



**ADMISIBILIDAD DE LAS ACCIONES INDEMNIZATORIAS POR
WRONGFUL CONCEPTION Y WRONGFUL BIRTH EN CHILE:**

**Una revisión contemporánea del derecho de daño y los intereses afectados
en estas acciones resarcitorias**

Tesina para optar al grado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales

INTEGRANTES

ESTEFANÍA BÓRQUEZ FERNÁNDEZ
MELANIE HENRÍQUEZ ERAZO
FABIÁN GOLDSWORTHY ALIAGA

PROFESOR GUÍA
DR. MARIO OPAZO GONZÁLEZ

DICIEMBRE 2024

TABLA DE CONTENIDOS

Resumen y abstract	4
Conceptos claves	4
Introducción	4
CAPÍTULO I:	
EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA	8
1. El estatuto de responsabilidad aplicable a la reparación del daño en materia de <i>wrongful conception</i> y <i>wrongful birth</i>	9
2. La responsabilidad civil contractual	11
2.1. El vínculo contractual o relacional	12
2.2. El incumplimiento contractual	12
2.3. La imputabilidad	12
2.4. El daño o perjuicio causado	14
2.4.1. El daño patrimonial en materia contractual	16
2.4.2. El daño no patrimonial en materia contractual	16
2.5. La relación de causalidad	19
2.6. La mora del deudor	19
3. La responsabilidad civil médica en materia de <i>wrongful conception</i> y <i>wrongful birth</i>	20
3.1. Concurrencia de los requisitos de responsabilidad civil contractual en materia de <i>wrongful conception</i> y <i>wrongful birth</i>	24
3.1.1. Existencia de un contrato médico sobre la materia	24
3.1.2. Existencia de un incumplimiento de las obligaciones del contrato médico	26
3.1.3. Existencia de una imputabilidad al profesional o centro médico	28
3.1.4. Existencia de daños indemnizables	30
3.1.5. Existencia de un nexo causal	34
3.1.6. Mora del deudor	35
CAPÍTULO II.	
EL DAÑO EN LAS ACCIONES POR <i>WRONGFUL CONCEPTION</i>	37
1. Aproximación a la hipótesis de <i>wrongful conception actions</i> en Chile	37
2. El daño indemnizable en materia de <i>wrongful conception actions</i>	42

2.1. Tesis restrictiva sobre el daño en materia de <i>wrongful conception</i>	42
2.2. Tesis ecléctica sobre el daño en materia de <i>wrongful conception</i>	46
2.3. Tesis contemporánea sobre el daño en materia de <i>wrongful conception</i>	46
2.3.1. Daños no patrimoniales en materia de <i>wrongful conception</i>	47
2.3.1.1. Vulneración a la planificación familiar o plan de vida familiar	47
2.3.1.2. Vulneración a la autodeterminación de los pacientes	50
2.3.1.3. Vulneración a los derechos sexuales y salud reproductiva	54
2.3.1.4. Vulneración al libre desarrollo de la personalidad	60
2.3.1.5. Vulneración al derecho de identidad personal	61
2.3.1.6. Vulneración al derecho a la integridad personal	62
2.3.2. Daños patrimoniales en materia de <i>wrongful conception</i>	65
2.3.2.1. El daño emergente	65
2.3.2.2. El lucro cesante	66
2.3.2.3. La pérdida de una oportunidad o chance	66
2.3.3. Daños corporales o biológicos en materia de <i>wrongful conception</i>	67
CAPÍTULO III.	
EL DAÑO EN LAS ACCIONES POR <i>WRONGFUL BIRTH</i>	69
1. Aproximación a la hipótesis de <i>wrongful birth actions</i> en Chile	69
2. El daño indemnizable en materia de <i>wrongful birth actions</i>	74
2.1. Postura restrictiva sobre el daño en materia de <i>wrongful birth</i>	74
2.2. Postura ecléctica sobre el daño en materia de <i>wrongful birth</i>	75
2.3. Postura contemporánea sobre el daño en materia de <i>wrongful birth</i>	77
2.3.1. Daños no patrimoniales en materia de <i>wrongful birth</i>	78
2.3.2. Daños patrimoniales en materia de <i>wrongful birth</i>	86
2.3.3. Daños corporales o biológicos en materia de <i>wrongful birth</i>	87
IV. CONCLUSIONES	88
V. BIBLIOGRAFÍA	91

RESUMEN Y ABSTRACT

El siguiente estudio investigativo analiza el requisito del daño en la responsabilidad civil médica contractual para consagrar la admisibilidad o viabilidad en nuestro ordenamiento jurídico de las acciones resarcitorias por embarazos no deseados, que tienen como antecedentes fácticos la negligencia o mala *praxis* médica en la ejecución de un procedimiento anticonceptivo o esterilizante (configurándose un supuesto de *wrongful conception actions*). Dicho análisis comprende la identificación de una serie de lesiones a intereses jurídicamente tutelados en el Derecho chileno, los cuales son abordados desde miramientos contemporáneos que amparan a las mujeres gestantes y víctimas de un actuar contrario a *lex artis médica*. El mismo estudio se realiza en torno a los daños causados por culpa o dolo tras errores de diagnósticos en un embarazo que impide la interrupción voluntaria de este conforme a nuestro Código Sanitario, supuesto que se ha denominado en doctrina extranjera como *wrongful birth actions*.

CONCEPTOS CLAVES

Wrongful conception actions. Wrongful birth actions. Responsabilidad civil médica. Daños patrimoniales y no patrimoniales.

INTRODUCCIÓN

La responsabilidad civil médica ha sido objeto de discusión y debate a lo largo de la historia jurídica, toda vez que los rubros indemnizatorios han tenido un potencial aumento en conformidad al desarrollo de la ciencia médica y el Derecho. Así, en la medida en que las tecnologías biomédicas se complejizan y encuentran nuevas sanaciones, curaciones y/o tratamientos, los riesgos, peligros y probabilidades de fallos en su implementación son parte del proceso de perfeccionamiento y avance de éstas, pero ello no implica irresponsabilidad o inimputabilidad para el agente médico. Lo anterior se refuerza al tener presente que, el campo de aplicación de este régimen especial de responsabilidad civil

posee una inherente relación con la vida humana, sea en una faz física, psíquica, sexual, entre otras, por tanto, es innegable que la actividad u omisión médica detenta una vital repercusión en las instituciones y herramientas propias del Derecho.

En tal sentido, y en atención a la problemática jurídica del presente trabajo investigativo, el embarazo y el nacimiento no ha sido la excepción en orden a discutir su clasificación como intereses legítimos que, frente a menoscabos o daños, merecen un reparo mediante las herramientas que regulan el Derecho Civil chileno. La discusión de aquello encuentra su punto de partida en la doctrina extranjera con las denominadas “*wrongful conception action*” (acciones por concepción injusta), “*wrongful birth actions*” (acciones por nacimiento injusto) y “*wrongful life actions*” (acciones por vida injusta)¹.

En Chile, la discusión de estas acciones ha estado sujeta a un sinnúmero de afirmaciones, en donde convergen presupuestos de orden jurídico, moral, religioso, sanitario, entre otros; además, la inexistencia de una regulación positiva complejiza este escenario; sumado a ello, la jurisprudencia nacional no es extensa, Más bien, en el último lustro, las hipótesis de *wrongful conception actions* comenzó a ser cuestionada tras los connotados casos de entregas defectuosas de pastillas anticonceptivas por parte de distintos Centros de Salud Familiar del país entre los años 2020 y 2021, que afectaron a una significativa cantidad de mujeres del sistema público de salud²; así también la comercialización de métodos

¹ En la dogmática, se suelen estudiar de manera conjunta estas tres acciones debido a que están estrechamente vinculadas entre sí. Sin embargo, excede del propósito de la investigación el examinar la acción por *wrongful life*, puesto que, desde ya, se advierte que no tiene aplicación en Chile. A grandes rasgos, la acción por “vida injusta” es aquella entablada por un niño o niña (representado por sus progenitores) que padece enfermedades congénitas graves que no fueron advertidas oportunamente por el profesional médico, por tanto, se alega el perjuicio de vivir, porque la falta de información privó a la madre de la interrupción del embarazo motivado por esta severa patología. Tal como lo sostiene Macía (2011), p. 87: “la reclamación se centra, directamente, en que la privación de información sufrida por sus padres les impidió optar por la interrupción voluntaria del embarazo y determinó con ello su nacimiento y la propia vida, cuando hubiera sido mejor para él –y de ahí su pretensión de indemnización– no nacer”.

Así, de la lectura del numeral 2 del artículo 119 de Código Sanitario chileno, se desprende que no es admisible el aborto en el evento en que el embrión o feto padece patologías congénitas graves (sino que sólo cuando estas son letales o incompatible con la vida humana). Sin perjuicio de ello, lo que sí permite la legislación nacional vigente es recurrir en contra del facultativo por la falta de información sobre el verdadero estado de salud del *nasciturus*, pero en cuyo caso, nos reconduce a la hipótesis de *wrongful birth*. Sostenemos que, la primitiva regulación de la interrupción voluntaria del embarazo en nuestro país es problemática y merece el reparo legislativo y constitucional correspondiente.

² En aquellas oportunidades, la doctrina defendió la posibilidad de accionar por responsabilidad civil, médica, extracontractual en contra del Fisco de Chile (representado por el Consejo de Defensa del Estado) por falta del servicio. La autora Manosalva (2023), pp. 530-531, sostuvo “no cabe duda que existe una responsabilidad sanitaria del Estado por

anticonceptivos fallidos por parte de varios laboratorios³. En cuanto a *wrongful birth actions* la cantidad de pronunciamiento jurisdiccional es menor.

En esta oportunidad, se analiza el requisito del daño en materia de responsabilidad civil contractual que se visualiza en las acciones indemnizatorias por *wrongful conception* y por *wrongful birth*.

La identificación del daño es el requisito de la responsabilidad civil contractual más controvertido en esta materia, por lo que hemos decidido adentrarnos en la discusión de los perjuicios que emergen tras los eventos que presentan las acciones en comento. Lo anterior, en consideración a que la primera postura que participó de la discusión suscitada a raíz de los primeros casos, aquella más antigua y ligada a valores de orden religioso, consideró que el daño era la vida del que está por nacer. Por tanto, había un claro sesgo de orden moral que teñía toda la discusión. Luego, se comenzó a pensar en otros intereses involucrados en la impetración de este tipo de acciones, así, se distinguió entre la vida y los derechos reproductivos de la mujer gestante en orden a clasificar estos últimos como el perjuicio resarcible, en consonancia con otras garantías como la infracción a la planificación familiar, la autodeterminación de los pacientes que se consagra como el nuevo paradigma en las relaciones contractuales entre médico-paciente, la infracción al libre desarrollo de la personalidad, identidad e integridad psíquica. Sumado a ello, la lesión sufrida por la madre, a quien nuestra legislación actual y vigente le reconoce un derecho a abortar en ciertos casos y la vulneración a tal prerrogativa se presenta en el momento en que el médico tratante realiza actuaciones u omisiones negligentes o dolosas impidiendo su ejercicio.

permitir que se distribuyeran y comercializar medicamentos defectuosos para la salud reproductiva de las mujeres; por no fiscalizar adecuadamente el cumplimiento de las normas sanitarias por parte de los fabricantes y por no tomar medidas eficaces, oportunas y motoras, para que las mujeres conocieran la información sobre que debían evitar consumir los anticonceptivos que presentaban deficiencias, entre otras faltas. Aquella responsabilidad sanitaria de los órganos del Estado (...) deberá regirse por las normas de la responsabilidad aquiliana”.

³ En cuyo caso, se persiguió una demanda colectiva en contra de los Laboratorios Silesia S.A y Andrómaco S.A. ante el Quinto Juzgado Civil de Santiago, en causa Rol N° C-3029-2021, por distribuir y fabricar *Anulette CD* de forma deficiente, que finalizó mediante un acuerdo conciliatorio, ordenándose el pago de 600.000 dólares entre las afectadas.

Esta última construcción dogmática-jurídica es la que este trabajo investigativo postula y defiende para así reconocer la admisibilidad en Chile de las acciones indemnizatorias que emanan de los casos de *wrongful conception* y *wrongful birth*.

Con la intención de alcanzar tal objetivo, esta investigación se vale de una metodología dogmática propia de la argumentación e interpretación jurídica; para enriquecer el análisis se examinan las fuentes materiales y positivas del Derecho, jurisprudencia de tribunales y cortes de justicia nacionales e internacionales y los trabajos doctrinales de los y las autoras.

Por último, en el presente trabajo se abordarán las acciones comentadas en el siguiente orden:

- 1) Un primer capítulo sobre las particularidades del sistema contractual como el estatuto civil aplicable en materia de responsabilidad médica y, específicamente, la concurrencia de los requisitos exigidos en nuestra legislación en las acciones por *wrongful conception* y *wrongful birth*; centrándonos el daño indemnizable.
- 2) Un segundo capítulo sobre el daño indemnizable ilustrado en las acciones por *wrongful conception*, iniciando el análisis por el marco fáctico y jurídico que se adapta a nuestra legislación, para luego exponer las distintas posturas que ha sostenido la jurisprudencia y la doctrina nacional e internacional. Así, se identifica una tesis que niega la existencia de perjuicios; otra que limita los rubros indemnizatorios a presupuestos específicos; finalmente, la argumentación que reconoce la confluencia de diversos intereses jurídicos conculcados tanto no patrimoniales, como materiales y biológicos.
- 3) Un tercer capítulo sobre el daño indemnizable aplicable en las acciones por *wrongful birth*, realizando un pequeño recorrido por las distintas posturas que la doctrina ha sostenido, dentro de las que se distinguen aquellas ligadas a valores conservadores y otras más bien contemporáneas, que abren el espectro garantista hacia la protección de derechos reproductivos. En este orden de ideas, nos inclinamos por ideas sostenidas por esta última postura.

CAPÍTULO I:

EL DAÑO EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA

Es sabido que, frente a negligencias médicas el sistema jurídico opera en todo su esplendor, pues en estos casos convergen presupuestos de responsabilidad penal, administrativa, civil y otras subdisciplinas, por los daños que causan los profesionales sanitarios con ocasión del ejercicio de sus funciones de manera culposa o dolosa. Y, por la gravedad que generan estos perjuicios para las víctimas, se debe analizar cómo responde cada uno de estos estatutos jurídicos al momento de su colisión con otros derechos o intereses, puesto que la mayoría de ellos no consagran reglas especiales.

A lo anterior también se une la conciencia generalizada, por parte de los usuarios de un sistema de salud, sobre la existencia de daños y riesgos que escapan de la intervención médica a la que se someten. Al respecto bien lo detalla Miranda Suárez al afirmar que “los pacientes están más conscientes de sus derechos y de su posibilidad de exigir, reclamar y/o accionar judicialmente, disponiendo de diversos medios y acciones, sean civiles, penales, administrativas o incluso de ámbito de la protección al consumidor, sumado a expectativas de compensación económica”⁴. Por tanto, a lo que respecta al derecho privado, no es odioso o extraño activar el remedio indemnizatorio por los daños ocasionados con motivo del ejercicio de la medicina de forma imprudente o dolosa.

⁴ Miranda (2015), p. 80.

De este modo, podemos observar que la acción resarcitoria se ha sustentado también como un mecanismo para lograr justicia o esclarecer la verdad en casos de negligencia sanitarias en donde las partes están en posición especial de asimetría respecto al galeno⁵. Como lo indica Tapia Rodríguez: “Frente a estas incertidumbres, la víctima (o sus deudos) buscan consuelo en una acción que obligue a un tribunal a hacer luz sobre esta situación, a descubrir las verdaderas causas del fracaso del acto médico”.⁶

En razón de lo expuesto, nos encontramos con una serie de problemas, porque se advierte, desde ya, que no existen normas especiales en nuestro ordenamiento jurídico privado que nos permitan establecer con claridad la responsabilidad que se suscita en casos de imprudencias médicas.

Así, en el presente capítulo trataremos de ilustrar algunas de estas discusiones doctrinales y jurisprudenciales. En un inicio, partiremos identificando el estatuto de responsabilidad civil aplicable a estas hipótesis dentro del sistema dualista de nuestro Código Civil, para luego responder las problemáticas que surgen al considerar la aplicación del régimen contractual como regla general en materia de responsabilidad civil médica. Finalizamos el capítulo, analizando las particularidades de ésta y la concurrencia de sus requisitos en la materia que nos convoca.

1. El estatuto de responsabilidad aplicable a la reparación del daño en materia de *wrongful conception* y *wrongful birth*

En un primer momento, realizar un análisis sobre el estatuto de responsabilidad civil aplicable a estos casos no hubiese sido atinente u oficioso, puesto que tradicionalmente se habría consolidado la idea que en todos los casos de responsabilidad civil médica se obedecía al sistema extracontractual (por

⁵ Esta asimetría o desigualdad de contratación en la relación médico paciente tiene su resabio en concepciones paternalistas o decimonónicas que, a juicio de Tapia (2003), p. 78 el paciente debía respeto reverencial al facultativo, pues él tenía una especie de mágico conocimiento de la *lex artis* que básicamente era incuestionada. Sin embargo, actualmente el punto clave en todo ámbito de responsabilidad civil médica está dada por la autodeterminación del paciente, a quien se le debe asegurar el pleno y eficaz acceso al conocimiento de los tratamientos a los que puede optar y a los que no. Así, el ejercicio del médico como profesional experto en la ciencia debe ser encomendado en función a las necesidades y autonomía del paciente; aquella concepción también se extrapola a la mayoría de las profesiones liberales, por ejemplo, al Derecho.

⁶ *Ibid.*, p. 77.

razones que serán explicadas en los próximos apartados). No obstante, actualmente, aquella idea se encuentra superada y en casos de imprudencia médica confluyen ambos sistemas, siendo la regla general el contractual y, a modo excepcional, se aplicarían las particularidades del régimen extracontractual, según la situación en concreto y la concurrencia de los requisitos establecidos para cada sistema de responsabilidad civil.

Ahora, para efectos de identificar el estatuto de responsabilidad civil aplicable, estos tesisistas definen el concepto de *wrongful conception* como aquella acción indemnizatoria interpuesta en contra del profesional, equipo médico o centro hospitalario por los daños que éstos causen tras un tratamiento anticonceptivo o procedimiento esterilizante que resulta fallido, defectuoso o imperfecto, generando su efecto adverso, esto es, la concepción de un embarazo no planificado para sus progenitores.

Se advierte que estamos frente a un claro caso de responsabilidad civil contractual en donde convergen cada uno de los requisitos que nuestra legislación exige al respecto.

Así, el paciente que desea no tener descendencia (independiente de sus razones) tiene la indiscutible facultad para someterse a un procedimiento anticonceptivo o un tratamiento quirúrgico esterilizante, lo cual implica directamente la intervención de un galeno, un equipo médico o centro hospitalario. Ante esto, se identifica el nudo contractual o relacional entre estos particulares, dado que la fuente de la que emerge la obligación surge en atención a la esencia del contrato médico. Puesto que, una parte se obliga a un resultado y a su vez, la contraria se obliga a dar algo, generalmente, una prestación económica en favor de la primera. En tanto, si el método anticonceptivo o procedimiento esterilizante ejecutado por el profesional de la salud falla es una hipótesis de desvío o incumplimiento imperfecto del programa contractual pactado entre los contratantes, generando responsabilidad civil bajo el régimen contractual. Y, es en este escenario que se activan los remedios contractuales que nuestro ordenamiento privado consagra, esencialmente, la acción indemnizatoria en contra del galeno interviniente y/o del centro hospitalario.

El mismo panorama jurídico se presenta tratándose de las hipótesis de *wrongful birth actions*, la cual estos tesisistas la definen como aquella acción indemnizatoria interpuesta por uno o ambos

progenitores tras la negligencia o dolo en la infracción del deber de información al paciente o erróneo diagnóstico sobre el estado de salud del *nasciturus* o de la madre, privando a esta última de la posibilidad de interrumpir el embarazo mediante una decisión informada y consciente.

Al respecto, no nos cabe duda de que nos situamos en el campo de aplicación de la responsabilidad civil contractual, surgiendo la fuente de la obligación por medio de la celebración del contrato médico entre la mujer embarazada y el profesional, equipo médico o centro hospitalario con ocasión de controlar el estado de salud del *nasciturus* y del proceso gestacional que atraviesa la mujer por medio de una prestación onerosa, por regla general.

2. La responsabilidad civil contractual

Habiendo establecido que en materia de *wrongful conception actions* y *wrongful birth actions* el estatuto de responsabilidad civil aplicable es el contractual, nos compete analizar sus particularidades de acuerdo con nuestro sistema privado; visualizando el panorama general de la contratación, para luego, vincularlo a las acciones mencionadas.

