

sísimas las referencias que en relación con distintas materias hace Turchi al Código de 1990 (v. gr. las realizadas en la nota 147 de la p. 203, en las notas 171 y 172 de la p. 210, en la nota 173 de la p. 211, en la nota 189 de la p. 222, en la nota 205 de la p. 228, en la p. 245, en la nota 265 de la p. 257, en la nota 291 de la p. 272, etc.).

A los cuatro capítulos sigue un apéndice que contiene, en primer lugar, una referencia a la bibliografía manejada; tras la misma se transcribe el texto de cada uno de los cuatro *vota* examinados por el autor a lo largo del volumen, siendo el primero el *votum* Wernz, seguido del De Becker y del Deshayes y que se cierra con el Lombardi. A continuación incluye el autor tanto los primeros esquemas elaborados con ocasión de la codificación (los correspondientes a los años 1905 y 1906) como los posteriores, realizados en los años inmediatamente previos a 1917. A estos últimos, a los esquemas A, B, C, D y E, añade Turchi la que fue la redacción definitiva del Código y, al mismo tiempo, aclara al lector qué cánones permanecieron invariables (*Immutatus*), cuáles fueron introducidos en el curso de los trabajos (*Novus*) y cuáles se suspendieron en la redacción definitiva (*Omissus*). Las últimas páginas del libro incluyen un siempre útil índice de nombres.

La obra de Turchi es de indudable interés para los matrimonialistas y los estudiosos de la historia de la codificación canónica. El volumen está escrito con un estilo claro, brillante en ocasiones, y contiene una abundancia de datos que facilitará el trabajo de posteriores investigaciones.

GUADALUPE CODES BELDA

VV. AA., *Un bambino non voluto è un danno risarcibile?*, a cura de A. D'ANGELO, Giuffrè Editore, Milano, 1999, 474 + CD-Rom.

La posibilidad de indemnizar los daños derivados del nacimiento no deseado tras intervenciones médicas fallidas ocupa vivazmente a la doctrina y a la jurisprudencia desde hace tiempo. El libro estudia la jurisprudencia *in materia* en Italia, Francia, Alemania, Estados Unidos, Inglaterra, Australia y Canadá, que no presenta en absoluto un cuadro pacífico, en parte por las evidentes lagunas legislativas, en parte por ser un problema personalísimo en el que difícilmente ninguna decisión satisface todos los intereses legítimos en juego. Un argumento que se adentra necesariamente en el modo de entender la familia, la sexualidad y la procreación en la sociedad.

El libro se articula en tres partes. La primera es «Il distillato», es decir, el destilado que se obtiene del estudio de las sentencias, sin recurrir a una sola nota doctrinal –tratando de ser fieles al objetivo de *mostrar* (labor del comparatista), y no de *traducir* u homologar (labor del jurista interno). Después de explicar el

objetivo del libro encontramos un capítulo que recoge las intervenciones hechas durante su presentación pública. Esta parte, como el resto, viene articulada sobre cinco supuestos de hecho: interrupción del embarazo, diagnóstico pre-concepción, diagnóstico pre-natal, esterilización masculina y esterilización femenina.

El primer interrogante afrontado es el de la calificación de los intentos médicos fallidos de «interrupción del embarazo» como daño o no, es decir, cuando la madre no consigue evitar el nacimiento de su hijo. Los tribunales italianos han considerado que el bien jurídico tutelado es la salud de la madre, en modo tal que un nacimiento no deseado sólo sería resarcible cuando la ponga en peligro, tanto en su perfil físico como psíquico. En Francia el nacimiento de un hijo no deseado tampoco se considera daño resarcible, salvo que subsistan circunstancias o situaciones particulares –no especificadas– añadidas a la onerosidad normal de una maternidad. A la luz de estas y otras experiencias parece afirmarse que el nacimiento de un hijo no deseado no es en sí mismo un daño resarcible; lo sería, en cambio, la lesión económica creada por el nacimiento –en Francia–, la lesión económica real a la familia que se encuentra en dificultad económica –en Alemania– o la lesión psíquica que se crea a la mujer con la onerosidad del nacimiento, verdadero motivo que la indujo a tomar la decisión de abortar. En el mundo jurídico anglosajón, sin embargo, la posibilidad de indemnización está al orden del día, como error médico en la prestación debida que impide a la madre ejercer la posibilidad del aborto o, incluso, por disminuir la posibilidad de casarse a la mujer no esposada.

