALUS VITAE S.A” podría negarse a abonar los 30.000 euros al hijo de Raquel y Diego, al existir culpa grave en la declaración del riesgo de Diego, amparándose en el art. 10.3 LCS.

Para liberarse del pago, el asegurador debe impugnar las declaraciones de Diego aludiendo reticencia e inexactitud en el plazo de un año desde la conclusión del contrato de seguro, es decir, hasta el 25 de octubre del 2020, amparándose en el art. 89 LCS. La reticencia e inexactitud alegada se debe a que Diego ocultó que era portador del VIH cuando se le preguntó si padecía SIDA. El SIDA y el VIH son la misma enfermedad en diferentes etapas, no pudiendo ampararse en la inconcreción de la preguntar para negar la existencia de un riesgo relevante en un contrato de seguro de vida, que agravaría el importe de la prima.

BIBLIOGRAFÍA.

ÁLVAREZ ALARCÓN, A., BLANDINO GARRIDO, M^a.A., SÁNCHEZ MARTÍN P., *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, 2^a Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 22 – 66.

ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Responsabilidad civil derivada de la transmisión del VIH/SIDA por vía sexual en el ámbito jurídico español”, *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 34, Mayo – Agosto 2014, pp. 229-265.

ARENAL LAZA, C., *Gestión económico – financiera básica de la actividad comercial de ventas e intermediación comercial UF1724*, Tutor Formación, La Rioja, 2018.

BAHILLO MARCOS, M^a., PÉREZ BRAVO, M^a.C., ESCRIBANO RUIZ, G., *Gestión financiera*, Paraninfo, Madrid, 2013, pp. 190 - 192.

BARRERO ORTEGA A., “La objeción de conciencia farmacéutica”, *Revista de estudios políticos*, N° 172, 2016, p. 94.

BARRIOS FLORES, L.F., *VIH/SIDA y Derecho. El marco jurídico: derechos del paciente y responsabilidad sanitaria*, You & Us, Tres Cantos, Madrid, 2008, pp. 133 – 138.

BOMBILLAR SÁENZ, F.M., *La liberalización de la asistencia sanitaria transfronteriza en Europa*, Aranzadi, enero de 2017, pp. 459 – 485.

CAPODIFERRO CUBERO, D., “Problemas regulatorios y competenciales de la objeción de conciencia farmacéutica”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, N° 4, Barcelona, octubre del 2017, pp. 15 -20.

CARRASCO PERERA, A., *Derecho de Contratos*, Aranzadi, Navarra, 2010.

CASADO ANDRÉS, BLANCA. “El concepto del daño moral. Estudios doctrinales”, *Revista de Derecho UNED*, N° 18, 2016, pp. 400 - 420.

CASTRO JOVER A., *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, Granada, Comares, 1998. Pp. 142 – 150.

CELADOR ANGÓN, O., “La objeción de conciencia farmacéutica. Análisis comparativo de los modelos español y estadounidense”, *Revista de Derecho Político. UNED*, N° 99, mayo-agosto 2017, p. 122 – 126.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Daños morales derivados de la causación dolosa o negligente de la nulidad matrimonial”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 12, febrero 2020, pp. 660-675.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., “Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 2, 2007, pp. 1658 - 1671.

DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, P., “La aptitud y relevancia de las preguntas del cuestionario de salud y la valoración del deber de declaración del riesgo en un seguro de vida e invalidez vinculado a un préstamo hipotecario. Comentario STS de 7 de febrero de 2019 (RJ 2019, 320)”, *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 111, 2019, pp. 2 – 27.

GARCÍA GARCÍA – CERVIGÓN, J., *Delito de lesiones. Tipos agravados y cualificados*, Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2018.

GARCÍA LÓPEZ, R., *Responsabilidad civil por daño moral*, Bosch, Barcelona, 1990.

GARCÍA SERRANO, F. A., “El daño moral extracontractual en la jurisprudencia civil”. *Anuario de Derecho Civil*, vol. 25, Nº 3, 1972, pp. 799 - 851.

GÓMEZ LIGÜERRE, C., “Conocimiento cualificado y declaración del riesgo asegurado. De nuevo sobre los límites del art. 10 de la Ley de Contrato de Seguro. Comentario a la STS de 30 de mayo del 2018 (RJ 2018, 2339)” *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 109, Civital, 2019, pp. 2 – 17.

GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, R., “Responsabilidad extracontractual y contractual: barrera entre ambas”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, XLVI, 2013, pp. 203-214.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J.A., *El trato privilegiado de las prestaciones de origen profesional*, 1ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2017.

JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Educación e Ideología, Colección Conciencia y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2010.

LASARTE ÁLVAREZ, C., VALPUESTA FERNÁNDEZ, R., *Matrimonio y divorcio: comentarios al Título IV del libro primero del Código Civil*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1994.

LEÓN GONZÁLEZ, M., “La indemnización del artículo 98 del Código Civil (comentario a la sentencia de 10 de marzo de 1992)”, en *ADC*, T. XLVI, fascículo II, abril – junio, 1993, pp. 968 – 972.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A.M., *Fundamentos de Derecho Civil. Doctrinas generales y bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A., CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*. 4ª ed., Atelier, Barcelona, 2017, pp. 113 – 133.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A.J., APARICIO GONZÁLEZ, M. L., *Lecciones de derecho mercantil. Volumen II*, 16ª ed., Thomson Reuters – Civitas, Madrid, 2018, pp. 313 - 336.

MUÑOZ CUESTA, F.J., “Delito de lesiones por contagio de VIH y COVID – 19” *Revista Aranzadi Doctrinal*, Nº 6, 2020, pp. 1 – 9.

ORÓS MURUZÁBAL, M., CASTELLANO ARROYO, M., SUBIRANA DOMÉNECH, M., MARTÍNEZ ALCAZAR, H., “Algunos aspectos de la peritación médico forense en los casos de lesiones. Especial referencia a los conceptos de primera asistencia facultativa. Tratamiento médico y tratamiento quirúrgico”. *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, Nº 13, 2005, pp. 1 – 9.

PÉREZ GALLEGU, R., “Nuevos daños en el ámbito del derecho de familia: los daños morales y patrimoniales por ocultación de la paternidad biológica”, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, Nº 3 (julio-septiembre, 2015), pp. 141-175.

PÉREZ MARTÍN, A.J., *Procedimiento contencioso. Separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros procedimientos contenciosos*, 2º Ed., Lex nova, Valladolid, 2011.

PÉREZ VELÁZQUEZ, J.P., *La indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del contrato en los principios de derecho contractual europeo*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016.

ROCA TRÍAS, E., *Derecho de Daños, Textos y materiales*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

ROCA I TRÍAS, E., *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, vol. I, Tecnos. Madrid, 1984.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M., *Responsabilidad Civil en el derecho de familia: especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2009.

ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA M. L., “La objeción de conciencia farmacéutica y la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 8 de enero de 2007”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 2008, pp. 1 - 12.

ROMERAL HERNÁNDEZ, J., “El riesgo durante la lactancia natural: prevención y protección social” *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Aranzadi, Nº 217, 2019, pp. 1 - 40.

ROVIRA SUIERO, M.E., *La Responsabilidad Civil derivada de los Daños Ocasionados al Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Cedecs, Barcelona, 1999.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^aP., “El daño moral. Una aproximación a su configuración jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, 2006, p. 37 – 45.

VARGAS ARAVENA, D.G. *Daños civiles en el matrimonio*. Tesis doctoral, facultad de Derecho de Salamanca, 2009. Disponible en: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/76356/DDP_VargasAravenaDG_Da%F1osCivilesMatrimonio.pdf;jsessionid=00C5AF3647FF1EEF594E67175AC87471?sequence=3

VARGAS ARAVENA, D.G., “Responsabilidad civil y matrimonio”, *Revista de Derecho de Familia*, Nº 3, 2017, pp. 1 - 23.

VILA COBO, M.D., *La bioética en la encrucijada*. Dykinson, Madrid, 2007.

Otros recursos:

Curso Práctico sobre contratos de trabajo. Aranzadi, S.A.U., Julio de 2018. Tema 6: la suspensión del contrato de trabajo.

Practicum Social, Aranzadi, enero de 2017, pp. 170 – 172.

Web de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, en su apartado preguntas y respuestas sobre el VIH/SIDA. Actualizado en noviembre de 2017. Revisado el 12 de mayo del 2020 en: <https://www.who.int/features/qa/71/es/>.

Web del INSTITUTO NACIONAL DEL CÁNCER, en su apartado “sustancias en el ambiente que causan cáncer”. Publicado el 20 de marzo del 2015. Revisado el 1 de junio del 2020 en: <https://www.cancer.gov/espanol/cancer/causas-prevencion/riesgo/sustancias/benceno>.

Web de la ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, en su apartado notas descriptivas: VIH/SIDA. Actualizado el 15 noviembre de 2019. Revisado el 6 de junio del 2020 en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/hiv-aids>.