Al estudiar la responsabilidad civil contractual nos remitimos necesariamente al incumplimiento de las obligaciones pactadas en un contrato o cualquier inobservancia por una de las partes al programa estipulado. Aquella infracción a lo convenido genera consecuencias jurídicas patrimoniales o materiales en contra de uno de los contratantes. En palabras del profesor Rodríguez Grez, si no se realiza el comportamiento pactado, “surge responsabilidad, la cual implica la imposición coercitiva de una conducta distinta que sustituye a aquella otra preterida por el sujeto pasivo de la obligación”⁷.

A mayor abundamiento, el sistema contractual en Chile se sustenta en base a varios pilares fundamentales, los cuales establecen la primacía de la autonomía privada en el marco de las relaciones entre particulares (o como dice Rodríguez Grez: relaciones intersubjetivas) y que posee una fuerza

⁷Rodríguez (2003), p. 11.

obligacional reforzada, de acuerdo con el artículo 1545 del Código Civil chileno. Luego, el artículo 1444 de nuestro Código Civil establece la concurrencia de elementos o exigencias mínimas que deben observar las partes para que los actos jurídicos produzcan los efectos deseados por ellas; sin embargo, la inobservancia de aquellas no implica que el acto no nazca a la vida de Derecho, sino que degenera en otro distinto.

2.1. El vínculo contractual o relacional

Para la procedencia de la responsabilidad civil contractual, debemos iniciar el transcurso de sus requisitos, precisamente, por advertir la existencia de un vínculo relacional mediante el cual emanan obligaciones contractuales para las partes, a saber, un contrato; de lo contrario, estaríamos atendiendo al régimen de responsabilidad extracontractual, tras la inexistencia de un contrato o, derechamente, tras falta de consentimiento entre las partes en orden a generar obligaciones.

2.2. El incumplimiento contractual

Como ya se indicó, y en conformidad a lo estipulado en el artículo 1556 del Código Civil chileno, para la configuración del sistema de responsabilidad civil contractual, debe existir un incumplimiento del programa pactado por las partes, esto es, existencia de un cumplimiento imperfecto, un retardo o incumplimiento total de la obligación contractual.

2.3. La imputabilidad

Los y las autoras explican que la imputabilidad se determina según la observancia de un sistema subjetivo de responsabilidad en base a los factores de atribución de la culpa o el dolo. En tal sentido, cobra vital importancia el foro interno del agente que causa el daño, siendo necesario, para efectos de la imputación de la responsabilidad civil, analizar su discernimiento y capacidad para entender las

consecuencias de su acto⁸. Paralelamente, el sistema objetivo de responsabilidad se visualiza en ciertas hipótesis, algunas relacionadas a actividades contemporáneas, en las cuales se crean o aumentan nuevos riesgos en atención a la naturaleza de estos hechos.

Respecto a la culpa, se ha entendido como “un reproche jurídico que se funda en un error de conducta, que consiste en no ejecutar la actividad que hipotéticamente habría desplegado un modelo de persona cuidadosa (...) y que tiene por objeto imputar al infractor las consecuencias de sus actos”⁹. Por tanto, se suele entender que la culpa del agente dañoso se analiza en virtud de una apreciación en abstracto, esto es, “comparando la conducta que provoca el daño con la conducta que observaría un “modelo” colocado en la misma situación del deudor (obligado), en el mismo lugar y en el mismo tiempo”¹⁰. En materia de responsabilidad contractual, los estándares de diligencias están delimitados en los artículos 44 y 1547 de nuestro Código Civil.

El segundo factor de imputación es el dolo. El Código Civil chileno lo define como aquel que “consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro”, en conformidad a su artículo 44 en su inciso sexto. Así, el autor Darío Rojas, lo define como “la intención positiva de causar un daño a una persona o a la propiedad de otro. Ello es, que el deudor de la obligación de reparar, de forma mal intencionada y a sabiendas de que puede causar un perjuicio a otra persona, realiza la acción de todas formas”¹¹. Unido a lo anterior, y en consideración a lo sostenido por Abeliuk, estos tesisistas comprenden que el dolo en materia contractual se trata de aquella intención deliberada de no cumplir la obligación pactada con la intención de causar un daño, cuya apreciación es “*in concreto*”¹².

⁸ Orrego (2019), pp. 1-2

⁹ Rodríguez (2011), p. 147.

¹⁰ Rodríguez (2004), p. 96.

¹¹ Rojas (2014), p. 205.

¹² Abeliuk (2003), p. 201.

2.4. El daño o perjuicio causado

El derecho de daños parte de la base del principio de la tolerancia al daño ínfimo o insignificante¹³. Esto quiere decir que la realidad ontológica inserta al ser humano en un sinfín de complicaciones, malestares y sufrimientos que, por la naturaleza del vivir en sociedad, no importan a priori, la posibilidad de accionar por indemnización de perjuicios, ya que estas perturbaciones no serían más que los costos soportables de los beneficios que conlleva la vida civilizada y organizada en un Estado de Derecho. Unido a lo anterior, es preciso señalar que los daños en materia indemnizatoria evolucionan y aumentan en conformidad con la modernización de las comunidades, pero lo relevante para el Derecho positivo, es definir o delimitar lo que como sociedad entenderemos como daños resarcibles. Así, en palabras de Barros: “cualquiera sea la amplitud del concepto de daño, el ordenamiento de la responsabilidad civil tiene que definir los límites entre las turbaciones a intereses que son daños en sentido jurídico y las que forman parte de los costos que debemos asumir por vivir en sociedad”¹⁴. Entonces, para que las consecuencias de un daño se radiquen en el patrimonio del agente que lo causa, es necesario entender que no todo perjuicio es indemnizable, sino que sólo aquellos que, en virtud del principio de reparación integral, excedan del mínimo de tolerancia permitido¹⁵.

Así, Hernán Corral ha señalado que “aunque en general se suele enfatizar el principio de la reparación integral que impone que “todo” daño debe ser indemnizado, lo cierto es que si las personas reclamaran por todos los daños que sufren en su diario relacionarse con los demás, el sistema judicial colapsaría.”¹⁶.

Por tanto, para que el daño tenga efectos jurídicos y para que sea susceptible de reparación o indemnización, la doctrina ha elaborado distintas concepciones y definiciones sobre este elemento, pero la mayoría ha centrado sus esfuerzos en dilucidar la concurrencia de requisitos relevantes para que el daño sea digno de reparación, por ejemplo, se concluye y existe unanimidad en catalogarlo como

¹³ Corral (2013), p. 140.

¹⁴ Barros (2006), p. 222.

¹⁵ *Ídem*.

¹⁶ Corral (2013), p. 140.

legítimo, significativo¹⁷, entre otras características. Lo anterior concuerda con el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico no conceptualiza el daño, salvo su mención en los artículos 2314 y 2329 del Código Civil chileno y otras disposiciones legales.

No obstante, en un primer sentido de la palabra, Alessandri Rodríguez sostuvo una noción amplia del daño al definirlo como “todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución, por insignificante que sea, de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo”¹⁸. Siguiendo aquella misma lógica, Barros lo conceptualiza como “todo menoscabo que experimente un individuo en su persona y bienes, la pérdida de un beneficio de índole material o moral, de orden patrimonial o extrapatrimonial”¹⁹.

Por su parte, el profesor Rodríguez Grez lo define como “el menoscabo o detrimento real o virtual que experimenta el patrimonio del acreedor como consecuencia del incumplimiento de una obligación emanada de un contrato o inexecución de la prestación convenida”²⁰, es decir, entiende que no hay responsabilidad si no hay daño, puesto que la responsabilidad tiene como objeto resarcir a la víctima y el daño debe ser el antecedente.

Con todo, el daño obedece al estado actual de la sociedad y de sus avances y, siguiendo a Aedo Barrena, podemos señalar que el daño causado por uno de los contratantes en perjuicio del otro debe ser cierto e intolerable por implicar, precisamente, una lesión a los intereses jurídicamente tutelados por un ordenamiento jurídico²¹, independiente del contenido patrimonial del programa pactado entre ellos y, en todo caso, es tarea jurisdiccional establecer y explicar si el interés merece reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico.

¹⁷ *Ídem*: “En nuestra tradición jurídica, se ha entendido que el interés debe ser legítimo para que sea digno de reparación. La doctrina agrega el requisito de que el interés lesionado sea significativo”.

¹⁸ Alessandri (1943), p. 210.

¹⁹ Meza (1997), p. 258.

²⁰ Rodríguez (2012), p. 216.

²¹ Aedo Barrena (2006), p. 328.

En este orden de ideas, la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Rancagua, en causa Rol N° 333-2016, sostuvo que “en sentido amplio, el daño consiste en el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona, ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio. En otros términos, consiste en todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, carencias etc”²².

2.4.1. El daño patrimonial en materia contractual

En materia contractual, la indemnización considera las disminuciones pecuniarias o económicas que enfrenta la víctima tras el evento del incumplimiento. En palabras simples, es el detrimento del patrimonio monetario que experimenta la parte afectada²³. A su turno, encontramos los rubros de daño emergente y lucro cesante, de acuerdo con el artículo 1556 de nuestro Código Civil.

El daño emergente implica los gastos económicos reales y efectivos que se incurran como consecuencia directa del incumplimiento contractual²⁴, cuya valoración no suscita mayores discusiones para la jurisprudencia o doctrina. Por otro lado, el lucro cesante implica la frustración de una legítima utilidad que hubiera incrementado el patrimonio de la víctima contratante en el evento en que no hubiese existido el incumplimiento de las obligaciones del contrato, por tanto, su estimación monetaria presenta complicaciones toda vez que se intenta acreditar la concurrencia de un beneficio patrimonial por medio de las probabilidades de un evento²⁵.

2.4.2. El daño no patrimonial en materia contractual

La doctrina ha denominado como daño extrapatrimonial o moral a aquel detrimento o sufrimiento de la integridad física o psíquica de la víctima del incumplimiento contractual en un sentido

²² Olivares Rubio y otros con Servicio de Salud Región de O'Higgins (2017)

²³ Corral (2013), p. 142.

²⁴ Abeliuk (2003), p. 230.

²⁵ No se ahondará en esta materia, pues su contenido excede el propósito de la presente investigación.

amplio²⁶. Es decir, se refiere a todos los perjuicios que no tengan una apreciación pecuniaria determinada o que se escapen de la esfera patrimonial.

Actualmente, la noción que se ha sostenido en doctrina supera el *pretium doloris* del daño no patrimonial, ya que aquel es solo es una especie de este y, en general, el perjuicio extrapatrimonial que se debe indemnizar (sea en sede contractual o extracontractual) obedece a las infracciones, lesiones, vulneraciones o “atentados a determinados derechos, bienes o intereses que el Derecho asegura a las personas (...)”²⁷. En este sentido, se beneficia a la víctima pues “La prueba (...) debe encaminarse a determinar que se originan en un detrimento a cualquier bien jurídico tutelado”²⁸.

Así, es preferible considerar los sufrimientos psicosomáticos o deterioros de los sentimientos humanos (por ejemplo, depresión, estrés, ansiedad, angustia, crisis de pánico, desesperación, nerviosismo y un largo etcétera) como una especie del daño moral (como daños corporales o biológicos²⁹); de esta forma, se amplía el concepto de perjuicio extrapatrimonial al considerar éstos como las lesiones a intereses jurídicamente tutelados por un ordenamiento (verbigracia, derechos de la personalidad, dignidad humana, indemnidad o autonomía sexual y reproductiva y un sinnfín de otros), bastando probar en juicio el reconocimiento y alcance de estos intereses para que puedan ser ponderados por el juez o jueza, y con esto aumentar progresivamente los *quantum* de la indemnización en pos de la reparación de la víctima.

En tal orden de ideas se ha pronunciado Barros, autor que sostuvo en su oportunidad que: “En rigor, sólo las lesiones a bienes de la personalidad constituyen un daño propiamente moral (entendido como lo concerniente al fuero interno o al respeto humano); no lo son, por el contrario, el dolor corporal, la angustia psicológica o la pérdida de oportunidades para disfrutar de una buena vida, que, sin embargo, se entienden inequívocamente pertenecientes a esta categoría”³⁰.

²⁶ Abeliuk (2003), pp. 231-232.

²⁷ Barrientos (2008), p.89.

²⁸ *Idem*.

²⁹ *Idem*.

³⁰ Barros (2006), p. 287.

Nuestra Excelentísima Corte Suprema, acogiendo un recurso de unificación de jurisprudencia sobre el tema, en causa Rol N° 33.990-2016, sostiene que: “La noción del daño moral ha avanzado a una comprensión más amplia que el mero padecimiento psicológico o *pretium doloris*, debiendo entenderse a partir de la fractura al proyecto de vida de la persona en razón del accidente lo que impacta en la esfera de la personalidad de la víctima. De ahí que a partir de la autodeterminación de la persona a trazar su propio proyecto de vida merezca reparación la afectación a las diversas facetas de su existencia. Esto permite ampliar la noción del daño moral y recoger como daños específicos la pérdida de agrado, el perjuicio corporal, el daño fisiológico, estético u otros”³¹

Por otro lado, debemos señalar que, en un primer momento, se rechazaba la idea de considerar el daño moral frente a incumplimientos contractuales. Aquella exclusión se veía motivada en cuanto el artículo 1556 de nuestro Código Civil estrechamente no señala al daño moral como una partida resarcitoria en una acción de indemnización de perjuicios.

Sin embargo, como bien indica Flores Carvajal, quien analizando la disposición mencionada en concordancia con el artículo 1558 del Código Civil chileno concluye que “en materia contractual no habría inconveniente para indemnizar el daño moral (...), desestimar el daño moral en sede contractual, constituye una inaceptable interpretación exegética de las normas referidas, más aún si se trata de indemnización de perjuicios en el área médica, por cuanto ésta comprende la obligación de reparar todo detrimento de la salud del paciente”³². Por tanto, desde la década de 1990 en adelante, se comienza a idear la confluencia del daño no patrimonial en las relaciones contractuales entre privados³³.

Así se ha evidenciado en nuestra Excelentísima Corte Suprema, en causa Rol N° 21.222-2020, al sostener que “tal como lo ha reconocido la doctrina nacional y esta Corte Suprema, el daño moral en la esfera contractual es indemnizable en la medida que sea una consecuencia inmediata y necesaria del incumplimiento del contrato, (...) la conducta del demandado (...) ha afectado intereses que van más allá

³¹ Quezada con Colmenares Warner Limitada (2016)

³² Flores (2002), pp. 149-150.

³³ Mondaca (2014) p. 356.

de los resultados puramente patrimoniales y se refieren, en cambio, a la personalidad moral del individuo”³⁴.

Por último, acercándonos un tanto a la cuestión debatida en el presente trabajo investigativo, el daño no patrimonial en la responsabilidad civil médica (que obedece a un sistema contractual, por regla general) es “la lesión del llamado interés de integridad del que es titular el paciente que se somete a un procedimiento, tratamiento o intervención médica. La persona deudora -profesional médico- asegura por intermedio del contrato la indemnidad personal del paciente, en términos de que, si incumple y ella se ve lesionada, se activa la obligación de indemnizar a su favor. Este interés es parte del ámbito de resguardo del contrato”³⁵.

2.5. La relación de causalidad

Nuestro Código Civil no realiza mayores esfuerzos en definir este requisito de la responsabilidad civil contractual. Se puede decir que la relación de causalidad atiende a la nexa consecucional entre el incumplimiento y el daño³⁶. En conformidad a lo anterior, la doctrina ha sostenido diversas teorías que intentan explicar esta conexión, así, aquellas se han agrupado en dos, a saber, teoría empirista y normativista.

2.6. La mora del deudor

A partir del artículo 1551 de nuestro Código Civil, se exige que el retraso en el cumplimiento de las obligaciones pactadas por parte del deudor; se ha sostenido que con “la sola llegada del plazo contractualmente pactado, expreso tácito, constituiría al deudor en mora (...). Esto traería aparejado que

³⁴ Carillo con Pérez (2021).

³⁵ Vidal (2020), p. 211.

³⁶ Puig (1994), p. 267.

cada vez que el deudor deja de cumplir en tiempo la obligación, se configuraría un incumplimiento suficiente para ejercer cualquiera de los medios de tutela”³⁷.

A su turno, el autor Felipe Osterling especifica que: “para que el deudor quede constituido en mora es preciso (...) que se trate de un retraso en el cumplimiento de la obligación que le es imputable. Pero también es necesario que la obligación, no obstante el retraso, sea de posible cumplimiento. Debe tratarse, en suma, de un retardo, no de una inejecución total. El deudor debe tener la posibilidad, aunque tardíamente, de cumplir la obligación”³⁸.

En este caso, para la procedencia de la acción indemnizatoria³⁹, la parte legitimada activa debe haber cumplido su respectiva obligación contractual y la parte legitimada pasiva, debe haber incumplido, a su turno, la obligación.

Frente a la mora, el acreedor debe compeler al cumplimiento, puesto que, de lo contrario, haría suponer que el incumplimiento no le está causando daño (se entiende que ésta es una carga del acreedor). Vale decir, el requisito para que el deudor se constituya en mora es que el retardo debe persistir después de que el acreedor manifieste el perjuicio derivado del retardo en el incumplimiento.

3. La responsabilidad civil médica en materia de *wrongful conception* y *wrongful birth*

La responsabilidad civil médica o sanitaria surge en atención a la obligación de indemnizar los daños causados por un profesional del área de la salud, por su equipo o por el centro hospitalario con

³⁷ Contardo (2014), p. 78.

³⁸ Osterling (1987), 55.

³⁹ Parece de manifiesto, desde ya, que tratándose de la acción por *wrongful conception* la vía resarcitoria es la más idónea; en tanto, no se podía exigir el cumplimiento forzado del contrato toda vez que ya existe un embarazo. Frente a *wrongful birth*, se podría pensar, de alguna u otra forma, en el cumplimiento forzado, a saber, en el caso en que la paciente ve truncada su decisión de interrumpir el embarazo aún cuando invoca y acredita la causal e indicación correspondiente. Al respecto, se presentó en nuestra jurisprudencia un caso con tales características, que será analizado con posterioridad.

Agrega el autor Pizarro (2017), p. 12: “En lo que se refiere a la responsabilidad médica, parece sensato y más claro mantener el lenguaje tradicional, circunscribiendo la voz ‘responsabilidad contractual’ a la indemnización que pueden obtener las víctimas a resultas de un daño ocasionado en la ejecución de un acto médico”.

ocasión del ejercicio culposo o doloso de la actividad médica o por su omisión, es decir, en definitiva, por el mal empleo de su *lex artis ad hoc*⁴⁰ o bien por infracción a un vínculo médico-paciente obligatorio preexistente⁴¹.

Esta actividad médica es comprensiva de la faceta de conservación de la salud física y psíquica, de la curación de enfermedades del ser humano, pero también de la intervención de medicina voluntaria. Esto es relevante para las acciones de *wrongful conception*, *wrongful birth* y *wrongful life*, toda vez que algunas de estas se refieren a la intervención voluntaria a tratamiento anticonceptivos o esterilizantes, otras dicen relación con la necesidad de conservar o prevenir un estado de salud y, en ocasiones, ambas conjuntamente, por ejemplo, el caso en que una mujer se somete a un procedimiento esterilizante porque un eventual embarazo podría ocasionar algún riesgo vital a su salud.

Entonces, al evidenciar que las hipótesis de *wrongful conception* y *wrongful birth* encuentran su ámbito de aplicación en la responsabilidad civil médica, específicamente, en el régimen contractual, debemos entonces analizar la concurrencia de los requisitos mencionados en el apartado anterior a estos casos en específico. Sin perjuicio de aquello, esta conclusión no obedece a una discusión pacífica por parte de la jurisprudencia y doctrina, por tanto, es sumamente importante realizar algunos comentarios sobre este tipo de responsabilidad civil.

Así, en un primer momento, Acosta afirmó que el estatuto de responsabilidad civil que se aplicaba en materia de negligencias médicas era el régimen extracontractual, principalmente, debido a que se pretendía la indemnización de perjuicios en sede penal, puesto que era lo más frecuente en atención a que la mala *praxis* sanitaria tenía su principal asidero en delitos y cuasidelitos de homicidios

⁴⁰ Siguiendo lo que señala el Colegio Médico de Chile se entiende “Lex Artix” o “estado del arte médico” como el “conjunto de normas o criterios valorativos que el médico en posesión de conocimientos, habilidades y destrezas debe aplicarlos diligentemente en la situación concreta de un enfermo y que han sido universalmente aceptadas por sus pares”. Siguiendo a Acosta (1990), pp. 380-381: “Se ha de reconocer que la medicina es una ciencia progresiva, y al determinar la conducta conforme a la *lex artis*, se debe considerar el grado de avance de la profesión en la época del tratamiento, el que debe ser calibrado por los modelos que existen al tiempo en cuestión (...) que fueron o debieron ser conocidos en el ejercicio del cuidado debido (...) Una conducta no acorde con la *lex artis*, comúnmente se designa como malpraxis, es decir, cualquier forma inadecuada de ejercicio de la profesión médica. Existe mala praxis por dolo o por culpa”. Adicionalmente, Vidal (2020), p. 76: “es aquella práctica aceptada como correcta por un cuerpo de profesionales médicos altamente calificados”.