El segundo argumento de «Il distillato» se refiere a los casos de parejas que, inducidas por un error de diagnóstico médica genética, mantienen relaciones sexuales convencidos de que no son transmisores de desórdenes genéticos a la prole. En estos casos es común establecer un nexo de causalidad entre el comportamiento culposo del médico –activo con un informe equivocado o pasivo si no señala el margen de error– y el nacimiento. En todos los casos analizados se indemniza el daño económico sufrido por la familia, que va, según los casos, desde los costes de la enfermedad y mantenimiento del hijo hasta, en el caso americano, el daño moral que crearía el tener un hijo disminuido en la familia. En todas estas sentencias se aprecia una absolutización del valor del informe médico sobre la voluntad paterna de generar un niño, asemejándolo a un certificado jurídico que configurase totalmente la realidad.

La tercera hipótesis afrontada es la asistencia médica prenatal, bajo dos supuestos: el de no descubrimiento de enfermedades maternas susceptibles de ser transmitidas al feto y el de no realización de los controles oportunos a tal fin. Tanto la jurisprudencia americana como la europea parecen debatirse entre los que consideran que el daño indemnizable es el nacimiento no deseado *in se*, por privar a la madre de la posibilidad de optar por el aborto, y los que consideran que lo es la enfermedad o tara del niño, incluyendo por tanto la indemnización de los gas-

tos de cura y, a veces, de su mantenimiento para toda la vida. En esta hipótesis, a diferencia del aborto fallido, la mujer quiere que su hijo nazca, pero lo quiere sin saber que nacerá con taras y, por consiguiente, no se plantea la posibilidad de abortar. En general, los jueces se debaten entre la indemnización de la enfermedad y la indemnización del nacimiento, como sucede en Francia, donde se entiende que el daño viene causado directamente por el informe errado del médico y no por la enfermedad, pues si la madre hubiese sabido la verdad podría haber optado por el aborto.

La cuarta cuestión se refiere al eventual derecho del niño a «no nacer» y al eventual derecho de la madre a que su hijo nazca sano. Esta cuestión comenzó a debatirse hace más de treinta años en Nueva Jersey cuando el aborto estaba prohibido y, por consiguiente, la negligencia médica impedía a la mujer cometer un delito. Hoy se excluye que exista un “derecho a no nacer”, más se plantea, sin embargo, que exista o no un derecho del niño “a nacer sano” y, en tal caso, quién deba indemnizarle, si los médicos negligentes o los padres poco serios –uso de drogas, negación de transfusiones de sangre...-. Un problema de notables implicaciones sobre la protección del feto y el problema del aborto, que los autores deciden no afrontar. Distinto es el caso de información insuficiente sobre los riesgos de ciertas prácticas, médicas o no, para la gestación, que priva a la madre de la posibilidad de optar por el aborto; esta concepción se entiende desde una base contractual entre paciente y médico que obliga a informar y estudiar todos los riesgos para la salud del paciente y, eventualmente, a indemnizar por el cumplimiento indebido.

Otro supuesto tratado es la esterilización, femenina y masculina. Los conceptos a indemnizar pueden ser el daño patrimonial derivado de la nueva paternidad o, cuando hablamos de informaciones insuficientes sobre la posibilidad de recesión, la lesión personal de la privación de poder tomar otras medidas, sea al interesado o, más allá de la responsabilidad contractual, a su compañera estable –en la vasectomía fallida-. La eventual conceptualización del nacimiento como daño divide en dos a cortes alemanas e inglesas: entran en juego conceptos como la bendición de la vida, evitar meter a los médicos en una situación tal de hacerles aconsejar sistemáticamente el aborto cuando se les pide una esterilización. En fin, una discusión aún en curso en la que se busca individualar la posibilidad misma de la indemnización y los conceptos a cubrir: daño moral, daño biológico, daño a la salud, daño no patrimonial, gastos de cura, gastos de mantenimiento, la valoración de una eventual compensación entre todo lo que de positivo aporta un hijo y todo el peso que conlleva...

Sin duda muchos juristas se encuentran todavía un tanto desprevenidos en las consideraciones sobre la ciencia reproductiva y los llamados «derechos reproductivos» a causa de la velocidad del progreso científico en los últimos años. Por ello, son interesantes las últimas páginas de «El distillato», dedicadas a conside-

raciones técnico-médicas sobre las malformaciones y enfermedades genéticas y sobre los diversos modos de control de las mismas antes y después de la concepción. Se analiza también, en modo aséptico, todo el proceso de la esterilización y del aborto, con los motivos de fracaso y las medidas precaucionales a adoptar por el médico que las practica.