⁴¹ Acosta (1990), p. 86.

y otros atentados en contra de la vida, salud física o psíquica. Asimismo, se sostuvo por largos lustros que las personas no podían contraer obligaciones de carácter contractual en base a la salud y vida humana⁴².

Pero, además, otro motivo que explicaba la extracontractualización de esta materia era que, tradicionalmente, la reparación del daño considerado como moral (o no patrimonial) tenía una estrecha vinculación con este estatuto extracontractual y se negaba en sede contractual por aplicación literal del artículo 1556 del Código Civil chileno⁴³. Cabe destacar que esta postura tradicional limitaba la legitimidad pasiva sólo respecto a personas naturales, salvo ciertas hipótesis relativas a personas jurídicas, en las cuales los centros hospitalarios no se contemplaban.

Debido a la importancia del daño no patrimonial en estas materias y unido a la necesidad de demandar civilmente a los centros sanitarios, hoy en día se prefiere hablar de la contractualización de las responsabilidades civiles de los profesionales del área de la salud como regla general⁴⁴, siendo excepcionalmente aplicable el régimen extracontractual en las circunstancias en que no concurren los requisitos del sistema general, por ejemplo, tratándose de la nulidad del vínculo contractual o inexistencia del consentimiento del paciente (por estado de inconsistencia) o de las víctimas por repercusión, entre otros eventos⁴⁵.

Respecto al daño no patrimonial, en los últimos 30 años la admisibilidad del daño “moral” ha tenido mayor aplicación y reconocimiento frente al incumplimiento del programa contractual pactado entre particulares, con independencia de la exclusión de ella en el artículo 1556 de nuestro Código Civil. Por tanto, se evidencia así que desaparece la necesidad de perseguir el perjuicio moral o extrapatrimonial

⁴² *Ibid*, pp. 76-78.

⁴³ Pizarro (2003), p. 204: “Una diferencia que justificaba la preferencia del estatuto cuasidelictual era la indemnización del daño moral, el cual hasta principios de la década de los noventa se consideraba improcedente en el ámbito contractual”.

⁴⁴ Pizarro (2017), p. 13: “La regla general en el ámbito privado es el régimen contractual respecto al paciente, el que suele encontrarse unido por contrato con el médico que ejecuta el acto negligente, quien ha causado el daño cuya indemnización se reclama”. Luego, *Ibid*, p. 26, el autor evidencia que, a partir de la lectura de la Ley N°20.584, se desprende con mayor claridad que: “La regla general en las prestaciones médicas es la existencia de un vínculo contractual entre el paciente y el prestador médico, sea individual o institucional”.

⁴⁵ Noriega (2011), pp. 21-22.

únicamente mediante la vía de responsabilidad extracontractual, porque la jurisprudencia está conteste a su aplicación en materia contractual.

Sumado a ello, merece atención la considerable ventaja que importa para el o la paciente en materia de probar la mala *praxis* del médico o de su personal: “se consideró muy beneficioso para los enfermos, quienes son en definitiva las víctimas del daño injusto, en razón de que en los contratos, en caso de incumplimiento, se presume la culpa, lo cual no ocurre en los cuasidelitos⁴⁶”.

Sin perjuicio de lo señalado, actualmente los y las autoras han realizado esfuerzos y construcciones doctrinarias en pos de considerar la responsabilidad civil médica como un estatuto o régimen especial de responsabilidad, lo que se suele denominar como “sectorización de la responsabilidad civil”. Aquel concepto ha sido acuñado por Vidal Olivares, al partir su análisis advirtiendo que nuestro Código Civil decimonónico difícilmente puede hacer frente a resolver todos los problemas contemporáneos que se generan con el avance de las ciencias, las tecnologías y la implicancia de la economía en la creación de nuevos problemas jurídicos, razón por la cual, la doctrina y jurisprudencia han tratado de crear estatutos de responsabilidad especial, según sea la naturaleza de la actividad que se profundiza con el paso del tiempo⁴⁷. Luego, el autor agrega: “En el caso de la responsabilidad civil médica, no hay duda que la sectorización tiene su origen y justificación en el mayor avance de la ciencia médica y de la consciencia de los riesgos que ella envuelve tanto para la vida como para la persona del paciente; sin embargo, la reacción del legislador ha sido muy lenta, jugando un rol preponderante la doctrina y jurisprudencia⁴⁸”.

A mayor abundamiento, de lo anterior también surge de la necesidad de contar con herramientas y normativas legales expresas sobre este fenómeno en particular, porque algunos autores como Pizarro Wilson han defendido la postura de unificar el sistema de responsabilidad civil médica: “se propone unificar las normas aplicables a la responsabilidad médica, sin importar si la negligencia tuvo lugar en un

⁴⁶ Acosta (1990), p. 80.

⁴⁷ Vidal (2018), p 3.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 5.

hospital o en una clínica, ni tampoco si existió o no contrato. Un sistema uniforme permitirá a los destinatarios de las normas conocer los riesgos que enfrentan en el evento de un resultado adverso”⁴⁹.

Por último, debido a la ausencia de regulación positiva o codificada de la responsabilidad civil médica, debemos atender a la aplicación de las reglas generales que entrega nuestro ordenamiento civil, pero muchas veces aquello implica un esfuerzo intelectual de adaptar e interpretar las disposiciones legales a estos casos atípicos, las cuales en ocasiones dejan en latencia la desprotección y obstáculos del paciente-víctima. No obstante, debemos esbozar y tener en consideración disposiciones generales en materia contractual contenidas en el Título XII del Libro IV del Código Civil chileno.

3.1. Concurrencia de los requisitos de responsabilidad civil contractual en materia de *wrongful conception* y *wrongful birth*

3.1.1. Existencia de un contrato médico sobre la materia

El vínculo relacional que genera obligaciones bilaterales entre el paciente y el profesional, equipo médico o centro hospitalario, tiene su fuente en un contrato atípico. Por tanto, siguiendo al autor Flores Carvajal, diremos que el contrato de prestaciones médicas es aquella convención mediante la cual una de las partes, denominada profesional del área de la salud, se obliga a prestar servicios conforme a la ciencia de la medicina de forma cuidadosa, exacta y según el estado actual y, por otra parte, encontramos al paciente quien se obliga a pagar una remuneración, salvo que se establezca expresamente la gratuidad⁵⁰.

Debido a su atipicidad, tradicionalmente, se había seguido la idea de que este contrato se sujetaba a las reglas del mandato contenidas en nuestro Código Civil en su artículo 2118 y supletoriamente se aplican lo relacionado al arrendamiento de servicios inmateriales conforme lo indica el artículo 2012 del mismo cuerpo legal. Así, respecto del “mandato médico” se sostuvo que el paciente-mandante encarga al médico-mandatario la ejecución de una gestión, negocio o acto jurídico determinado, quien a su turno

⁴⁹ Pizarro (2008), p. 540.

⁵⁰ Flores (2002), pp. 29-31.

debía observar los deberes generales de cuidado, pero en todo caso era el paciente quien asume los riesgos⁵¹.

Dicha concepción hoy en día se encuentra superada tanto a nivel jurisprudencial como doctrinal, teniendo en consideración que no existe un encargo por cuenta y riesgo del paciente-mandante, puesto que el médico no actúa como un gestor de negocios, sino que, siguiendo las propias palabras de Mantilla Espinoza, “ejecuta prestaciones de índole médico que podemos calificar de hacer, lo que permite otorgarle la calificación, más bien, de contrato de servicios, en este caso, servicios médicos”⁵². Y, más específicamente, el médico se obliga a actos materiales y no a la realización de negocios jurídicos. Además, Pizarro Wilson señala que, se pondera que, en virtud del carácter gratuito y de confianza del mandato, difícilmente podemos extrapolar esas características a las relaciones médico-paciente, puesto que la proliferación e incremento de los servicios médicos privados y públicos han provocado una despersonalización entre la gratuidad y confianza de los intervinientes⁵³.

Respecto a la aplicación de las reglas del contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, de manera supletoria a las reglas del mandato o cuando el paciente no lograba acreditar tal encargo, también resulta cuestionable, porque el artículo 2012 de nuestro Código Civil se refiere a la creación de obras en donde prima la inteligencia, lo cual no se condice a ciencia exacta con las relaciones médico-paciente.

Así las cosas, actualmente es preferible y razonable estudiarlo como un contrato atípico, *sui generis* o innominado y utilizando una de las siguientes nomenclaturas: “contrato de prestaciones médicas” o “contrato médico”; pero, en todo caso, igualmente queda sometido a las reglas generales en materia de contratos en lo que resulta aplicable en él.

Ahora bien, uno de los aspectos más importantes es que ese contrato es consensual, pudiendo manifestarse este de cualquiera forma, sea de manera expresa, mediante acuerdo de voluntades serias, reales y exentas de vicios, o puede ser tácitamente, por ejemplo, basta el solo contacto telefónico entre

⁵¹ Pizarro (2017), p. 21.

⁵² Mantilla (2008), p. 486.

⁵³ Pizarro (2014), p. 829.

paciente a médico o centro hospitalario con el fin de concretar una cita para crear la relación contractual entre las partes⁵⁴, surgiendo, de esta manera, la obligación de hacer para el facultativo y una obligación de dar para el paciente⁵⁵. Esto genera una flexibilidad y genuinidad en el vínculo relacional.

En materia de *wrongful conception* el contrato médico se configura al momento en que el paciente y el correspondiente profesional sanitario consienten en la realización de un procedimiento o tratamiento que tenga por objetivo la anticoncepción o la esterilización temporal o definitiva. De este modo, el médico tratante se obliga a un resultado (lo cual obedece a la excepción en materia de contrato médico, en donde la generalidad está dada por las obligaciones de medios⁵⁶), es decir, el cese de las funciones reproductivas y recreacionales, en sentido amplio, sea momentáneamente (métodos anticonceptivos) o de forma permanente (tratamiento esterilizante).

Lo mismo se visualiza en el supuesto de *wrongful birth*, en donde el contrato médico es celebrado entre la paciente (madre que atraviesa un embarazo) y el facultativo correspondiente, mediante el acuerdo de voluntades, obligándose este en orden a controlar el proceso gestacional encaminado hasta su culminación con el parto - nacimiento, conforme a su *lex artis ad hoc*.

3.1.2. Existencia de un incumplimiento de las obligaciones del contrato médico

En el caso de *wrongful conception*, si con motivo de un tratamiento anticonceptivo o procedimiento quirúrgico esterilizante la mujer queda embarazada, el incumplimiento por parte del facultativo es evidente. Sin embargo, bien puede acontecer que la gestación de un embarazo se produzca

⁵⁴ *Ibid.*, p. 827.

⁵⁵ Se ha discutido si el pago es un elemento de la esencia, de la naturaleza o accidental de este contrato, diremos que es de la esencia, salvo que se pacte expresamente lo contrario. Al respecto, Acosta Ramírez (1990), p. 128 establece: “Ocasionalmente, el contrato médico podrá ser sinalagmático imperfecto, pues al momento de su formación podría generar obligaciones exclusivamente para el facultativo, pero ulteriormente podrían nacer obligaciones para el paciente, en el sentido de pagar una serie de gastos de materiales en que hubiere incurrido el profesional en su atención”.

⁵⁶ Vidal (2020), p. 75: “por regla general, las obligaciones de la figura médica son obligaciones de medios. En ellas, la persona deudora no garantiza un resultado determinado, sino la realización de aquella actividad debida orientada a obtenerlo. El médico, entonces, no se obliga a ser diligente o a prestar la diligencia debida, sino que a una prestación de hacer que la ejecutará empleando la diligencia debida para promover el cumplimiento del contrato”.

por una recanalización o por una falla que se enmarca dentro del margen de error propio de la mayoría de los métodos anticonceptivos o esterilizante, pero aquellas posibilidades debieron haber sido comunicadas; de lo contrario, el médico no actuó conforme a *lex artis ad hoc*. Si, habiendo informado aquello, la paciente se somete al tratamiento a sabiendas y, luego queda embarazada, el incumplimiento no se configura; ahora bien, no puede el médico advertir las deficiencias de un procedimiento, sin recomendar o disponer de otras alternativas en consonancia de las necesidades del paciente.

Aún más, siguiendo la línea argumentativa de Vidal en orden a que el incumplimiento del contrato se determina en cuanto el acreedor vea su interés insatisfecho⁵⁷, por tanto, se concluye que la mujer que quedó embarazada tras la falla del uso de un anticonceptivo o procedimiento esterilizante hay inobservancia contractual.

Y, respecto a *wrongful birth*, el incumplimiento que se observa es la falta de entrega de la información de manera correcta y oportuna sobre el verdadero estado de salud que enfrenta el *nasciturus* y la madre, despojándola de la posibilidad de interrumpir el embarazo en las condiciones que la legislación establezca; en tal caso, es un claro presupuesto de obligación de medio.

Al respecto, siguiendo los lineamientos de Vidal, a saber: “Que, por el contrato médico, el profesional se obliga, por un lado, a ejecutar el tratamiento, y por otro, a que en su ejecución observe el cuidado estándar de un profesional razonable. Se distingue, entonces, la prestación (1) respecto del cuidado estándar de un profesional razonable (2). Se reconoce la expectativa del paciente en orden a que la prestación se ejecute en esos términos”⁵⁸, podemos concluir que, en materia de *wrongful birth*, hay incumplimiento contractual en el momento en que, por ejemplo, el profesional no detecta una anomalía vital del feto o embrión, inobservando la legítima expectativa que tiene la madre (o los progenitores) a que en un diagnóstico presentará su médico le informará sobre todas las complicaciones de salud de su hijo o hija, entre otros supuestos.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 110.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 115.

3.1.3. Existencia de una imputabilidad al profesional o centro médico

Siguiendo la doctrina nacional en orden a que el incumplimiento contractual se presume, en tanto, la carga de acreditar la observancia de los parámetros que exige la *lex artis* o el cumplimiento de una obligación de resultado recae en el deudor, sea un profesional o un centro médico, conforme al inciso 3 del artículo 1547 de nuestro Código Civil)⁵⁹.

En materia de *wrongful conception*, los autores han señalado que se trata de obligaciones de resultado, asimilando este presupuesto al escenario de la medicina estética. La sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, en causa Rol N° 21.373-2015, se afirma que: “Es posible inferir que la naturaleza de la obligación contraída por el demandado no se satisface únicamente con aplicación rigurosa de la *lex artis*, sino con la obtención del resultado convenido, de manera que sólo operar la liberación de responsabilidad por causas extrañas, esto es, por ausencia de causalidad, por fuerza mayor o hecho de la víctima o de un tercero⁶⁰”. Por tanto, entendemos que, al implicar una obtención de un objetivo, tal es una maximización de la belleza, el cumplimiento de la obligación no se satisface con el cumplimiento cabal de la *lex artis* médica *ad hoc*, sino que, efectivamente, que la o el paciente consiga los efectos deseados.

En opinión de Gajardo, la responsabilidad civil médica en el caso de *wrongful conception* se asemeja a esto último, pues parte de la premisa de que el objetivo de la anticoncepción es no permitir que la fecundación se produzca. Por tanto, al igual que en la responsabilidad civil médica en caso de intervenciones estéticas, no se satisface con el solo cumplimiento de la *lex artis*, sino que también con la consecución del objetivo, en la especie, que la fecundación no se produzca, sea momentánea o definitivamente. Esto, por obvia consecuencia, excluye las hipótesis en que se trata de una falla del producto (por el porcentaje de falla), o cuando se trata de una falla de fábrica (en este último caso, el demandado sería el fabricante). Así las cosas, se entiende que las hipótesis en que se fundaría dicha responsabilidad serían aquellas en donde el médico tuvo participación, es decir: un diagnóstico errado,

⁵⁹ *Ibid*, pp. 134-140.

⁶⁰ Gajardo con Servicio de Salud Talcahuano (2015).

una operación de esterilización mal realizada, una prescripción de anticonceptivo no adecuada o mala entrega de información a la paciente.

Adicionalmente, la jurisprudencia nacional ha entendido que las obligaciones de resultados en el ámbito médico se sujetan de acuerdo con el sistema de responsabilidad objetivo o estricto⁶¹.

En el caso de *wrongful birth*, esta mala *praxis* por culpa o dolo radica en la inobservancia, por parte del facultativo, de su deber de informar sobre los riesgos que amenaza al feto o sobre los riesgos vitales del embarazo que pesa sobre la madre y de la posibilidad que le concede el ordenamiento jurídico chileno para interrumpir el embarazo, tratándose de una de las tres causales que se consagra en el artículo 119 del Código Sanitario. A modo de ejemplo, siguiendo a Sánchez: “el médico es responsable del daño en aquellos casos en los que no propone a la madre una serie de pruebas (recomendadas por su edad, antecedentes familiares u otros factores de riesgo relevantes), destinadas al diagnóstico prenatal de determinadas enfermedades o malformaciones”⁶².

No obstante, en los casos en que se le obliga a acreditar la negligencia, el sistema probatorio, sumado a esta complejidad de la medicina moderna, no hace más que prolongar los inconvenientes para el paciente, así mismo el autor Tapia Rodríguez señala que: “la ficha clínica o expediente médico resulta inaccesible o incomprensible; los informes de expertos son costosos, sus conclusiones excesivamente técnicas y, con frecuencia, demasiado equívocas a causa de una perniciosa y mal entendida solidaridad corporativa; en fin, la tarea de individualizar el origen del daño provocado en un establecimiento hospitalario donde intervienen múltiples profesionales y paramédicos, y una infinidad de instrumentos médicos, termina muchas veces convirtiendo la acreditación de la culpa del médico en una “prueba diabólica”⁶³.

⁶¹ Donoso y otros con Servicio de Salud Araucanía Sur (2018): “A mayor abundamiento cabe destacar aquí, que en el ámbito de la responsabilidad civil médica, la cobertura doctrinal que ha recibido la distinción entre obligación de medios y obligación de resultado, siendo por lo tanto, un antecedente relevante la presunción de culpa para el caso de incumplimiento de los protocolos, que asientan la liberación de la prueba a estricta de la culpa a la hora del incumplimiento, aproximándose a una responsabilidad de fase objetiva (...)”

⁶² Sánchez (2018), p. 466.

⁶³ Tapia (2003), p. 77.

3.1.4. Existencia de daños indemnizables

Lejos de ser un tema pacífico en doctrina y jurisprudencia, la construcción de estas acciones ha sido un tema respecto del cual los y las autoras han formulado sus comentarios y los tribunales y cortes se han mostrado dispares en sus decisiones. Principalmente, durante el siglo XX, concebir como daño el nacimiento de una criatura resultaba de una cuestionable moralidad y despertaba el rechazo por parte de los juristas más conservadores. Con la llegada del siglo XXI y la dictación de fallos como *Roe v. Wade*, entre otros, comenzaron a aparecer nuevas posturas respecto del tema que se amparaban en la existencia de diversos rubros indemnizatorios, justificando su postura en la existencia de bienes jurídicos que empezaron a pensarse con el desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Una primera postura es aquella más conservadora y apegada a valores ligados a nociones religiosas y morales, que podríamos argüir que se trata de una concepción más bien arcaica, sin perjuicio de que está lejos de serlo. Se trata de lineamientos que defienden el hecho de que plantear la existencia de estas acciones implica considerar la vida como un daño. Al respecto, vale la pena citar a Hernán Corral Talciani, quien es conocido por criticar duramente la posibilidad de entablar dichas acciones en nuestro país, en estricto, ha señalado que: “más allá de la negligencia médica, estos casos de *wrongful conception, birth o life* plantean la espinuda cuestión de si el nacimiento de un hijo, y su vida misma, puede ser considerado como un daño. La tradición humanística ha siempre defendido que todo ser humano, cualquiera sea la forma en que llegue al mundo, es valioso objetiva e incondicionalmente y, como tal, digno de tutela por parte del derecho. Por ello, parece contradictorio que pueda ser calificado jurídicamente como un daño susceptible de reparación. Lo digno y valioso en sí mismo («que bueno que existas»), no puede ser a la vez perjudicial y nocivo («hubiera sido mejor que no existieras»)»⁶⁴.

Dijimos que esta noción del daño en materia de *wrongful conception, birth y life* se condice con las ideas del orden “provida”, que confluyen en considerar los derechos en materia reproductiva de las mujeres en un segundo plano; junto con esto, rechazar el aborto en todas sus causales y considerar a la

⁶⁴ Corral (2012). Disponible en <https://corraltalciani.blog/2012/05/27/aborto-y-esterilizacion-fallidos-el-hijo-como-dano/> [fecha de consulta: 22 de diciembre de 2024].

vida siempre como un bien jurídico intocable, otorgándole un lugar privilegiado al *nasciturus*, muchas veces en desmedro de los derechos de la madre. Sin ánimos de menospreciar esta postura, pareciera existir una estrecha relación con la prohibición al aborto en todas sus causales y la reprobación de la existencia de estas formas de accionar.

Nuevamente, Hernán Corral afirma que “un ser humano, aunque limitado y enfermo, es siempre una persona que incrementa la bondad y la belleza del mundo. Tampoco la propia existencia puede ser considerada como un daño: no se puede comparar, ni es admisible que alguien lo plantee, la no existencia con la existencia. Si la vida humana es un valor fundamental de todo sistema jurídico civilizado, su conceptualización como daño reparable no puede sino ser síntoma de desquiciamiento y barbarie”⁶⁵.

A nivel internacional, debemos observar la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema del Estado de New Jersey en el caso “Gleitman v. Cosgrove” del año 1967 en donde queda de manifiesto la expresión de esta postura al afirmar al analizar la admisibilidad de una acción por *wrongful life*; en aquella oportunidad se sostuvo que: “Este Tribunal no puede ponderar el valor de la vida con menoscabo frente a la inexistencia de la vida misma. Al afirmar que no debería haber nacido, el niño demandante hace lógicamente imposible que un tribunal pueda medir los daños que alega debido a la imposibilidad de hacer la comparación requerida por las reparaciones compensatorias”⁶⁶ (traducción libre).

Continuando, una segunda postura es en orden a considerar a la vida del niño o niña como un daño indemnizable; despojándose de las concepciones ideológicas al respecto. Ello se enmarca en el hecho de que el nacimiento de un niño o niña, sano o no, implica una serie de gastos de que no se tenía la expectativa de incurrir, y respecto del cual se desarrollaron una serie de medidas en orden a que la concepción no ocurriera.

⁶⁵ Corral (2013), p. 156.

⁶⁶ Irwin Gleitman con Sandra Gleitman y Robert Cosgrove (1967): “*This Court cannot weigh the value of life with impairments against the nonexistence of life itself. By asserting that he should not have been born, the infant plaintiff makes it logically impossible for a court to measure his alleged damages because of the impossibility of making the comparison required by compensatory remedies*”.

También se expresa la misma idea anterior, ahora en la decisión de *House of Lords* en *McFarlane v Tayside Health Board* del año 1999: “Señores, explicar las decisiones que niegan una reparación por el costo de criar a un niño no deseado diciendo que no hay pérdida, no hay pérdida previsible, no hay vínculo causal o no hay base razonable para la restitución es recurrir a proposiciones formalistas y poco realistas que enmascaran las verdaderas razones para las decisiones. Y los jueces deberían esforzarse por exponer las verdaderas razones de su decisión. Tengo la firme convicción de que cuando los tribunales han negado un remedio por el costo de criar a un niño no deseado, las verdaderas razones han sido motivos de justicia distributiva. Esta es, por supuesto, una teoría moral. Se puede objetar que la Cámara debe actuar como un tribunal de justicia y no como un tribunal de moral”⁶⁷ (traducción libre).

Una tercera corriente dice relación con que el verdadero daño en que se fundan estas acciones está direccionado a intereses legítimos y tutelados que emergen de la dignidad humana y libertad, tales como la autonomía sexual y reproductiva (el que, a nuestro juicio, comprende además el derecho a beneficiarse de la tecnología y avances de biomédica para el caso de *wrongful conception* y el derecho a la posibilidad de abortar en el caso de *wrongful birth*), la planificación familiar, autodeterminación de los pacientes, derecho al libre desarrollo de la personalidad y derecho de identidad, entre otros. Por tanto, bajo esta postura no se consideraría a la vida como daño, a priori, sino que el daño se experimenta en la lesión a los intereses legítimos antes mencionados. Sin perjuicio de considerar, además, los daños patrimoniales derivados de asumir un embarazo no deseado o enfrentar un nacimiento sin la información necesaria.

Así lo entiende Macía Morillo: “Efectivamente, la reclamación de responsabilidad de la gestante frente al profesional sanitario negligente (*wrongful birth*) se centra en el hecho de que la defectuosa información recibida ha impedido a ésta adoptar una decisión consciente y libre sobre la interrupción

⁶⁷ House of Lords de Inglaterra, *McFarlane v Tayside Health Board* (1999): “*Lords, to explain decisions denying a remedy for the cost of bringing up an unwanted child by saying that there is no loss, no foreseeable loss, no causative link or no ground reasonable restitution is to resort to unrealistic and formalistic propositions which mask the real reasons for the decisions. And judges ought to strive to give the real reasons for their decision. It is my firm conviction that where courts of law have denied a remedy for the cost of bringing up an unwanted child the real reasons have been grounds of distributive justice. That is, of course, a moral theory. It may be objected that the House must act like a court of law and not like a court of morals*”.

del embarazo, en el plazo o con los requisitos fijados para ello ; no se sabe realmente qué hubiera decidido, de haber podido hacerlo, pero lo cierto es que no pudo decidir, por no disponer de la información relevante, y esto se considera, en sí mismo, como un daño”⁶⁸.

Reflejo de esta postura fue el trato que le dio la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, en el fallo del 2 de mayo de 2012, en causa Rol N° 373-2011⁶⁹, en que se acogió la pretensión de la demandante de indemnización de perjuicios en razón de que el médico que le había practicado una ligadura de trompas, no le informó que sólo lo había hecho respecto de la derecha y no de la izquierda, lo que produjo que la demandante diera a luz a gemelas, sin perjuicio de la decisión que había tomado de no tener más hijos y la diligencia que había empleado en orden a someterse al procedimiento esterilizante mencionado.

En mérito a lo expuesto, nuestra postura adhiere a esta última, que respeta en todo ámbito los criterios de salud y dignidad humana, los derechos humanos de las mujeres y personas gestantes, además, toma en consideración la autodeterminación de los pacientes como el núcleo central en el cual converge la relación entre estos y el médico.

Esta forma de razonar y argumentar jurídicamente rechaza la irrisoria “compensación” que propuso el Laboratorio Recalcine en el procedimiento voluntario colectivo iniciado con el Servicio Nacional del Consumidor en septiembre de 2023, tras la falla de las pastillas anticonceptivas Marilow que elaboraban. En dicha oportunidad, se planteó indemnizar a las mujeres embarazadas en la suma de \$19.200 por el valor del producto; \$9.700 por la reclamación; y \$10.000 por los daños causados⁷⁰. No resulta lógico ni ajustado a Derecho indemnizar los perjuicios ocasionados por aquellas sumas, considerando las graves consecuencias que genera enfrentar un embarazo en contra de los deseos de su progenitora.

⁶⁸ Macía (2011), p. 10.

⁶⁹ Currihual con Castillo (2011).

⁷⁰ Sin perjuicio de ello, la decisión resolutoria se encuentra reservada. Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) “PVC: SERNAC con Laboratorios Recalcine”. Disponible en <https://www.sernac.cl/portal/609/w3-article-77114.html> [fecha de consulta: 22 de diciembre de 2024].

Si bien aquello fue decidido mediante un procedimiento voluntario colectivo aplicando las reglas de la Ley N° 19.496 (que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores), es especial la letra e) del artículo 3, lo cierto es que, en materia sanitaria, el panorama del *quantum* de la indemnización debe respetar lo establecido en el artículo 41 de la Ley N° 19.966 (que establece un régimen de garantía de salud), esto es: “La indemnización por el daño moral será fijada por el juez considerando la **gravedad del daño** y la modificación de las **condiciones de existencia del afectado con el daño producido, atendiendo su edad y condiciones físicas**. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producirse aquéllos”⁷¹ (énfasis nuestro).

3.1.5. Existencia de un nexo causal

Al igual que el daño, en estas materias, el nexo causal es uno de los requisitos más controvertidos, por tanto, debido a su larga extensión, excede del propósito de la presente investigación, salvo los siguientes comentarios.

Tratándose de la aplicación de un régimen contractual tanto para las acciones por *wrongful conception* como *wrongful birth* el incumplimiento de las obligaciones por parte del facultativo es suficiente para acreditar la relación causal.

Sin perjuicio de aquello, a propósito de la teoría de la causa adecuada se sostiene que: “podría responder cualquier persona que, dentro del curso normal de los hechos, provoque el daño, por ejemplo, a causa de la defectuosa transportación de insumos al quirófano o de la mala práctica de esterilización, entre otras causas que deriven en *wrongful conception*. (...), el ejercicio probabilístico responde a un criterio más objetivo que facilitaría que, en casos como aquellos que son objeto del presente análisis, se

⁷¹ Artículo 41. Ley N° 19.966 de 2004.

empleen métodos estadísticos que demuestren el agente con mayor potencialidad de ocasionar el daño. En tal virtud, esta teoría resultaría más idónea para el supuesto que nos atañe”⁷².

En tanto *wrongful birth*, se ha sostenido que “el médico no es culpable del embarazo, ni de las malformaciones en el caso de las tradicionales acciones, no es el hecho del médico, lo que causa los daños en el hijo”⁷³. Sin embargo, los que sostienen aquello olvidan que es la negligencia médica la que pone en latencia los derechos y la salud tanto de la madre como de la criatura.

3.1.6. Mora del deudor

De con lo explicado en su oportunidad, la mora del deudor - médico, en estos casos, torna un parámetro difuso, ya que tratándose de *wrongful conception actions* el profesional sanitario (en toda la extensión de la palabra) se obliga a un resultado preciso y determinado, a saber, que no exista un embarazo o que se cesen las facultades de procreación de manera temporal; cuidando el correcto cumplimiento del deber de información sobre los márgenes de errores. De manera que, está constituido en mora al momento en que la mujer (o el hombre en caso de vasectomía) presencia la gestación de embarazo.

Sin embargo, las otras obligaciones propias del contrato médico que emergen son de medio, por ejemplo, desplegar una debida diligencia en orden a emplear los conocimientos y *expertise* de la *lex artis ad hoc*; el facultativo cumple con aquello al momento en que observa y “mantenga su capacidad clínica, sus conocimientos y habilidades debidamente actualizados, utilizando en cada caso todos los medios técnicos y científicos que estén a su alcance para lograr una atención óptima e integral de sus pacientes”⁷⁴. En estos casos, por tanto, habrá que analizar el caso en concreto, por ejemplo, si el médico desplegó todos sus conocimientos para recomendar y aplicar un método anticonceptivo o esterilizante eficaz según las

⁷² Campana *et al.* (2023), pp. 91-92.

⁷³ Etcheberry (2017), p. 827.

⁷⁴ Soto y Chartier (2023), p. 44.

particularidades de la paciente o, si por ejemplo, comunicó a la mujer sobre las posibilidades de fallo que presenta un procedimiento en específico.

Tratándose de *wrongful birth actions*, el profesional sanitario, obligado a la entrega de información, cuya “finalidad (...) radica en otorgar al paciente la posibilidad de adoptar una decisión informada respecto de una intervención o tratamiento médico, considerando los riesgos asociados”⁷⁵ (obligación de medios, como se mencionó anteriormente), se constituye en mora en la medida en que esta obligación no sea cumplida de manera oportuna, desembocando en la pérdida de la oportunidad para abortar (esto último, ya sea por motivos de salud o por la concurrencia del plazo legal).

⁷⁵ *Ibid.*, p. 46.

CAPÍTULO II: EL DAÑO EN LAS ACCIONES POR *WRONGFUL CONCEPTION*

1. Aproximación a la hipótesis de *wrongful conception actions* en Chile

Las *wrongful conception actions*⁷⁶ o, por su traducción al español, acciones por concepción injusta, encuentran su sustrato fáctico en la falla, defecto o impericia que presenta un método anticonceptivo o esterilizante y que termina produciendo su efecto adverso, esto es, el surgimiento o concepción de un embarazo no deseado por uno o por ambos progenitores⁷⁷. A raíz de aquello se persigue la indemnización de perjuicios en contra del médico tratante, laboratorio farmacológico u otro interviniente imputable por los daños que aquella concepción no planificada trae aparejada, generalmente, para la madre.

Siguiendo la clasificación que hacen los autores Mondaca, Aedo y Coleman, en las acciones por *wrongful conception* hay dos presupuestos que ameritan una especial consideración, puesto que su distinción repercute en la legitimación pasiva de ellas⁷⁸. El esquema que seguimos al respecto es el siguiente: (1) Procedimiento anticonceptivo o esterilizante en donde interviene un facultativo (en

⁷⁶ O también denominadas como “*wrongful pregnancy*”, “*unwanted pregnancy*”, “*birth of an unwanted child*”, “*enfant non désiré*”, entre otras nomenclaturas. Sin perjuicio de ello, una de las primeras ocasiones en donde se trató este tema en concreto, *Sherlock v. Stillwater Clinic* (1977), se habló de “*wrongful conception*”.

⁷⁷ Cárdenas y Sánchez (2018), p. 238.

⁷⁸ Mondaca *et al.* (2015), p. 21

sentido amplio⁷⁹). El cual admite dos posibilidades, la primera de ella, es la intervención médica directa en el cuerpo del paciente; y, en segundo lugar, intervención por medio de una recomendación médica a someterse a un tratamiento anticonceptivo o esterilizante (en uno u otro caso, la responsabilidad civil que se genera es distinta). (2) Procedimiento anticonceptivo en donde la persona se somete voluntariamente a ello y no concurre la intervención de un médico; los procedimientos esterilizantes requieren necesariamente de intervención médica, debido a la naturaleza de ella.

Diremos, desde ya, que la acción por *wrongful conception* sólo tiene cabida tratándose de la intervención de un profesional en sentido amplio, ya sea actuando directamente en la aplicación del tratamiento anticonceptivo o esterilizante; o mediante la recomendación médica.

Sin perjuicio de la definición sostenida por estos tesisistas, la postura que se siguió tradicionalmente respecto de esta acción limitaba su campo de aplicación a los casos en que el método anticonceptivo o esterilizante ineficaz provoca una concepción y posterior nacimiento de un hijo o hija sin complicaciones de salud, es decir, se estimaba que la buena salud del recién nacido era la condición diferenciadora con las otras dos hipótesis (*wrongful birth actions* y *wrongful life actions*).

A modo de ejemplificar lo anterior, Baverman se señaló que: “Los casos de *wrongful conception* se distinguen principalmente de los otros casos de *wrongful life* y *wrongful birth* en que, en estos últimos, los progenitores quieren un hijo sano, mientras que en el caso de *wrongful conception* los progenitores no querían tener un hijo en absoluto” (traducción libre). Contrario sensu, cuando la madre da a luz un hijo

⁷⁹ Este sentido amplio abarca la intervención médica relativa a la anticoncepción o esterilización en donde actúa un profesional médico especializado (doctor en medicina general, obstetra, ginecólogo, farmacológico, etc.), o bien, pueden intervenir varios de ellos (en cuyo caso, hablamos de equipo o personal médico). Incluso más, podría intervenir el mismo laboratorio farmacológico (auxiliar de las prestaciones médicas de los profesionales sanitarios o comerciando los productos); sin perjuicio de la responsabilidad civil por el hecho ajeno del tercero civilmente responsable, es decir, el centro hospitalario en donde la víctima - paciente se atiende, sea público o privado. Dependiendo de la determinada hipótesis, habrá que distinguir si el defecto o falla del método utilizado obedece a la calidad de creación de este por parte del laboratorio o, por el contrario, obedece a la mala técnica obrada por el profesional o equipo médico. Este último aspecto dirá relación con el requisito de la imputabilidad de la responsabilidad civil contractual, que no será analizado a grandes rasgos en la presente investigación por exceder de nuestro propósito.

sano, nos encontraríamos dentro de la hipótesis de *wrongful conception*, puesto que si nace con enfermedades graves o congénitas nos derivarían a los otros supuestos.

Asimismo, Smith Groff señala que “La *wrongful conception* es una demanda por mala *praxis* médica interpuesta por los padres tras la negligencia en un procedimiento de esterilización. Por otro lado, la *wrongful birth*, es una demanda en donde un profesional médico incumple el deber posterior a la concepción dando como resultado al nacimiento de un niño con enfermedades anormales” (traducción libre). En el mismo sentido, los autores Martín Casals y Solé Feliu señalan que “el nacimiento de un hijo sano pero no previsto puede imputarse a la negligencia médica o a un defecto del propio mecanismo anticonceptivo. Ello da lugar a demandas que interponen los progenitores por los daños causados por la concepción no deseada de un hijo sano debida al fallo de las medidas anticonceptivas adoptadas”⁸⁰.

En el escenario nacional, los autores Mondaca, Aedo y Coleman también consideran que la característica particular de estos supuestos es el nacimiento de un infante sano, en sus palabras: “En la *wrongful conception*, a su vez, es posible distinguir dos hipótesis. En la primera, se ha producido la concepción y, posteriormente el nacimiento de un menor, el que es saludable tanto física como psicológicamente, producto del fallo de un método anticonceptivo aplicado directamente por los padres, sin intervención de galeno alguno. Pero también se incluye aquella situación en la que se ha acudido a una esterilización practicada por un médico, a fin de impedir la concepción, y no obstante los procedimientos adoptados, ésta, de todas formas, se produce”⁸¹.

También, el autor colombiano Rondón Echeverry precisa en que “los eventos *wrongful conception* y *wrongful birth* se configuran cuando la concepción y el nacimiento del niño (sano o discapacitado) se produce en contra de la voluntad de los padres, ya sea porque la negligencia médica enerva la eficacia de los métodos de planificación empleados por ellos”⁸².

⁸⁰ Martín y Solé (2001), p. 2.

⁸¹ Mondaca *et al.* (2015), p. 21.

⁸² Rondón (2018), p. 23

Con todo, y como ya se advirtió en la definición dada en el primer párrafo de este apartado, a nuestro entender (y para los efectos de la presente investigación), la distinción respecto al estado de salud del *nasciturus* no resulta decisiva para determinar la admisibilidad de esta acción, porque lo sustancial de la acción por *wrongful conception* radica en otros aspectos. El primero de ellos se refiere al actuar negligente que despliega el médico tratante o el equipo sanitario, toda vez que estamos frente a un escenario en donde la intervención médica (ya sea, anticonceptiva o esterilizante) es una obligación de resultados⁸³, por tanto, es de toda lógica sostener que el médico se obliga a que la concepción o fecundación no tenga lugar bajo ninguna circunstancia, salvo aquellos márgenes de errores que debieron informarse de manera suficiente y en la oportunidad correspondiente. El segundo aspecto importante de esta acción es la omisión del deber de información por parte del médico tratante en orden a si el o la paciente pretende someterse a un método anticonceptivo o esterilizante en específico y suficiente para un caso en concreto, ocasión respecto de la cual, consideramos que se trata de una obligación de medios⁸⁴. El tercer y último aspecto diferenciador de esta acción radica en que la mala praxis médica produce una consecuencia en contra de la voluntad de los progenitores, afectando, por tanto, la autodeterminación de los pacientes e, hilando más fino, vulnerando la autonomía sexual y reproductiva de las mujeres.

Por tanto, diremos que el carácter diferenciador de esta acción respecto a sus otras dos variantes (*wrongful birth* y *wrongful life*) es la existencia de un embarazo no deseado para sus progenitores, en especial, para la madre. Así, la implicancia sobre el buen o mal estado de salud del *nasciturus* no es una condición relevante para distinguir entre las hipótesis, pues bien podría darse el caso en que los progenitores se sometieran a un procedimiento anticonceptivo o esterilizante para evitar la transmisión de

⁸³ Así lo ha entendido la jurisprudencia nacional. Al respecto, la sentencia de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Antofagasta, en causa Rol N° 373-2011, Currihual Pesce con Castillo Pinto (2011), afirma que “el acuerdo de voluntades celebrado entre las partes, sobre una operación de esterilización laparoscópica a la demandante de autos, programa para el día 2 de octubre de 2008, deviene en una obligación de resultados, que obliga al profesional de la medicina de actuar con seguridad, cuidado y destreza, complementado además, con el deber de proporcionar el beneficio pretendido por la parte que contrata (...) Resulta evidente que de ser efectivo lo señalado por el demandado se hubiera preocupado de informar en forma inmediata, clara y precisa a la demandada que la intervención no había podido producir el efecto esperado”.

⁸⁴ En este último caso, sostenemos que el médico debe advertir incluso la posibilidad de someter al otro conviviente a un tratamiento anticonceptivo o esterilizante con el fin de reducir al máximo los porcentajes de embarazo o los márgenes de error.

una enfermedad hereditaria con características severas, o incluso, puede una madre dar a luz a un hijo no deseado y que nazca con enfermedades graves por incurrir ella en conductas que afectan el desarrollo normal de este por creencia de no estar embarazada a causa de un tratamiento anticonceptivo o esterilizante, del cual desconoce su negligencia. Por tanto, en estos dos casos nos encontraríamos bajo la hipótesis de *wrongful conception*.