La segunda parte del libro es un conjunto de análisis de los datos emergentes de «Il distillato», hechos por –y esto es una característica poco común en publicaciones jurídicas europeas– profesores, investigadores, doctorandos y otros colaboradores universitarios (todos italianos). La primera contribución, de Michele Dasio, estudia una serie de sentencias francesas que, desde la idea de la vida como bien supremo del individuo, consideran la vida que nace incapaz de ser considerada *à elle seule* como un daño «jurídico» resarcible. De hecho, en Francia el aborto no es un derecho subjetivo, mas un mal consentido sólo en relación a un mal mayor; la esterilización es un reato –y por tanto no indemnizable– si utilizado como método anticonceptivo *tout court* sin prescripción médica.

Francesca Brunetta d'Usseaux estudia, por su parte, la jurisprudencia germana sobre ilícitos contra la salud y la integridad física –*Schmerzensgeld*, art. 847 del *BGB*–. Todos sabemos que el primer artículo de la Ley fundamental de Bonn tutela la dignidad del ser humano y, por ello, no es pacífico al interno de la Corte Suprema de Alemania que la venida al mundo de un niño –incluso si no deseada– y, por tanto, su mantenimiento, puedan ser un daño resarcible. Menos problemática se ha presentado la indemnización cuando ha faltado la diligencia en el deber de información suficiente acerca de la posibilidad de fracaso de la esterilización o de error en la consulencia genética prenatal, considerando daño el no poder planificar el nacimiento del niño. El aborto, como en Francia, es un acto contrario a derecho –*Unrecht*–, consentido tan sólo para evitar un mal mayor y, por tanto, indemnizable sólo en este caso.

En sentencias australianas, inglesas y americanas sobre casos de esterilizaciones fallidas y control genético prenatal equivocados encontramos frecuentemente dos conceptos que ha analizado Antonino D'Angelo: el *wrongful birth* o daño sufrido por los padres inesperados y el *wrongful life* o daño sufrido por el niño nacido con malformaciones sin que la madre haya podido optar por el aborto. Es verdad que negar la indemnización por el nacimiento en sí mismo puede dejar a muchas familias en una situación económica precaria, pero también lo es que, sobre todo en los casos de *wrongful life*, se podría estar favoreciendo que niños discapacitados sientan desagrado –jurídicamente sostenido– hacia su propia vida y hacia los padres que decidieron traerles al mundo.

Hoy nos hemos acostumbrado a sentir hablar de «madres de alquiler» o de «niños probeta», motivo por el cual se agradece la reflexión –siempre desde el solo estudio de la jurisprudencia– de Lina Bregante sobre la dignidad del niño que nace y el «derecho» a la planificación familiar en los Estados Unidos. Mues-

tra la evolución de la jurisprudencia americana sobre los supuestos del médico que descubre tarde el embarazo y del que no nota las malformaciones del feto. De las variadísimas sentencias parece deducirse que el médico tiene la responsabilidad propia del «buen médico de familia», agravada en los supuestos que requieren una información especial al paciente. En los casos en que se ha decidido indemnizar se ha abierto un debate —en términos que muchos creían enterados en la historia— sobre si es posible una *compensatio lucri cum damno* entre las «alegrías y satisfacciones» y los «sacrificios y preocupaciones» que un hijo conlleva.

Gilda Ferrando recoge el cambio de la jurisprudencia sobre la planificación familiar, desde su consideración delictiva hasta su constitución en bien a tutelar. La comparación con la tutela de la vida que nace ha sido rica y polémica: artificiosa cuando se ha considerado como objeto de la lesión la pérdida de la oportunidad de abortar —y no ya la vida de niño que nace—, para después fijar la indemnización, sin embargo, en relación a la concreta incidencia del niño en la vida familiar; difícil para los jueces italianos al identificar el objeto de la lesión en la salud de la madre o en la privación de la posibilidad de abortar, como en reconocer o no derecho al resarcimiento a quien no sufre directamente la intervención médica; paradójica —y nos damos cuenta de cuánto es fría— cuando se tutela el eventual deseo de la madre a no traer al mundo la vida ya concebida y no se tutela, sin embargo, el eventual deseo —*a posteriori*— a no nacer del ya nacido.