Al respecto, bien advierte la profesora Manosalva Carrasco al denotar que la definición clásica de la acción por *wrongful conception*: “ha sido entendida como aquella acción indemnizatoria deducida por la madre o padre de un menor por el perjuicio que les generó el nacimiento de un hijo sano que habían intentado impedir”⁸⁵. Luego, la autora repara en que actualmente este tipo de acción indemnizatoria también puede ser comprensiva en los casos en que “una persona decide utilizar un método anticonceptivo, pero la distribución, administración o colocación defectuosa de aquel es fallido porque provoca una concepción de un hijo o hija y posterior nacimiento no deseado”⁸⁶, es decir, el estado de salud de la descendencia es indiferente en torno a esta acción en particular.

En este sentido, se ha pronunciado la destacada autora Macía Morillo al señalar que: “En concreto, son dos los supuestos englobados en este tipo de casos: práctica negligente de la operación de esterilización y omisión de la información al paciente sobre los riesgos de fracaso de la intervención o sobre el tratamiento o cuidados necesarios posteriores a la intervención, tendentes a garantizar el resultado perseguidos”⁸⁷.

Por último, también es preciso advertir lo que indica el autor español Fugardo Estivill, pues ha extendido el concepto de *wrongful conception actions* a los defectos que se presentan con ocasión de la práctica de una interrupción voluntaria del embarazo: “la negligencia o culpable intervención del profesional médico en la prevención del embarazo que no consigue el efecto pretendido: el no nacimiento del hijo; por ejemplo, a caso de una esterilización fallida (...), o por un fallo en la práctica de

⁸⁵ Manosalva (2023), p. 523.

⁸⁶ *Ibid.*, pp. 523-524.

⁸⁷ Macía (2003), pp. 26-27.

la IVE⁸⁸". Creemos que esta postura es correcta, mas no aplicable en nuestro país, pues la interrupción voluntaria del embarazo es restrictiva.

Habiendo definido el marco conceptual y fáctico de esta acción, ahora entraremos a analizar el daño en particular.

2. El daño indemnizable en materia de *wrongful conception actions*

La acción por *wrongful conception* abre un tremendo campo investigativo respecto a la identificación del daño indemnizable, pues, teniendo en cuenta que las acciones por concepción errónea tienen su fundamento en la mala *praxis* médica (esto es, incumplimiento de las obligaciones de resultado emanadas del contrato médico, cuyo objeto pactado es que no exista concepción de manera temporal o definitiva) y, además, en la inobservancia del deber de entregar información correcta, oportuna y eficaz; para la doctrina y jurisprudencia el problema radica en la determinación del daño y monto indemnizatorio propiamente tal, para evidenciar los distintos razonamientos clasificamos las posturas en: tesis restrictiva, ecléctica y contemporánea, las cuales serán analizadas en las páginas sucesivas.

2.1. Tesis restrictiva sobre el daño en materia de *wrongful conception*

En primer lugar, respecto a esta tesis, nos remitimos a lo explicado en el apartado 3.1.4 del Capítulo I, principalmente, porque quienes rechazan la admisibilidad de esta acción parten de la base de catalogar la vida como el daño indemnizable para luego incurrir en argumentos de orden religioso y conservadores y concluir que la existencia humana, en tanto bien jurídico protegido, es indisponible y no susceptible de apreciación pecuniaria, en razón de la importancia trascendental de la vida misma, y que un eventual resarcimiento por estos hechos implicaría clasificar a ciertas vidas como inferiores en comparación a las que sí fueron deseadas o programadas.

⁸⁸ Fugardo (2018), p. 111.

Además, se ha llegado a sostener que la vida, incluso en su estado de salud más grave o deteriorada, sigue siendo un bien jurídico que merece la mayor de las protecciones legales y constitucionales y que jamás puede ser considerada como un menoscabo para su titular⁸⁹. Aquello no nos parece un argumento estrictamente apegado a Derecho como pretende serlo, ya que no existen razones jurídicas suficientes para ello, toda vez que la dignidad humana es personalísima y no puede enmarcarse en los deseos de otro.

En palabras de quienes profesan esta postura, se sostiene que: “De aquí que estimemos que la noción de ‘concepción injusta’ constituya un sinsentido. Nunca la concepción, cualquiera que sea su origen, puede ser estimada como injusta. Por otra parte, bien podría argumentarse que el interés en recurrir a la esterilización tenía por finalidad evitar alteraciones psicológicas de una persona inestable, a la cual se le recomienda no procrear. Con todo, lo cierto que, en estos casos, la razón de recurrir al tribunal tiene como propósito el estimar al hijo como un daño, motivación a la cual nos oponemos. No todo agravio, subjetivo, desde luego, puede ser objeto de indemnización. Lo anterior, pues no todo agravio es calificable de perjuicio. Un ejemplo de lo indicado es representado precisamente por las acciones relativas a la ‘concepción injusta’. Dichas acciones caracterizadas encierran un supuesto agravio que el Derecho ampara bajo criterios que van contra las bases humanistas de nuestro sistema. Por último, consideramos que el invocar una acción en estos términos es doloroso para el mismo hijo, que tarde o temprano descubrirá al leer la demanda respectiva, que sus padres, si bien estaban contentos con su llegada, hubieran preferido no recibirlo”⁹⁰. A nuestro parecer, aquellos dichos obedecen a una lectura y análisis simplista de la cuestión tratada y al respecto compartimos la opinión de Mondaca, Aedo y Coleman en que dicha postura “deshumaniza la sociedad y convierte el valor de la vida en un utilitarismo intolerable”⁹¹.

Esta postura, que desconoce la posibilidad de entablar acciones por los hechos descritos, también se amparan en la teoría del deber de mitigar los daños. Esto es, si unos progenitores no dan en adopción

⁸⁹ Miranda (2018), p. 112.

⁹⁰ Munita (2014), p. 126.

⁹¹ Mondaca *et al.* (2015), p. 39.

al hijo o hija que catalogan como indeseado o no planificado, entonces, están incumpliendo con su deber de aminorar los daños por los cuales se exige una indemnización de perjuicios. Así, de haber dado en adopción a la descendencia dichos daños posteriores al nacimiento no se habrían ocasionado, por tanto, la causa de pedir es ilícita⁹².

Aquella inverosimilitud no puede aplicarse a estos supuestos, no es carga del paciente víctima mitigar el daño en estos casos mediante la entrega de su hijo o hija en adopción. Compartimos la idea del autor colombiano que sostiene “dar en adopción al menor no puede considerarse como una carga de la víctima para mitigar el daño y muchos menos como una forma de reparación *in natura* de la lesión. A pesar de que la adopción podría permitir que el niño cuente con una nueva familia en la que pueda desarrollarse integralmente, esta aparente solución no es compatible con el derecho de daños en tanto, por una parte, entraña una intromisión indebida en los derechos y la privacidad de la víctima, lo que contraviene la máxima que indica que la carga en mención, para considerarse como tal, no puede llegar al punto de destruir o sacrificar los derechos del perjudicado (...), y por otro lado, desconoce que una cosa es no desear el nacimiento y otra diferente no desear criar al niño nacido, ya que en esta última decisión median los sentimientos propios de la naturaleza humana”^{93 94}.

Otro argumento que han sostenido los detractores de estas acciones es el “apego” al embrión o feto durante el desarrollo del embarazo, lo cual eliminaría el carácter de “no deseado” para la mujer. Sostener aquello es una de las posturas más conservadoras, permitiendo justificar el pensamiento de todas aquellas personas que estiman que el nacimiento de un niño o niña no puede ser considerado bajo ninguna circunstancia como un daño, tal como lo estima Hernán Corral Talciani, quien señala “a

⁹² Miranda (2018). p. 285. Agrega el autor: “Teniendo en cuenta que tal infracción ya no se manifiesta en el ejercicio negativo del derecho a abortar sino en la actuación desplegada por los padres una vez acaecido el nacimiento del niño, tal teoría no solo resulta predicable de los supuestos anteriormente referidos sino también por obvias razones respecto de los relativos a los diagnósticos prenatales”. Esto último, en los casos de *wrongful birth*.

⁹³ Rondon (2018), p. 127.

⁹⁴ A mayor abundamiento, esta tesis también ha sido sostenida por la Corte Suprema del Estado de Minnesota, *Sherlock v. Stillwater Clinic* (1977): “Además, consideramos que la negativa de una madre a someterse a un aborto o de los progenitores a entregar a su hijo en adopción no debe considerarse como un incumplimiento por parte de los padres de mitigar los daños” (traducción libre). “*It is also our view that the refusal of a mother to submit to an abortion or of the parents to give their child up for adoption should not be regarded as a failure on the part of the parents to mitigate damages.*”

nuestro modo de ver, el planteamiento de estos casos pone de manifiesto el desquiciamiento al que se puede llegar cuando el derecho deja de reconocer al ser humano y a su dignidad esencial como un fin en sí, que exige respeto incondicionado y está por encima de todo análisis utilitarista. Un hijo no puede ser nunca concebido como un daño, ni económico ni moral, aunque esté aquejado de una dolencia”⁹⁵.

Estos autores omiten de manera dolosa o insensible el perjuicio que significa para las mujeres enfrentar un embarazo no programado; además, desconoce el derecho de las personas gestantes a la autodeterminación reproductiva, “lo que da cuenta de una exposición de argumentos más bien ligados al ámbito religioso que al jurídico”⁹⁶.

Así, en las palabras de las mujeres víctimas (testimonios obtenidos a través BBC Mundo y Fast Check CL⁹⁷) se deja en latencia la gravedad de los hechos que genera enfrentar embarazos no deseados. Valentina Donoso, quedó embarazada en 2020, a la edad de 20 años, tras la falla de las píldoras anticonceptivas *Anulette CD* y sostuvo que: “Yo trabajaba como vendedora en una tienda de productos electrónicos y tuve que renunciar. Pensaba en estudiar pero también tuve que dejar esos planes de lado. Después del parto sufrí mucho. Estuve con depresión, fui al psicólogo y al psiquiatra, tomé píldoras antidepresivas (...) **Tenía ganas de morirme. De matarme.** A veces, la veía que lloraba y **no me daban ganas de tomarla.** Yo también lloraba mucho. En las tardes me daba angustia, andaba irritable. No quería tener esta responsabilidad. Hoy, mi hija tiene 2 años y 3 meses, y es la alegría de mi vida. Pero es injusto porque no fue mi elección ser mamá. Fue un error. Pero no fue mi error” (destacado nuestro).

Karla Martínez, quedó embarazada a los 23 años producto de la misma falla de *Anulette CD* y declaró que “Si yo pudiera haber elegido el momento para ser madre, hubiese sido muchísimo después... a mí **me obligaron a ser mamá**” (destacado nuestro).

⁹⁵ Corral (2013), p. 160.

⁹⁶ Tagliani (2021), p. 5.

⁹⁷ BBC Mundo “Me obligaron a ser mamá”: las cientos de mujeres que hoy son madres en Chile tras utilizar anticonceptivos defectuosos, (2023). Fast Check CL, “A cuatro años de la falla en los anticonceptivos Anulette CD”, (2024).

2.2. Tesis ecléctica sobre el daño en materia de *wrongful conception*

Esta postura, ya analizada en el Capítulo I, sostiene que la vida no puede ser un daño, pero argumentan en favor de la procedencia del daño emergente por los costos económicos incurridos en un embarazo que tiene como antecedente fáctico la falla de un método anticonceptivo o esterilizante imputable a un facultativo.

Así, se ha sostenido que: “a pesar de considerar el nacimiento de un niño sano una bendición, se consideró injusto no indemnizar los perjuicios morales causados (*pain and suffering*) y los gastos directamente relacionados con el embarazo⁹⁸”.

2.3. Tesis contemporánea sobre el daño en materia de *wrongful conception*

Lo que se ha venido realizando en la doctrina en estos últimos lustros, que de cierta manera contenta o satisface a su mayoría, es postular el distanciamiento del nacimiento (y de la posterior vida) como el daño indemnizable en materia de *wrongful conception* (y que luego tiene su vital repercusión en *wrongful birth* y *wrongful life*)⁹⁹, esto obedece también a que los argumentos éticos, religiosos o conservadores, difícil y lamentablemente podrán abstenerse de una discusión jurídica.

Por tanto, lo que corresponde ahora es identificar los otros bienes o intereses legítimamente tutelados por nuestro ordenamiento jurídico. Partiremos haciendo referencia a los daños no patrimoniales, luego detallaremos los rubros de daños materiales aplicables a *wrongful conception actions*, para finalizar con algunos comentarios sobre los denominados daños biológicos, propios de la responsabilidad civil médica.

⁹⁸ Rondón (2018), p. 102.

⁹⁹ En palabras de Miranda (2018), p. 199: “De igual manera, la tendencia a alejar el daño del hecho del nacimiento, tal cual venía sucediendo con las reclamaciones anteriormente referidas, ha permitido sin lugar a dudas la existencia de mayores condenas indemnizatorias a favor de las personas afectadas, lo cual constituye a mi parecer, la prueba reina de la gran influencia que en este sentido cobran aquellos argumentos de tinte ético y metajurídico”.

2.3.1. Daños no patrimoniales en materia de *wrongful conception*

En nuestro contexto, la doctrina y jurisprudencia se han centrado en identificar las lesiones a derechos, facultades o intereses legítimos que enfrenta la víctima con ocasión del incumplimiento del contrato médico referido a prestaciones sobre anticoncepción o esterilización. Además, en esta materia el punto central es olvidar o superar el vínculo entre daño moral y el *pretium doloris*.

Así, a nuestro parecer, hay vulneración de los bienes jurídicos que a continuación se examinan, sin perjuicio de ello, todos están estrechamente vinculados los unos con los otros.

2.3.1.1. Vulneración a la planificación familiar o plan de vida familiar

La familia es un interés legítimo tutelado, especialmente, en nuestra Constitución Política de la República y si bien no existe un concepto detallado de ella, no es extraño ni contrario a Derecho afirmar que se consagra su protección y fortalecimiento, respecto a cualquier tipo de conformación familiar que no atente contra las tres bases institucionales, a saber, libertad, igualdad y dignidad.

Por tanto, el constituyente, al darle a la familia el carácter de “núcleo fundamental de la sociedad” y estableciendo que el Estado debe proteger y propender a su fortalecimiento, nos lleva a concluir que el artículo 1 de la Constitución Política de la República de Chile resguarda esta institución en toda su extensión, incluyendo así la libertad de toda persona a decidir cómo y cuándo formar una familia.

En materia de *wrongful conception*, es la persona quien tiene la completa discrecionalidad para decidir no ser progenitora, sea de forma momentánea o permanente. Así, siguiendo a los autores Cárdenas y Sánchez, concordamos en que es posible identificar tres principales intereses legítimos perseguidos por los pacientes que se someten a un procedimiento con tales características, a saber: “las personas que deciden someterse a este tipo de tratamientos están guiadas por motivaciones que se relacionan con la intención de evitar gastos derivados del embarazo y la crianza que no están en condiciones económicas de asumir; la idea de prevenir la contingencia del nacimiento de un hijo atendiendo otras circunstancias personales (por ejemplo, una discapacidad visual o una edad

riesgosamente avanzada) o, simplemente, con la decisión de no procrear de manera definitiva o en un momento determinado de su vida”¹⁰⁰.

En este mismo sentido, el autor Gajardo señala que esta hipótesis parte de la base de entender la existencia de un derecho a no procrear o, más bien, un derecho negativo a la planificación familiar¹⁰¹. A modo más claro, se han manifestado nuevamente Cárdenas y Sánchez al sostener que: “La lesión del plan de vida (autodeterminación) puede ser el fundamento inmediato de las acciones de *wrongful conception* en Chile, pues este interés puede reconducirse a la vulneración de garantías fundamentales consistentemente reconocidas, como lo son la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad (artículo 1° de la Constitución Política de la República)”¹⁰².

Por tanto, el acceso a procedimientos anticonceptivos y esterilizantes se construye a partir de la noción jurídica de la protección al plan familiar. De esta manera, que una persona decida no tener descendencia y realiza acciones positivas para satisfacer aquello (someterse a tratamientos anticonceptivos o esterilizantes), el ordenamiento jurídico chileno lo protege y tutela, porque, además de que no se atenta contra ningún derecho, principio o valor fundamental, la libertad personal, unido a la autonomía privada, implica que la decisión de formar o no un vínculo familiar mediante la procreación sea personalísima. Se visualiza así la planificación familiar como un interés jurídicamente tutelado por nuestro ordenamiento, el cual merece ser reparado a título de daño no patrimonial en las acciones por *wrongful conception*.

Incluso más, en los casos de uso de anticonceptivos o esterilización temporal nos enfrentamos a la circunstancia en que, bien puede una mujer desear un embarazo y formar una familia, pero en un determinado momento, por tanto, se somete a un tipo de intervención médica, cuya falla afecta el interés que hemos estado tratado, pero, además, su otra faceta que es, la planificación del embarazo. Esto último

¹⁰⁰ Cárdenas y Sánchez (2018), p. 238.

¹⁰¹ Gajardo (2023), p. 97.

¹⁰² Cárdenas y Sánchez (2018), p. 241.

también encuentra su protección y tutela jurídica, esencialmente, por cuestiones relacionadas a la salud sexual y reproductiva de las mujeres, que será tratado más adelante.

Nuestros tribunales de justicia han argumentado en base a lo expuesto, así, la sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, en causa Rol 44.150-2020¹⁰³, acoge un recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Concepción, la cual confirmaba la resolución de primera instancia del 2° Juzgado Civil de Concepción que rechaza una demanda de indemnización de perjuicios tras la falla de un procedimiento esterilizante.

Los hechos nos transportan al año 2013, en donde una mujer de 32 años y madre de dos hijos (uno de los cuales padece de una patología hereditaria y congénita denominada “picnodisostosis”) se sometió a un tratamiento de esterilización quirúrgica asistida por video laparoscopia, utilizando la técnica de ligación de ambas trompas, con el fin de evitar que un futuro descendiente sufra de dicha enfermedad transmisible, cuyo margen de error del tratamiento era de 0.4%. Sin embargo, luego de 5 meses de la intervención quedó embarazada, dando a luz a su tercer hijo en 2014, sin heredar la enfermedad señalada. En dicho parto, se sometió a un nuevo tratamiento esterilizante mediante el método de “Pomeroy Modificado”. Por tanto, se demandó indemnización de perjuicios a título de daño emergente y daño moral.

En dicho caso, se alegó la mala *praxis* médica, en atención a la falta de información que vicia el consentimiento informado, toda vez no se indicó en la ficha clínica la causal de esterilización, por tanto, el tratamiento no pudo ser revisado correctamente por la Comisión Médica, además, no se le informó a la paciente que la Norma Nacional de Regulación de la Fertilidad señala que, en caso de enfermedad genética y hereditaria, se recomienda también la esterilización masculina complementaria.

La Excelentísima Corte Suprema, al dictar la sentencia de reemplazo, pone especial énfasis en la protección superior que debe recibir la planificación familiar, el cual se encuentra regulado en el artículo 1 de la Ley N° 20.418 y complementado con el artículo 3 del Decreto Supremo N° 49 de 2011 del

¹⁰³ Carla de Frutos Cares con Fisco de Chile (2020).

Ministerio de Salud que aprueba el reglamento de la mencionada ley. Ambas normas establecen que los centros hospitalarios, públicos o privados, deben entregar la información completa y sin sesgo acerca de todas las alternativas autorizadas para la regulación de la fertilidad y que se pueda seleccionar el o los métodos anticonceptivos necesarios y adecuados para su planificación familiar.

Así las cosas, se evidencia que la planificación familiar es uno de los intereses más importantes de nuestra sociedad, y así se ha manifestado la jurisprudencia nacional, en tanto ha ordenado la indemnización a título de daño moral frente a su vulneración en contexto contractual¹⁰⁴.

2.3.1.2. Vulneración a la autodeterminación de los pacientes

En materia de responsabilidad civil médica, hoy en día, el pilar fundamental es la autodeterminación de los pacientes. Entiéndase por esta como aquel derecho o prerrogativa que goza toda persona de recibir la información necesaria, suficiente, verdadera y de forma oportuna para que pueda escoger libremente si someterse o no a un procedimiento médico¹⁰⁵. Así, hay vulneración a ello cuando el facultativo infringe su deber de informar, repercutiendo negativamente en el derecho del paciente a consentir informadamente sobre el tratamiento al que se somete o a los que tiene posibilidad de acceder.

Nuestra legislación actual exige a los prestadores de servicios médicos en sentido amplio el deber de entregar la información suficiente, oportuna, veraz y comprensible de las materias relacionadas al

¹⁰⁴ A modo de ejemplo, Araya con BCI Seguros Generales S.A. (2024), considerando sexto: considerando sexto, que: “Que en lo que dice relación con el daño moral deberá accederse a la demanda. Si bien estamos frente a un incumplimiento contractual no puede soslayarse que el mismo se relaciona con un vehículo que, para cualquier familia, representa un bien de alto costo y cuyo uso se hace imprescindible en la vida moderna, vinculándose con un plan de vida laboral, social y familiar. (...). Cuando la empresa llamada a cubrir los riesgos asegurados, en este caso por la sustracción del vehículo por un acto delictual, de modo ilegal, infringe sus obligaciones y niega la cobertura contratada, necesariamente **altera de modo grave la planificación** económica, **familiar** y laboral de la afectada, en términos tales que normalmente importa una afectación que lesiona intereses extrapatrimoniales del perjudicado, particularmente su salud psíquica y normalidad personal y familiar” (destacado nuestro).

¹⁰⁵ De la Maza (2017), p. 115 advierte que una vez que el paciente posea toda la información, se recoge con ella “al menos: (1) la autonomía del paciente es una cuestión absolutamente central en la práctica médica; (2) esa autonomía significa libertad de decisión del paciente y esto exige no solamente que se requiera su autorización, sino que sea adecuadamente informado; (3) el deber de informar corresponde a los profesionales de la salud; (4) el suministro de información debe garantizar un consentimiento informado y, por tanto, una decisión autónoma del paciente”

tratamiento de salud del paciente^{106 107 108}. Respecto a la hipótesis de *wrongful conception*, el deber de información implica que el profesional médico tratante está obligado a comunicar a la paciente la probabilidades de éxito, los márgenes de errores propios del tratamiento, la posibilidad que el o la conviviente del paciente se someta también a una intervención médica, entre otras circunstancias del caso en concreto; solo de esa manera, se satisface la exigencia del deber de información, que luego repercute en la formación del consentimiento informado y, en general, en la autodeterminación del paciente. Por tanto, si existe un resultado defectuoso o fallido del uso de un método anticonceptivo o procedimiento esterilizante y el deber de información no se llevó a cabo de la forma que nuestra legislación exige, a saber, suficiente, oportuna, veraz y comprensible, entonces, se configura otra lesión a un interés jurídicamente tutelado, el cual merece la correspondiente reparación civil por concepto de daño no patrimonial.

Aquel paradigma se encuentra fuertemente arraigado en nuestra jurisprudencia nacional, pues es innegable que en toda prestación de servicios médicos la restauración, conservación y mejoramiento de la vida humana y su salud debe gozar del máximo nivel de cuidados y protección; criterios que únicamente se logran si el paciente comprende cabalmente el procedimiento al que se somete y consiente en ello. Unido a lo anterior, el deber de información y la autodeterminación de los pacientes encuentra su *ratio*, también, en la asimetría de poder que existe entre los contratantes.

Así, la sentencia de reemplazo que dicta la Excelentísima Corte Suprema, en causa Rol N° 160.280-2022, en su considerando noveno establece que: “es posible concluir que la parte demandada actuó de forma negligente, no cumpliendo con una de las obligaciones básicas que emanan del contrato de prestación médica, a saber, el deber de información a la paciente, pues no le informó acerca de la realización del examen, así como tampoco de su resultado. En este sentido se vincula la negligencia con la falta de actividad, por lo que pudo ser evitado desplegando acciones adecuadas para cumplir los estándares de la función o materia específica. Se sanciona esta inactividad por cuanto puede condicionar

¹⁰⁶ Artículos 8, 10, 11 y 14. Ley N° 20.584 de 2012.

¹⁰⁷ Artículo 1 y 4. Ley N° 20.418 de 2010.

¹⁰⁸ Artículo 3, 9, 11, 16 N°4, 18 y 19. Ley N° 21.675 de 2024.

el cambio del curso normal de los sucesos que permite mantener controlados los riesgos previsibles; riesgos que, si bien no crea, puede permitir que ocurran con mayores probabilidades, aumentando la magnitud o intensidad de los mismos, lo que puede desencadenar un resultado dañino, en circunstancias que, cumpliendo diligentemente el cometido, minimiza o impide que el riesgo se produzca, de manera tal que no se produce el perjuicio. **Sobre el particular, es menester precisar que una de las características del derecho moderno de los contratos se refiere a los deberes que tiene el especialista de informar al inexperto acerca de lo que esté en condición natural de conocer y que resulta determinante para su consentimiento.** Así, el principio rector de los deberes de información y de consejo es que toda persona que se relaciona con un experto tiene derecho a decidir informadamente acerca de los riesgos que asume, especialmente cuando afectan bienes importantes como es la salud y la vida, como ocurre en el caso de la responsabilidad médica. Este deber de cuidado del profesional se descompone de tres aspectos diferentes: a) el deber de información al paciente; b) dar un consejo profesional serio, y; c) obtener el consentimiento. En definitiva, **los deberes de información están orientados precisamente a satisfacer este principio de autodeterminación del paciente o de su familia**, en su caso, y se justifican como el medio más eficaz para compensar el desequilibrio entre el conocimiento del profesional y la ignorancia del inexperto. Por su parte, la información que el médico debe entregar al paciente debe ser comprensible y suficiente para que éste pueda adoptar una decisión razonada. La exigencia de que la información sea comprensible se deriva del deber de lealtad impuesto por la buena fe. Además, cuando se trate de riesgos graves, la información deberá ser entregada, aunque no sea solicitada por el paciente o su familia. La obligación de informar exige un juicio prudencial del médico, que debe ser valorado en concreto.”¹⁰⁹ (énfasis nuestro).

Ahora bien, en materia de *wrongful conception*, destaca nuevamente la sentencia de nuestra Excelentísima Corte Suprema, en causa Rol N° 44.150-2020, al advertir que: “el deber de información en materia reproductiva importa poner en conocimiento del paciente todas las posibilidades prestacionales a su disposición, indicando la efectividad y riesgo de cada método, de manera tal que él

¹⁰⁹ Rodríguez con Universidad de Chile (2024).

y/o la requirente se encuentre en posición de consentir libre e informadamente y, según sea el caso, seleccionar, aquel o aquellos mecanismos anticonceptivos que mejor se adecúen a su planificación familiar”¹¹⁰.

Luego, en la respectiva sentencia de reemplazo de la causa citada, la Excelentísima Corte Suprema establece que; “en materia reproductiva y de planificación familiar, el derecho y deber de información posee una intensidad superior a la que presenta y es exigible en otras prestaciones médicas. En efecto, tal conclusión se desprende de la atenta lectura de normas constitucionales, como los artículos 1 y 19 N°1 de la Carta Fundamental, y de reglas contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes, como es el caso de los artículos 5, 7, 11, 13 y 17 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, y del artículo 7, literal a) de la Convención Belém do Pará”¹¹¹.

A nivel internacional, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, caratulada “I.V. vs. Bolivia”, del año 2016, reconoce que: “el consentimiento debe ser pleno e informado, y que solo puede ser obtenido luego de haber recibido información adecuada, completa, fidedigna, comprensible y accesible, y luego de haberla entendido cabalmente (...). La obtención del consentimiento debe derivar de un proceso de comunicación, mediante el cual personal calificado presente información clara y sin tecnicismos, imparcial, exacta, veraz, oportuna, completa, adecuada, fidedigna y oficiosa, es decir, información que otorgue los elementos necesarios para la adopción de una decisión con conocimiento de causa (...). En estos casos, además, la obligación de brindar información consiste en un deber reforzado, debido a la naturaleza y entidad del acto mismo. Las consideraciones especiales inherentes al consentimiento informado relativo a la esterilización que se deben tomar en cuenta por el personal de salud y la información necesaria que debe brindar dicho personal para que la paciente pueda tomar una decisión informada, debe incluir, adicionalmente a lo ya establecido, que la esterilización constituye un método permanente y, en razón de que la paciente puede posteriormente arrepentirse de su esterilidad,

¹¹⁰ Frutos con Fisco de Chile (2020).

¹¹¹ Frutos con Fisco de Chile (2020), sentencia de reemplazo.

advertir sobre la existencia de métodos anticonceptivos alternativos menos intrusivos, incluso métodos de anticoncepción masculina, ya que podría ser una alternativa apropiada”¹¹².

2.3.1.3. Vulneración a los derechos sexuales y salud reproductiva

A grandes rasgos, el derecho a decidir libre y responsablemente el número de hijos e hijas y, en general, la conformación de una familia se plantea en la letra e) del artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, instrumento internacional que se encuentra ratificado y vigente en Chile. Dicha disposición, además, consagra la libertad para determinar el intervalo entre los nacimientos, la garantía para el acceso a la información, la educación y los medios para ejercer los derechos afines.

En materia reproductiva, con el avance de las tecnologías de la ciencia médica el embarazo¹¹³ pasa a ser un estado que la mujer perfectamente puede programar, o bien, decidir no atravesar (lo cual nos deriva al derecho humano a beneficiarse de los avances tecnológicos y de la biomédica, del cual abordaremos con posterioridad), lo anterior, también se explica debido a que el embarazo, al día de hoy, significa un sinnúmero de consecuencias para la mujer que lo experimenta y para su entorno.

A modo de profundización, para atravesar un embarazo de manera responsable es necesario afrontar una serie de implicaciones físicas, psicológicas, económicas, entre otras, en donde la mujer y la familia que recibe un nuevo integrante tienen que reorganizarse en todos sus aspectos. En relación a ello, la maternidad implica afrontar cambios físicos y hormonales durante el embarazo, especialmente, durante el primer trimestre, pues surge la necesidad de adaptar su vida a este nuevo estado, por ejemplo, tener que postergar su vida profesional y académica por no contar con la energía que le demanda.

Agregado a lo anterior, es sabido que hoy en día todavía existen prejuicios sobre ser una joven embarazada y sus capacidades como madre, como también, la presión social a la que la mujer (de todas

¹¹² I. V. con Bolivia (2016).

¹¹³ Según el Glosario Internacional de la Infertilidad y Cuidados de la Fertilidad elaborado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA), el embarazo es el “Estado de reproducción que comienza con la implantación de un embrión en una mujer y termina con la expulsión y/o extracción completa de todos los productos de la implantación”.

las edades) se ve expuesta sobre seguir con su embarazo. Estos prejuicios, cabe destacar, la mayor cantidad de las veces sólo afectan a la mujer que atraviesa un embarazo, mas no al padre, lo que deja en notable desventaja a mujeres respecto del género masculino, lo cual lleva a la madre a enfrentarse a un sistema judicial, político y social violento, poco eficiente sobre las garantías de salud pública y que afecta con creces su desarrollo económico y, en general, sus proyectos de vida¹¹⁴.

El interés jurídico en comento, precisamente, fue el pilar fundamental en el cual comienzan a surgir este tipo de indemnizaciones, puesto que las *wrongful conception actions* nacen en la vida del Derecho a mediados del siglo XX en los ordenamientos jurídicos extranjeros, principalmente en Estados Unidos, en pos de la lucha por el reconocimiento a las libertades sexuales de toda mujer. A grandes rasgos, uno de los principales motivos por el cual surgen este tipo de acciones radicó en la proliferación de los movimientos de liberación sexual encaminados de la mano de mujeres que aclamaban por transformaciones políticas, sociales, culturales, morales, religiosas y económicas a fin de garantizarles libertad de expresión, igualdad de oportunidades, respeto a su vida privada y eficaz acceso a cuestiones de salud. Este fenómeno interdisciplinario llevado a cabo por mujeres ayudó a la regulación y acceso a los métodos anticonceptivos y esterilizantes. Sin embargo, originalmente se seguían estas acciones como casos de *wrongful birth* o *wrongful life*, pero no es hasta el año 1977 que la Corte Suprema de Minnesota¹¹⁵ acuñó el término como lo conocemos hoy en día.

¹¹⁴ Instituto Nacional de la Juventud (2022), pp. 111-112, se destaca que, en Chile, en el año 2022, alrededor de un 20% de adolescentes y jóvenes adultos encuestados declaró haber experimentado un embarazo no deseado; en este caso, el número es mayor respecto a las mujeres que a los hombres. Además, en tales oportunidades, más del 80% de las mujeres se indujeron un aborto por razones personales. Sumado a ello, se sostuvo que un 44% de las personas encuestadas se opone al aborto libre antes de la semana catorce de gestación. Otro dato afín es considerar que el 47% está en desacuerdo con que las mujeres tengan las mismas capacidades que el hombre para desempeñar labores de cuidados de otras personas. En tal sentido, una cifra preocupante es que el 86% sostuvo que las mujeres que tienen hijos/as no se sienten más realizadas que las mujeres sin hijos/as. Por último, un número que ha ido en aumento desde el 2015 es que el 12% cree que las actitudes de las mujeres justifican los actos de violencia que recibe por parte de su pareja. Lo anterior está en consonancia con Langer (2002), pp. 194-199, cuyo trabajo investigativo abarca el estudio de los embarazos no deseados y las consecuencias negativas en la sociedad de América Latina y el Caribe. A pesar de ser un trabajo del año 2002, la realidad que sostiene se sigue perpetuando a hoy en día.

¹¹⁵ *Sherlock v. Stillwater Clinic* (1997): “La pregunta principal planteada en esta apelación es si y en qué medida se pueden recuperar daños compensatorios por el nacimiento de un niño normal y saludable que fue causado de manera próxima por una operación de esterilización realizada de manera negligente. Sostenemos que en casos como este se puede mantener una acción por ‘*wrongful conception*’, y que los padres del niño no planeado pueden recuperar daños compensatorios” (traducción libre). “*The principal question raised on this appeal is whether and to what extent compensable damages may be recovered for*

En nuestro país, los derechos sexuales y salud reproductiva de la mujer materia anticonceptiva goza de cierto reconocimiento. Según el Instituto Chileno de Medicina Reproductiva, los tratamientos anticonceptivos son métodos o procedimientos que previenen un embarazo o la concepción en mujeres sexualmente activas, sean ellas o sus convivientes quienes los utilicen. Éstos pueden ser hormonales, transitorios o de nitivos, y basados en tecnología o en conductas¹¹⁶. Cabe destacar que estos pueden ser entregados en centros de asistencia médica primaria o bien distribuidos de forma particular en farmacias y otros establecimientos.

Producto de lo anterior es que las consideraciones sobre la salud sexual reproductiva se han consolidado, teniendo como garantías exigibles el derecho a la planificación familiar, la vida sexual, la educación sexual, el derecho a decidir sobre el propio cuerpo y el derecho a la protección y recuperación de su salud¹¹⁷, entre otros; todos ellos comprendidos dentro de valores constitucionales como la dignidad humana, la libertad e igualdad. Entendemos que esta evolución se produce porque cada vez la autodeterminación, en cuanto a la vida sexual y reproductiva, se comprende como necesaria para el completo desarrollo y búsqueda de la identidad de la mujer. Sin ánimos de llevar la discusión hacia una arista constitucional, convenimos en que esto ha llevado a que el derecho civil considere este interés legítimo en las acciones indemnizatorias.

Otro aspecto relevante del derecho sexual y salud reproductiva en materia conceptiva y esterilizante es su vinculación con el derecho humano de beneficiarse de los avances de la tecnología y la

the birth of a normal, healthy child proximately caused by a negligently performed sterilization operation. We hold that in cases such as this an action for "wrongful conception" may be maintained, and that compensatory damages may be recovered by the parents of the unplanned child".

¹¹⁶ Díaz y Schiappacasse (2017), p. 2.

¹¹⁷ Sobre el derecho a la protección y a la recuperación de la salud de los pacientes, el considerando vigésimo de la sentencia de reemplazo dictada por la Excelentísima Corte Suprema, en causa Rol 97.628-2016, Morales con Hospital Regional de Talca (2017), sostuvo que: "No quieren estos decidores dejar de reivindicar el superior derecho de toda persona de acceder a las acciones de protección y recuperación de la salud, por imperativo del artículo 19 N° 9° de la Constitución Política de la República, de modo que el Estado, al que el inciso cuarto de ese mandato impone el "deber preferente" de garantizar su ejecución, jamás haya de supeditar su ejercicio a la existencia de guías obligatorias provenientes de la autoridad sanitaria y, mucho menos, permitirse acodar su defensa en que nada hay que hacer ante una pócima sin cura. Aunque fuese cierto que no hubiere pautas médicamente vinculantes, no por ello podría el sistema protector de la salud desentenderse del enfermo que reclama su expresa y urgente atención".

biomédica, consagrado principalmente en el artículo 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos¹¹⁸. Pero también lo encontramos en el artículo 15 letra b) del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹¹⁹. En nuestro escenario latinoamericano, tenemos al artículo 14 letra b) del Protocolo de San Salvador. Esto se traduce en que las técnicas ocupadas por los médicos para prevenir embarazos, sea de forma temporal o definitiva, deben obedecer criterios actuales de la ciencia médica.

Además, toda lesión a este derecho que culmine con un embarazo no deseado afecta la garantía y derecho de protección a la vida privada. Al respecto, podemos señalar la sentencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos en el famoso caso de *Artavia Murillo y Otros vs. Costa Rica*¹²⁰ del año 2012, en el que se sostiene en: “Finalmente, el derecho a la vida privada y la libertad reproductiva guarda relación con el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho (...), el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los artículos 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva”. Si bien, el caso en comento trata sobre técnicas de reproducción humana asistida, también debemos considerar su otro aspecto, esto es, sobre métodos anticonceptivos y esterilizantes.

Así las cosas, hoy en Chile, existe un gran pliego de anticonceptivos disponibles en el mercado lícito o en servicios públicos como parte de políticas públicas que promueven el uso responsable de la anticoncepción, producto de la consolidación de visiones más acabadas y garantías sobre las garantías de las mujeres en materia reproductiva.

¹¹⁸ Artículo 27. Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948): “1. Toda persona tiene derecho a tomar parte libremente en la vida cultural de la comunidad, a gozar de las artes y a participar en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten”

¹¹⁹ Artículo 15, letra b). Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1976).

¹²⁰ *Artavia Murillo y otros con Costa Rica* (2012).

El siguiente factor que debemos considerar es que todos los métodos anticonceptivos tienen como objetivo evitar la procreación, a pesar de que la inmensa mayoría de estos cuentan con un margen de error considerable. El hecho de que una mujer quede embarazada, aun cuando usa un método anticonceptivo, se puede deber a diversos factores que no se pueden pasar por alto: responsabilidad en el uso del mismo, consideraciones en cuanto a la salud de la paciente, ineficacias producto de fallas de fábrica del anticonceptivo (como fue el caso *Anulette CD*¹²¹), entre otros supuestos.

Debemos también hacer frente a la Ley N° 20.418 si bien es una regulación simple (limitándose únicamente a cinco artículos), establece en su primera disposición que: “Toda persona tiene derecho a recibir educación, información y orientación en materia de regulación de la fertilidad, en forma clara, comprensible, completa y, en su caso, confidencial. Dicha educación e información deberán entregarse por cualquier medio, de manera completa y sin sesgo, y abarcar todas las alternativas que cuenten con la debida autorización, y el grado y porcentaje de efectividad de cada una de ellas, para decidir sobre los métodos de regulación de la fertilidad (...). Este derecho comprende el de recibir libremente, de acuerdo a sus creencias o formación, orientaciones para la vida afectiva y sexual (...)”¹²²,

El Proyecto de Ley del 2018 que busca establecer derechos en el ámbito de la gestación, parto, parto y postparto, aborto, salud ginecológica y sexual y sancionar la violencia gineco-obstétrica es un

¹²¹ Entre 2020 y 2021, nuestro país resonó la noticia de que en diversos centros de atención primaria se entregaron medicamentos anticonceptivos defectuosos (por ejemplo, defectos en el color diferenciador entre placebo y nocebo, medicamentos aplastados o cambiados de lugar) como se indica en la Resolución Exenta N°3676 del Instituto de Salud Pública de Chile (en adelante ISP). Por consiguiente, muchas afectadas por el lote sacado de circulación resultaron embarazadas y surgió la interrogante en el debate público respecto de si estas mujeres podían accionar de alguna forma para obtener algún tipo de indemnización, puesto que no estaba dentro de sus planes resultar embarazadas y, en especial, considerando que se trató de mujeres en su mayoría jóvenes y de precaria situación socioeconómica que recibían sus anticonceptivos por medio del servicio público. En su oportunidad, el ISP dictó una serie de resoluciones, ordenando la revisión de los medicamentos en cuestión y su retiro. Sin perjuicio de esto, aquellas órdenes fueron dejadas sin efecto, favoreciendo que muchas mujeres que se atendían por medio de los servicios de salud pudieran ser afectadas. Así las cosas, con fecha 08 de septiembre de 2020 el ISP emitió la Resolución Exenta N°3701 en que se permitió la entrega de los medicamentos, siempre y cuando estos fueran revisados por el facultativo en cuestión, puesto que se asumió que las fallas eran visibles y, por tanto, detectables por el médico, quedando a criterio de este la entrega a la paciente del anticonceptivo posiblemente defectuoso. Con esto, las alertas farmacéuticas continuaron, con medicamentos tales como “Minigest-15” y “Minigest 20”. Estos casos bullados y comentados en doctrina planteó la interrogante respecto de si, en principio, las personas que resultan embarazadas por una falta atribuible a otra persona u organismo, pudieran demandar exitosamente su indemnización.