En Italia los jueces han utilizado el concepto del «daño biológico», es decir, un daño proveniente no ya del nacimiento indeseado, mas de las consecuencias que éste conlleva en la salud —física, psíquica o existencial— de la madre; de ello se ha ocupado Raffaella De Matteis. Con esta visión se evita la patrimonialización y cuantificación de la vida *in se* en términos de lucro cesante y daño emergente, problema bien distinto del criterio a seguir para individuar el *quantum* del resarcimiento. El requisito para que este «daño biológico» sea jurídicamente relevante es que sea «injusto», es decir, que provenga de la violación de un bien jurídico tutelado por el ordenamiento, que mayoritariamente se retiene que es la capacidad de autodeterminación en orden a proteger la propia salud —en el caso del aborto— o a procrear responsablemente —en el caso de las esterilizaciones.

De la determinación del resarcimiento —por el daño patrimonial y por el daño moral— se ha ocupado Maria Rosa Spallarossa. Cuando se trata de niños con taras la indemnización cubre, al menos, el *plus* de gastos de mantenimiento y cura respecto a niños sanos (Alemania), los eventuales daños morales a los padres y al niño (Francia), el daño biológico (Italia), el lucro cesante (Inglaterra) e, incluso, los daños futuros que se prevén en la vida del niño (Estados Unidos). Cuando se trata de un niño que nace sano se encuentran mayores dificultades para individuar el daño patrimonial: en la alteración de la planificación prevista dentro de la familia (Alemania), en el agravamiento de la situación económica familiar (Fran-

cia), en la necesidad de remover las dificultades económicas que afectan a la salud de la mujer (Italia), en los gastos de gestación y parto (Inglaterra) o en el conjunto de gastos que vienen con la llegada de un niño, una vez compensados con los beneficios que aporta (Estados Unidos). En cuanto al daño moral, se comprenden en él los sufrimientos psíquicos, las ansias, la pérdida de la serenidad familiar, la pérdida del consorcio conyugal y otros conceptos parecidos.

Parece, pues, claro –y así lo refleja Pier Giuseppe Monateri– que el nacimiento de un niño no es *in se* un daño, pero puede generar *otros* daños resarcibles, tan diversos como diversas las consideraciones del embarazo no deseado: enfermedad, trauma a la *psique*, un mero gasto o violación del derecho fundamental a la autodeterminación y a la procreación responsable. Cuando se habla del niño nacido con malformaciones quizás convendría apartarse de la figura del daño en relación a la vida sana, pues la vida sana es una posibilidad que no tuvo ninguna consistencia, ya que, desgraciadamente, las hipótesis que se barajaron durante el embarazo fueron tan sólo la de nacer con deformaciones y la de no nacer. En cuanto a la responsabilidad del profesional médico, quizás fuese más fructuoso valorar no tanto la diligencia profesional como el comportamiento injurioso subyacente en su despreocupación por la diligencia profesional, que, aunque leve, puede ocasionar daños desproporcionados en el *nasciturus* para el resto de la vida.

En la tercera parte del libro encontramos una serie de fichas sobre las sentencias estudiadas –cientodieciséis– y un índice de las mismas por país y fecha. En cada ficha se indican sumariamente los hechos, el titular de la acción, los daños indemnizados y su *quantum*, así como se enuncian *regulae* subyacentes a las decisiones. Adjunto al libro se ofrece un CD-Rom con el texto original de las sentencias.

Se echa de menos un análisis crítico de las líneas jurisprudenciales y el no haber profundizado algunas políticas favorables a la vida tan sólo mencionadas –el *Tennessee Children Act*– que, aun reconociendo la posibilidad del aborto, contribuyen a sostener económicamente la vida que nace. En cualquier caso, no es una falta reprochable, ya que el libro no pretende ser un tratado sistemático de la materia, sino la presentación de los modos de afrontarla por la jurisprudencia. Quizás hubiese sido útil una justificación del por qué de estos ordenamientos y no de otros; en España, por ejemplo, se dictaron entre 1993 y 1997 once sentencias –al menos– de audiencias provinciales y tribunales superiores sobre estos puntos. En fin, un libro *inconcluso* e interrogante ya desde el mismo título, que pretende abrir nuevos horizontes al civilista sin tratar de hacerle llegar a las mismas soluciones a que se ha llegado en otros pagos. Enhorabuena.