¹²² Artículo 1. Ley N° 20.418 de 2010.

impulso legislativo sobre la materia que nos compete, pues intenta que se consagre de manera general y amplia varios derechos sobre acciones u omisiones que atentan contra una mujer embarazada. Se dispone en su artículo 1 que: “(...) Estas disposiciones serán aplicables a todo personal de salud que realice una labor asistencial o administrativa, en salud preventiva y/o médica, en salud ginecológica, reproductiva y/o de fertilidad asistida a mujeres (...).”¹²³.

Incluso, el proyecto de ley busca que sea considerado como violencia gineco-obstetra el abuso o negación de medicamentos cuando es solicitada o requerida (a menos que estos sean perjudiciales para el paciente). Si bien aquello es una disposición laxa, también puede considerarse en ella la negligencia o dolo en las actuaciones u omisiones médicas que tengan por objeto impedir la entrega de pastillas anticonceptivos (generando un supuesto de *wrongful conception*) Pero, más específico, luego se destaca que también es violencia gineco-obstetra las barreras de acceso a la anticoncepción, esterilización quirúrgica voluntaria y entrega de anticoncepción de emergencia en razón de su edad, sexo, etnia, orientación sexual, número de hijos/as u otro motivo que no sea la expresa voluntad de la mujer, es decir, un claro ejemplo de *wrongful conception*¹²⁴.

Luego, el Proyecto de Ley busca consagrar varios derechos vinculados a la gestación, el parto, parto, postparto, entre otras materias relacionadas con el nacimiento y derechos de los progenitores. Finalmente, el penúltimo capítulo busca regular la responsabilidad médica y los procedimientos de reclamación aplicables frente a vulneraciones.

Si bien es un proyecto cuya tramitación parece estar estancada y que merece los reparos necesarios, goza de una particular importancia al reconocer las máximas de la autonomía sexual y

¹²³ Boletín N° 12148-11.

¹²⁴ Boletín N° 12148-11: Artículo 4: Hechos constitutivos de violencia gineco-obstétrica. Se considerarán como actos de violencia gineco-obstétrica, entre otros, los siguientes hechos: (...) f) Abuso o negación de medicación cuando es solicitada o requerida, a menos que ésta aumente los riesgos maternos y perinatales, los que deberán ser debidamente informados. (...) k) Barreras de acceso a la anticoncepción, esterilización quirúrgica voluntaria y entrega de anticoncepción de emergencia en razón de su edad, sexo, etnia, orientación sexual, número de hijos/as u otro motivo que no sea la expresa voluntad de la mujer.

derechos de salud reproductiva como prerrogativas exigibles que frente a vulneraciones o lesiones merecen un reparo por la vía no patrimonial.

2.3.1.4. Vulneración al libre desarrollo de la personalidad

Bien se ha indicado por parte de la doctrina nacional que, en materia de responsabilidad civil médica, el daño moral que se sigue está concebido en un sentido amplio, abarcando esencialmente las lesiones a los derechos de la personalidad de los pacientes¹²⁵.

El daño no patrimonial en la materia de *wrongful conception* también se vincula con la lesión al libre desarrollo de la personalidad de la madre, es decir, que tiene su principal asidero en la dignidad humana y en la protección a la vida privada. Tal como lo indica Gómez de la Torres Vargas al sostener que: “El derecho al libre ejercicio de la sexualidad se encuentra comprendido dentro del derecho que tiene toda persona al libre desarrollo de su personalidad, que a su vez deriva del derecho fundamental a la vida privada, que se encuentra amparado por nuestra Constitución en el artículo 19 N° 4”¹²⁶.

Además, un íntegro reconocimiento de la autonomía sexual y reproductiva favorece el libre desarrollo de la personalidad e identidad de las mujeres y personas gestantes, ya que la acción por *wrongful conception* involucra proteger la esfera de libertad individual de la mujer como sujeto de derechos.

Nuestra Excelentísima Corte Suprema, en causa Rol N° 97.628-2016, sostuvo en la correspondiente sentencia de reemplazo que: “aquí se trata de una suerte de desplazamiento del eje tradicional de mediación del perjuicio moral, esto es, el dolor, hacia una nueva categoría, como lo es la de la sola alteración del *status* vivencial, del ritmo de vida, de la normal proyección en el desarrollo personal de una persona, del libre crecimiento en lo material y espiritual que al ser humano reconoce, (...) como si el agrado de vivir, a la manera como cada quien quiere, fuese impactado por la ausencia de la normalmente exigible respuesta de un Estado llamado a satisfacer aquello que a todos reserva y

¹²⁵ Vidal (2018), p. 76.

¹²⁶ Gómez de la Torres Vargas (2007), pp. 112-113.

promete en el catálogo que contiene el artículo 19 de la carta fundamental, en su especie novena; como si la dicha aparejada a la conciencia de pertenencia comunitaria, de una manera dada o establecida, se perdiera o afectara negativamente por un trastorno inesperado en la reacción de la estructura social. Este atentado al valor de la rutina, de lo que se quiere ser y hacer, también merece ser indemnizado en cuanto tal¹²⁷.

De este modo, la máxima jurisprudencia de nuestro país entiende que los daños no patrimoniales frente a vulneraciones al derecho de salud sexual y reproductiva comprende las afectaciones al libre desarrollo de la personalidad de los seres humanos en un sentido laxo y en pos de compensar los perjuicios ocasionados por el agente provocador de este.

Así, en nuestra materia, afrontar un estado gestacional en contra de los deseos requeridos por los progenitores afecta intrínsecamente el plan de crecimiento personal y espiritual de éstos, esencialmente, los de la madre. Por tanto, frente a un potencial caso de *wrongful birth actions* que se presente en nuestro tribunales y cortes, los y las juezas y magistradas deben tener presente este rubro indemnizatorio del daño no patrimonial, implicando un incremento en el *quantum* resarcitorio.

2.3.1.5. Vulneración al derecho de identidad personal

La responsabilidad civil médica reconoce ampliamente el derecho de identidad de los y las pacientes, en tanto la salud física y psíquica repercute en la faz dinámica y estática de este derecho personal; así, una persona motivada por su calidad y estado de salud posee experiencias y vivencias que moldean su personalidad e identidad. Así, “todo parece indicar que en el contrato de prestación de servicios médicos no puede ponerse en duda la incorporación en su objeto de la integridad, indemnidad o conservación física y psíquica del acreedor¹²⁸, esto es, del paciente que se somete a una intervención quirúrgica.

¹²⁷ Morales con Hospital Regional de Talca (2017).

¹²⁸ Vidal (2018), p. 81.

Aplicado lo anterior a la hipótesis de *wrongful conception*, es preciso señalar que “Sin ser necesario situarse en todos los posibles escenarios concretos de anticoncepción fallida, es razonable reconocer que si una mujer toma la decisión anticonceptiva de emplear algún MAC, según su edad, madurez sexual, madurez psicológica, condición socio-económica, estabilidad laboral, vínculo familiar o sexo-afectivo, por razones médicas, profesionales o financieras, es evidente —o al menos presumible— que existirá un daño moral especial, pues es difícil pensar un ejemplo de un cambio de vida más radical como ocurre con la concepción y el nacimiento de una persona¹²⁹”.

2.3.1.6. Vulneración al derecho a la integridad personal

Comúnmente, el daño moral o no patrimonial se reclama en virtud de la vulneración a la integridad personal de la víctima que enfrenta un escenario fáctico que le causa dolor, lo cual se une, de una u otra forma, a la noción tradicional de este rubro indemnizatorio, esto es, en atención a *pretium doloris*, sin embargo, lo cierto es que “el precio del dolor” es sólo una especie del daño no patrimonial.

Así las cosas, este tipo de daño moral encuentra su reconocimiento positivo en el numeral 1 del artículo 19 de nuestra Constitución Política de la República y en el numeral 1 del artículo 5 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos.

Tanto en las acciones por *wrongful conception* como en las acciones por *wrongful birth*, la lesión a la integridad personal es innegable, pues la negligencia o el dolo en las actuaciones y omisiones médicas generan una merma en la esfera psicológica de los pacientes, especialmente, en la mujer. Aquel razonamiento y argumentación jurídica sobre el daño no patrimonial, encuentra su asidero en materia reproductiva de acuerdo con lo expresado en la sentencia del Noveno Juzgado Civil de Santiago, en causa Rol C-28.577-2008, la cual sostuvo que: “Que en relación con el daño moral de doña Katherine Villanueva Astudillo, y atendido el principio de reparación integral, que se trataba de una mujer joven, vulnerable en su calidad de primeriza, que concurre confiada al centro asistencial en el cual ha efectuado regularmente todos sus controles y seguido indicaciones, y que resulta con una grave lesión que para

¹²⁹ Gajardo (2023), p. 159.

cualquier persona implica una afectación a su salud física, psíquica y sexual. Se lo tendrá por acreditado con la sola constatación de la lesión y de la que se ha razonado en los ítems B y C.- y se lo fijará prudencialmente en la suma de \$20.000.000.- (...) Que en cuanto al daño moral sufrido por el niño debido a la fractura, también probada y razonada en los ítems B y D.-se considerará que se trataba de un recién nacido en que cualquier lesión es delicada y genera preocupación y cuidados especiales, y que hubo de ser expuesto a radiación y otros exámenes, así como hospitalización a la semana de vida, se le dará la suma de \$5.000.000.-”¹³⁰

Recientemente, podemos mencionar el caso de una mujer que resultó embarazada tras la falla del método anticonceptivo *Anulette CD* y que intentó interrumpir su proceso gestacional, porque su vida corría peligro de muerte; amparándose en el numeral 1 del artículo 119 del Código Sanitario. Este “riesgo vital” que exige la ley se acreditó por los rasgos suicidas, cuadros de crisis de pánico y angustia y otros perjuicios de su salud psíquica que padeció ella tras la negativa de enfrentar un embarazo no deseado; sin embargo, su derecho a abortar por la causal mencionada fue negado por el CESFAM Alberto Allende Jones.

Así, recurre de protección ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones de San Miguel, en causa Rol N° 172-2021, la cual sostuvo que: “es posible concluir que la omisión arbitraria e ilegal de la recurrida infringe el artículo 19 N°1 de la Constitución al poner en evidente riesgo el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de Tamara Rojas, así como también, el numeral 2 del artículo 19, esto es la igualdad ante la ley, toda vez que no se ha respetado el derecho de la actora a recibir una respuesta. Sobre el particular, conviene recordar que la voluntad del Constituyente aparece reforzada por el artículo 12.1 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW) -entrada en vigencia en Chile el 9 de diciembre de 1989- que dispone que los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención

¹³⁰ Villanueva con Fisco de Chile (2016).

médica a fin de asegurar el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieran a la planificación de la familia”¹³¹.

El mismo razonamiento jurídico se presenta en la sentencia del Juzgado de Letras de Castro, en causa Rol C-1719-2012, uno de los casos más conocidos sobre la materia, que cuya decisión fue confirmada tanto por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Puerto Montt como por la Excelentísima Corte Suprema. En el considerando trigésimo séptimo se argumenta de forma compacta y detallada sobre las distintas lesiones a intereses jurídicamente tutelados, haciendo énfasis en la integridad personal de la mujer afectada.

A saber, se defiende que: “Es dable considerar que el hecho de decidir respecto del propio cuerpo como lo hizo la demandante en los hechos acreditados, constituye una derecho fundamental garantizado en el artículo 19 N°1 de nuestra Constitución Política de la República, el cual debe entenderse en correspondencia con los tratados y convenciones internacionales ratificados por nuestro país y que se encuentran vigente, esto es la Convención de Belem do Pará, y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer CEDAW, las cuales entienden que la decisión respecto de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer son parte fundamental del deber de protección que tiene el Estado en cuanto a resguardar la vida e integridad de la persona, por cuanto la vulneración de este derecho constituye un perjuicio emocional y físico del cual debe hacerse responsable. Es así como la demandante fue víctima de una grave vulneración a su derecho a decidir sobre su propio cuerpo, siendo éste derecho debidamente informado como consta en autos, pero que finalmente no fue respetado y acatado como fue su voluntad, por cuanto el personal médico, como se estableció, no realizó la intervención médica requerida, actuando por sobre la decisión de la paciente, sin ninguna justificación que lo eximiera, actuando de forma negligente respecto del actuar que les era exigido, de lo cual se estima, que con independencia de los motivos íntimos que haya tenido la peticionaria para decidir someterse a una intervención que claudicaría irreversiblemente su opción de maternidad, el hecho de no haberse realizado ésta, produjo como consecuencias fácticas probadas que la actora sea madre de un hijo no

¹³¹ Rojas con París (2021).

deseado, en condiciones económicas escasas y siendo ésta el único sustento familiar, razón por la que dicho perjuicio se encuentra acreditado por lo antes analizado”¹³².

Así, la integridad psíquica y el impacto emocional de una mujer que enfrenta un embarazo no deseado es innegable y merece su reparo económico a título de daño no patrimonial.

2.3.2. Daños patrimoniales en materia de *wrongful conception*

2.3.2.1. El daño emergente

Es indubitado que asumir un proceso gestacional que lleva alrededor de 9 meses aproximadamente, sobre la base de que la madre no quiso voluntariamente enfrentarlo, lleva consigo incurrir en numerosos y necesarios gastos económicos y propios de la naturaleza de cada embarazo en particular, considerando también el desembolso patrimonial respecto al parto y otras implicancias futuras, por ejemplo, asistir a controles prenatales, hospitalización con ocasión del parto y un sinnúmero de otros derivados de la manutención y desarrollo de un embarazo; incluso debemos tener en cuenta los gastos derivados por los progenitores (en especial, la madre) tras la asistencia a psicoterapia o psiquiatría que necesiten. De esta manera, se cubren tanto los daños emergentes presentes como futuros derivados de la concepción de un embarazo que tiene como antecedente directo la mala praxis médica imputable.

Así se ha sostenido en la doctrina de Ecuador: “Ante el supuesto de una anticoncepción fallida, cabe considerar los resarcimientos por los detrimentos de tipo pecuniario que sufrieron los padres del recién nacido al realizar todas las pruebas y exámenes médicos durante el período de gestación de la madre, pasando por los costos hospitalarios como consecuencia del parto. Además, se debe tomar en cuenta la manutención del hijo, como alimentación y gastos relacionados con la educación”¹³³.

Aún más, los daños emergentes futuros también se configuran en la especie, por ejemplo, bien puede ocurrir que la mujer que se enfrenta a un proceso gestacional en contra de su voluntad y deseos requiere de atención médica, apoyo psicológico y/o psiquiátrica luego del parto; o, incluso,

¹³² Rosas con Servicio de Salud de Chiloé (2014).

¹³³ Campana *et al.* (2023), p. 85.

derechamente de los costos económicos que implica para ella asumir una crianza responsable en el acontecimiento de no tener los recursos necesarios para ello, piénsese en el supuesto que una mujer se haya sometido a un procedimiento anticonceptivo o esterilización motivada porque su capacidad económica es suficiente para la manutención de otra vida y luego, contra todo pronóstico, queda embarazada tras la negligencia médica.

2.3.2.2. El lucro cesante

Asumir un embarazo lleva consigo que la mujer tenga que postergar su vida en diferentes aspectos en pos de llevar a fin un embarazo sano, por ejemplo, pensamos en que tenga que dejar de trabajar como lo hacía habitualmente o dejar de estudiar, etc. Por tanto, esto claramente permite la posibilidad de accionar por lucro cesante.

Como bien lo ejemplifican los autores citados anteriormente, “se puede plantear como hipótesis el caso en que la madre del hijo se dedica al modelaje. En este supuesto, podría reclamarse por concepto de lucro cesante el dinero correspondiente al tiempo que duró el embarazo y el tiempo postparto durante el cual la madre estuviera impedida de percibir ingresos provenientes de su actividad profesional”¹³⁴.

2.3.2.3. La pérdida de una oportunidad o chance

Esto se conecta con lo analizado previamente respecto al daño moral derivado de la lesión a la autodeterminación del paciente y la planificación familiar, en el sentido en que la mujer pierde su legítima expectativa en torno a que había optado, en su proyecto de vida, por no tener descendencia o, por lo menos, no en un periodo determinado. Lo anterior, en palabras de Tagliani, significa que: “en caso de haber sido debidamente informada acerca de la situación de salud del feto, la decisión de continuar o no con esa gestación era de la gestante (...) En este supuesto por la omisión o la errónea información brindada a la paciente acerca de la salud del feto, la gestante no contaba con ‘una probabilidad’ de interrumpir ese embarazo, sino que tenía a su alcance la posibilidad plena de hacerlo. Es decir, dependía enteramente de su voluntad, porque la ley la amparaba en esa decisión en la medida

¹³⁴ *Ídem.*

en que se encontrara dentro de los plazos legales para hacerlo (...) Lo que la negligencia médica hizo fue arrebatarle directamente esa posibilidad de optar; reiteramos que, de haber conocido oportunamente la situación de salud del feto, la hubiera tenido en un ciento por ciento. Es por ello que se afirma que en este tipo de acciones se encuentra ausente este elemento esencial de la ‘probabilidad’, a tal punto que no se conoce ningún precedente que haya aplicado porcentaje alguno”¹³⁵.

2.3.3. Daños corporales o biológicos en materia de *wrongful conception*

En el contexto en que surge la responsabilidad civil médica, se ha empezado a considerar el daño corporal o biológico como otro rubro indemnizatorio en atención a las circunstancias y naturalezas propias de las actuaciones y omisiones sanitarias, puesto que se pretende la reparación a la lesión y deterioro de la integridad y armonía corporal y somatopsíquica del ser humano como un ente funcional y orgánico^{136 137}; siempre y cuando aquellas no fueron oportunamente informadas o, habiendo sido comunicadas, son consecuencias de un actuar contrario a la *lex artis* aplicable al caso en concreto.

¹³⁵ Tagliani (2021), p. 7.

¹³⁶ A modo de ejemplo, en Solano con Chamorro y Disal Chile Sanitarios Portables S.A. (2013), se sostuvo que: “El daño físico o corporal debe situarse como una categoría de daño no patrimonial, de carácter personal independiente del daño moral, toda vez que aparte del daño moral demandado, hay una lesión y/o condición especial de salud, como se señala en el peritaje médico de fs. 120 a fs. 123, que consiste en la limitación de efectuar trabajos pesados, por la menisectomía a la que fue sometido como consecuencia del accidente (...). Tal daño deberá ser indemnizado como se dirá en lo resolutivo”.

Asimismo, en Ruíz y otros con Servicio de Salud Metropolitano Occidente (2014), se reconoce la existencia de daño biológico en la negligencia médica en un procedimiento quirúrgico tras perforar el estómago del paciente, provocando retraso del desarrollo psicomotor global con predominio del lenguaje y epilepsia: “Que en cuanto al daño moral demandado por la madre por sí y por la víctima, que hace consistir en el dolor, sufrimiento y molestia padecido por el niño, como también en el daño biológico y pérdida del goce de su vida (...)”.

Luego, en Flores con Servicios Geoservice Ltda. (2010), se sostuvo que: “Que en cuanto al daño biológico o fisiológico se funda en la pérdida de un órgano o de un miembro que forma parte del cuerpo humano y que cumple una función para este, para tal efecto la indemnización debe cubrir, al menos, el valor de las prótesis más avanzadas tecnológicamente, que le permitan aunque sea en parte devolver la funcionalidad al cuerpo del ser lesionado (...)”.

¹³⁷ Vidal (2020), pp. 220-223, configura el daño corporal como un nuevo rubro indemnizatorio que se presenta por excelencia en materia de responsabilidad civil médica y que comparte presupuestos tanto del daño patrimonial como extrapatrimonial, pero su particularidad radica en la lesión, pérdida o disminución de una funcionalidad del cuerpo humano, entendido este como un todo inseparable de su condición vital: “He aquí la principal característica del daño corporal, a saber: la incapacidad funcional que produce. Pues una vez que la lesión se consolida, la víctima se encuentra en una situación desmejorada respecto de aquella que disfrutaba antes del ilícito, al encontrarse discapacitada –total o parcialmente– en su funcionalidad física o corporal”.

Esta nueva categoría de daño surge de la necesidad de entregar respuestas eficaces a víctimas de actuaciones u omisiones imputables a un tercero profesional a título de negligencia o dolo, que, a pesar de que exista una indemnización en su favor, los efectos y secuelas en reiteradas ocasiones son permanentes para la víctima. Además, como explica Martín-Casals: “su alcance parece más amplio, como demuestra la progresiva consolidación en los ordenamientos europeos del daño biológico, que tiene una autonomía propia y reúne unas características específicas, más allá de las consecuencias que pueda tener sobre los sentimientos de la persona”¹³⁸

En materia de *wrongful conception action*, podemos visualizar la existencia de daños corporales, biológicos o fisiológicos en razón del nuevo estado gestacional por el cual atraviesa la mujer víctima de la falla de un método anticonceptivo o procedimiento esterilizante. Así, bien podría un embarazo no deseado ocasionar agravios en el cuerpo físico y funcional de la mujer, por ejemplo, si ella se sometió a un procedimiento de tales características para evitar enfermedades u complejizar patologías que ya padece.

¹³⁸ Martín y Solé (2003) p. 858.

CAPÍTULO III:
EL DAÑO EN LAS ACCIONES POR *WRONGFUL BIRTH*

1. Aproximación a la hipótesis de *wrongful birth actions* en Chile

Ya hemos propuesto nuestra definición del concepto de *wrongful birth action* (o, por su traducción al español, acciones por nacimiento injusto) como aquellas interpuestas por un progenitor (o ambos progenitores en conjunto) con la finalidad de exigir que se le indemnice pecuniariamente ante los perjuicios ocasionados por un profesional, equipo sanitario o centro hospitalario al realizar un diagnóstico erróneo o doloso sobre la base del mal estado de salud del *nasciturus* que no fue detectado oportunamente, privándole de esta manera a la madre la posibilidad de interrumpir el embarazo mediante una decisión informada y consciente.

Se precisa que esta hipótesis indemnizatoria sólo tiene cabida en ordenamientos jurídicos en donde la interrupción voluntaria del embarazo se regule, ya sea legislando o despenalizando, puesto que, de lo contrario, no se podría exigir la pérdida de la opción de abortar conforme a las normas vigentes.

Adicionalmente, si la legislación interna de un país permite el aborto, sea de forma absoluta o relativa limitando a causales específicas, el actuar negligente o doloso por parte del profesional, equipo médico o centro hospitalario tratante debe verificarse e informarse a la madre sobre esta opción en una etapa del embarazo en donde sea susceptible una interrupción voluntaria de este.

En nuestro país, la despenalización del aborto en tres causales se reguló con la dictación de la Ley N°21.030 y las correspondientes modificaciones legales al Código Sanitario. Antes ello, la posibilidad de interponer una acción por *wrongful birth* (e incluso, por *wrongful life*) era impensable, porque, como sostuvo en su ocasión el autor Munita Marambio en el año 2014: “En Chile, el análisis de la cuestión es reducido, por cuanto el aborto, en cuanto práctica, se encuentra prohibido. De aquí, que no puedan ser abordadas las figuras de *wrongful birth* ni de *wrongful life*, al menos en los términos expuestos”¹³⁹, ya que la única obligación del médico, en caso de un embarazo complicado, era informar la posibilidad de acceder a algún tratamiento médico.

A día de hoy, se permite la interrupción de embarazo de manera restrictiva en atención a tres causales, conforme lo indica el artículo 119 del Código Sanitario, por tanto, la hipótesis de *wrongful birth actions* se enmarca en cualquiera de los tres supuestos de la norma indicada, puesto que, actualmente, debemos entender que lo fundamental de esta acción es el error de diagnóstico médico que afecta al embarazo y que priva la interrupción voluntaria de este¹⁴⁰.

¹³⁹ Munita (2014), p. 124.

¹⁴⁰ Debemos precisar que la noción tradicional o prístina de la acción por *wrongful birth* sólo consideraba la indemnización de perjuicios por el nacimiento de un hijo o hija que padece enfermedades congénitas o malformaciones graves que no fueron oportunamente diagnosticadas, privando a los progenitores, en especial a la madre, de la posibilidad de interrumpir el embarazo; es decir, los presupuestos de acción eran dos: nacer con enfermedades graves e impedir el aborto con la falta de información. Ahora bien, esta acción surge en los ordenamientos jurídicos en donde poner fin al embarazo se regula, de una u otra forma, de manera amplia; muy contrario a nuestro país. Por tanto, si extrapolamos el concepto clásico de ella, sin ningún tipo de problematización, se concluye que en nuestro no tendría cabida esta acción, porque, de la lectura de la causal de inviabilidad del feto, que consagra el numeral 2 del artículo 119 del Código Sanitario, no se autoriza la interrupción del embarazo en situaciones en donde el feto presenta enfermedades graves o malformaciones (que no se comprenden dentro del requisito legal de ser incompatibles con la vida extrauterina; por ejemplo, Síndrome de Down, Síndrome de Turner, Síndrome de Edwards, distrofia muscular, microcefalia, etcétera), sino que la indicación sólo se refiere a que la criatura sea incompatible con la vida extrauterina separada de su madre, es decir, nace sin vida o nace pero su expectativa de vida es muy baja.

Pero, analizar la cuestión debatida hasta ese punto es simplista y, en esta materia, debemos profundizar y complejizar la controversia jurídica, porque es de toda lógica sostener que la noción de las acciones por *wrongful birth* también debe incluir la hipótesis en donde un recién nacido padece estas patologías congénitas severas “viable”, pero no fueron informadas a los progenitores de forma oportuna, correcta o eficaz. A nuestro entender, con el escenario de la legislación actual, el presupuesto indemnizable tiene como antecedente la negligencia médica manifestada en la falta o error en la entrega de un diagnóstico prenatal correcto o conforme a la *lex artis* médica *ad hoc*. Esta reconstrucción de las acciones por *wrongful birth* no es odiosa o extensiva, pues tiene cabida en nuestro país con base al ordenamiento jurídico vigente. Lo anterior, en orden a que lo

Así, en Chile, esta acción tiene cabida tratándose de los siguientes supuestos:

(1) En el caso de riesgo vital de la madre, el error médico puede conllevar a su muerte con ocasión del parto - nacimiento, ya sea por incumplimiento total o imparcial del deber de informar sobre la salud de ella y/o por incumplimiento negligente o doloso sobre la posibilidad de llevar a cabo un aborto conforme al numeral 1 del artículo 119 del Código Sanitario chileno. En cualquiera de los dos supuestos aparece de manifiesto la responsabilidad civil en atención a la legislación vigente. Sin embargo, respecto del primer escenario, esto es, “El médico no advierte la gravedad de la situación, y la madre muere como consecuencia del parto”¹⁴¹, se puede entender que no tendrá relación con la acción en comento, lo cual, en cierta medida es correcto, porque el instinto jurídico nos dirá que lo más factible y recomendable es ejercer acción indemnizatoria por negligencia médica siguiendo las reglas generales e imputando responsabilidad civil por la mala *praxis* en el diagnóstico de la salud de madre; en todo caso, seguir una acción resarcitoria por nacimiento injusto propiamente tal pareciera ser un tanto artificial, en tanto, el hecho de la muerte de la madre ya es de por sí indubitadamente grave e imputable al profesional sanitario; sin perjuicio de ello, se cumplen todos los requisitos necesarios para la interposición de la acción por *wrongful birth*, lo cual quedará a discernimiento del tribunal competente.

Al respecto, es preciso señalar que el médico incurre en responsabilidad civil al omitir su deber de informar la posibilidad de interrumpir el embarazo amparándose en la objeción de conciencia que le reconoce el artículo 119 ter del Código Civil Sanitario. Lo cual, es grave, porque tal derecho no le concede la facultad de no informar la opción que tiene la madre de poner término al embarazo, sólo se le permite no realizar el procedimiento abortivo, salvo ciertos casos. El deber de informar, en estos casos, tiene carácter de obligatorio, en tanto el consentimiento que entrega la madre debe ser informado, lo

esencial de la acción es la determinación de la negligencia del médico que desobedece a su *lex artis* y que termina por afectar la oportunidad de la mujer de abortar de manera segura y legal. Ante este presupuesto, es de toda lógica pensar que para concretar la aplicación de la acción en distintos ordenamientos jurídicos, es necesario realizar el ejercicio interpretativo de adaptar los presupuestos de la acción a la legislación en cuanto a garantías de las mujeres que posea el determinado ordenamiento, pues, como se dijo anteriormente, la aplicación de esta acción está supeditada a lo permisiva y/o garantista que sea la legislación respectiva en materia del derecho a abortar.

¹⁴¹ Etcheberry (2017), p. 821.

cual se construye con el artículo 119 bis y el artículo 10 de la Ley N° 20.584¹⁴². En otras palabras, “el artículo 119 ter dice claramente que ‘podrá abstenerse de realizarlo’ no de informarlo, por lo cual no parece factible que para exonerarse de responsabilidad pueda invocar que no informó porque es un objetor de conciencia”¹⁴³.

(2) En el caso de inviabilidad del embrión o feto, el error médico también repercute en el incumplimiento del deber de informar sobre el verdadero estado de salud del *nasciturus* y/o por no informar de manera negligente o dolosa la posibilidad de llevar a cabo un aborto conforme al numeral 2 del artículo 119 del Código Sanitario chileno. Sin perjuicio de lo anterior, es menester tener en cuenta que respecto de esta hipótesis la ley prevé que sólo existirá la posibilidad de abortar en aquellos casos en que la patología que padezca el embrión o feto sea incompatible con la vida extrauterina. Nuevamente, se manifiesta la responsabilidad civil de manera patente.

En cuanto a la falta de información sobre la posibilidad de abortar respecto al numeral 2, nos remitimos a lo comentado previamente. Pero nos es relevante mencionar que este incumplimiento por parte del médico también puede obedecer a un comportamiento doloso encaminado a causar un daño (dolo por omisión), pues sobrepone sus convicciones personales y religiosas por encima de la decisión de una mujer embarazada. Sobre esto, nos parece muy acertada la visión de la autora Etcheberry al comentar que “no podría el médico basado en sus creencias decidir él por la mujer, ya que no es él que tendrá que esperar los meses de embarazo para luego dar a luz a un hijo que no es compatible con la vida o no será el profesional quien cuide y eduque al niño (...), es claro que habría por parte del profesional un menosprecio hacia la persona de la mujer, ya que entiende que no es necesario informarle debido a que sus creencias son mejores que lo que hipotéticamente pueda decidir la mujer¹⁴⁴”. Agrega luego, “este sería

¹⁴² Artículo 10. Ley N° 20.584 de 2012, esencialmente, su inciso primero del siguiente tenor: “Toda persona tiene derecho a ser informada, en forma oportuna y comprensible, por parte del médico u otro profesional tratante, acerca del estado de su salud, del posible diagnóstico de su enfermedad, de las alternativas de tratamiento disponibles para su recuperación y de los riesgos que ello pueda representar, así como del pronóstico esperado, y del proceso previsible del postoperatorio cuando procediere, de acuerdo con su edad y condición personal y emocional. Asimismo, todo niño, niña y adolescente tiene derecho a recibir información sobre su enfermedad y la forma en que se realizará su tratamiento, adaptada a su edad, desarrollo mental y estado afectivo y psicológico”.

¹⁴³ Etcheberry (2023), p. 827.

¹⁴⁴ *Ibid.*, pp. 826-827.

un caso de dolo por omisión, no advertir sabiendo y debiendo hacerlo; nuevamente nos separamos de las acciones tradicionales, ya que en ellas el médico no lo advierte por un error, sea de él o de los laboratorios, no porque no es partidario de que la madre pueda decidir si quiere seguir hasta el final con el embarazo o no”¹⁴⁵.

Si bien, puede darse el caso en que un médico no informe detallada u oportunamente el grave estado de salud que afecta al embrión o feto y, por tanto, con ocasión del parto, se resulte en un nacimiento de un niño o niña afectado con malformaciones o enfermedades congénitas severas, aquello no puede enmarcarse dentro de las hipótesis de *wrongful birth actions*, al menos no en Chile, porque la interrupción voluntaria del proceso gestacional, de acuerdo con nuestra legislación vigente, no comprende la situación de un *nasciturus* que padece malformaciones (salvo se trate de aquellas que sean incompatible con la vida extrauterina independiente). Pero, en el caso en comento, bien puede accionarse en contra del médico imputable (o su equipo o centro hospitalario) aplicando las reglas generales en materia de responsabilidad civil médica, porque en este supuesto la falta o la omisión de entrega de información acerca del estado de salud del *nasciturus* es una clara hipótesis de negligencia médica e infracción directa a la autonomía de los pacientes y el artículo 10 de la Ley N°20.584, pues no se acciona por “el perjuicio de nacer”, sino que se acciona por los daños patrimoniales y no patrimoniales incurridos con ocasión de la negligencia del profesional sanitario que no realiza un diagnóstico correcto que pesa sobre la vida del ser humano que está por nacer, lo que se conoce como daños prenatales.

(3) En el caso de violación que genera un embarazo, la responsabilidad civil que habilita a interponer una acción por *wrongful birth* radica única y exclusivamente en el incumplimiento, por parte del facultativo, del informar a la mujer sobre la posibilidad de interrumpir su proceso gestacional con motivo de lo señalado en el numeral 3 del artículo 119 del Código Sanitario, en cuyo caso, el médico debe conocer y estar al tanto de que el embarazo es producto de una violación.

¹⁴⁵ *Idem.*

2. El daño indemnizable en materia de *wrongful birth actions*

Habiendo aclarado el panorama actual en que se enmarca la acción por *wrongful birth* en Chile, ahora entraremos a analizar el daño en esta acción en concreto, pero debemos advertir que el examen que se realizó en el capítulo anterior es plenamente aplicable a esta acción, salvo algunas precisiones que se harán a continuación.

2.1 Postura restrictiva sobre el daño en materia de *wrongful birth*

En principio, todo lo dicho respecto a la postura conservadora en materia de *wrongful conception* se aplica directamente a este tipo de acciones, pues la línea argumentativa de este sector doctrinal es considerar que el *nasciturus* es “un ser sustancial y no accidental, por cuanto es una realidad a cuya esencia o naturaleza le compete ser en sí y no en otro sujeto (...). Tiene, además, una existencia que le es propia. No forma parte del cuerpo de su madre ni menos es un órgano del mismo (...), es un individuo de la especie humana. Más aún, es el mismo individuo que el adulto está llamado a ser (...), es un ser humano que habla aun cuando no tiene todavía la capacidad para expresarse por medio del lenguaje, el embrión humano es un ser racional, aunque no tenga, aún, la capacidad de formular razonamientos. Eso le permite concluir algo que resulta evidente: ‘el niño en el seno materno ya es persona’”¹⁴⁶.

Así, frente a acciones que tengan como presupuesto fáctico y jurídico la indemnización pecuniaria de una vida que ocasiona daño para sus progenitores, se rechaza cabalmente en pos de sostener que el nacimiento y embarazo obedece al fin último de la unión matrimonial de dos personas (para esta sector, hombre y mujer), por tanto, jamás podría importar perjuicios, por lo que, bajo ninguna circunstancia podría importar responsabilidad civil. En ese sentido, se argumenta que: “las potencias sexuales están ordenadas a su uso dentro del marco de una unión legítima. Es decir, sólo dentro del matrimonio es posible conciliar algo aparentemente inconciliable: por un lado, la delicada función de perpetuar la raza humana (que en sí mismo exige un marco ordenado de vida) y, por otro, que tal función

¹⁴⁶ Silva Mac Iver (1995), pp. 182-183

esté confiada al sexo, que en sí mismo implica una potencia aparentemente caótica. En el matrimonio se produce esa conciliación: el sexo no pierde nada de su fuerza y, al tiempo, se pone al servicio de la vida”¹⁴⁷.

Incluso más, en caso de *wrongful birth*, se sostiene que la vida del recién nacido es una bendición sagrada o divina y que, con independencia de las enfermedades graves que se pueden padecer, termina siendo mucho más valiosa que la inexistencia misma. El autor Harris afirma que “La madre y/o el médico pueden haber dañado al niño, pero si este tiene una vida que valga la pena vivir, a pesar de que sea una vida discapacitada, entonces este no ha sido perjudicado por haber venido al mundo, aun cuando de hecho este haya sido dañado de este modo” (traducción libre)¹⁴⁸. Así, se argumenta que la vida jamás puede ser considerada como daño en tanto la naturaleza misma de la existencia es intangible e indisponible.

Otra línea argumentativa de esta doctrina es sostener la “paradoja de la inexistencia” a este problema jurídico, esto es: como toda indemnización de perjuicios, su fundamento es reparar el daño causado al estado material anterior a la lesión, pero, en estos casos, ese estado anterior sería no nacer, es decir, la inexistencia humana, lo cual, a juicio de quienes sostienen esta doctrina, es totalmente absurdo y con ello tratan de cerrar la admisibilidad a las acciones de *wrongful birth* (e incluso *wrongful life*)¹⁴⁹.

2.2. Postura ecléctica sobre el daño en materia de *wrongful birth*

Esta postura la denominamos ecléctica, puesto que desconoce el derecho a interrumpir el aborto como el interés principalmente afectado, así también no toma en consideración los derechos sexuales y salud reproductiva y otras prerrogativas fundamentales en beneficio de la mujer gestante y víctima, pero argumenta la procedencia de una acción indemnizatoria por los perjuicios psicológicos y, en ocasiones, por los daños patrimoniales incurridos, generalmente pensando en el daño emergente y los costos

¹⁴⁷ Navarro (1995), pp. 113-114

¹⁴⁸ Harris, (1990), p. 113: “*The mother and/or the doctor may have harmed the child but if that child has a life worth living, albeit a disabled one, then she or he has not been wronged by being brought to birth, although the child has of course been thereby harmed*”

¹⁴⁹ Burns (2003), p. 821.

económicos que conlleva la manutención y tratamientos de una enfermedad congénita grave no informada oportunamente.

En este sentido, se afirma en doctrina nacional que: “el daño, en el caso de los padres, no debe fundarse en la posibilidad de haber abortado, sino simplemente en las lesiones, especialmente psíquicas, que la falta de diagnóstico o tratamiento hubiera permitido que el nacimiento de un menor con alguna deficiencia se enfrentara con un sostén emocional. Todo niño es una bendición, pero los padres necesitan un proceso para adaptar la nueva realidad, sobre todo cuando ésta es ignorada. Aun cuando los padres tengan perfecta conciencia de la existencia de la llegada de un hijo con deficiencia, pueden generarse (y lo normal es que se generen) respuestas neuróticas frente a la situación, derivados de la culpa”¹⁵⁰.

Quienes desconocen la existencia de la autodeterminación sexual y reproductivas de las mujeres se suelen apoyar en la sentencia de nuestro Tribunal Constitucional, en causa Rol N° 3729-2017, que sostiene: “las prestaciones médicas para practicar el aborto justificado, no son un nuevo derecho subjetivo, sino, sólo una concreción y confirmación del derecho constitucional a la protección de la salud, que debe garantizarse a las mujeres como titulares universales del mismo y que se encuentran enfrentadas a la decisión de interrumpir su embarazo. No hay un derecho nuevo, sino la garantía de igualdad ante la ley, pues se trata de una categoría eventual de pacientes que deben ser tratados de la misma forma”¹⁵¹.

Empero, consideramos que esta postura si bien permite la adopción de acciones con fines indemnizatorios, no es conducente a una visión más garantista del derecho en materia reproductiva. Es decir, creemos que uno de los pilares fundamentales de estas acciones es considerarlas como consecuencia de derechos reproductivos como la autonomía reproductiva y el derecho a la planificación familiar, entre otros. Por tanto, consideramos que es una concepción errada impetrar estas acciones

¹⁵⁰ Mondaca *et al.* (2015), p. 40.

¹⁵¹ Sentencia del Tribunal Constitucional (2017).

echando mano a derechos como la igualdad ante la ley, y que es fruto de concederles menor importancia a derechos cuyo contenido profundiza la protección de derechos en materia reproductiva.

Por último, si bien las decisiones de los tribunales y cortes de Estados Unidos no son uniformes, algunas jurisdicciones han sido fiel reflejo de esta postura, toda vez que aplican la regla del beneficio (“*benefits rule*”), de este modo, la Corte de Apelaciones del Estado de New York sostuvo que: “Sin duda, los progenitores de un niño con una malformación sufrirán la angustia (...). Sin embargo, a pesar del nacimiento de un niño con una anomalía, y ciertamente dependiendo de la gravedad de la afección, los padres pueden experimentar un amor que ni siquiera una anomalía puede sentir plenamente”¹⁵².

2.3. Postura contemporánea sobre el daño en materia de *wrongful birth*

Actualmente, ya se encuentran superadas las nociones que consideran el nacimiento o la vida como el daño indemnizable en las acciones por *wrongful conception*. Al respecto la autora chilena María José Tapia Fraile destaca que: “quienes aboga por este tipo de acciones ya no señalan a la vida como un daño indemnizable, sino que se enfocan en la afectación de otros derechos, tales como el derecho a la información en materia médica o la autodeterminación de la mujer. (...), los razonamientos seguidos tanto por la jurisprudencia española como estadounidense permiten mitigar el debate ético, religioso y moral que surge de considerar la vida como un daño resarcible, para enfocarse en la obstaculización o vulneración de un derecho respecto del cual las mujeres son titulares”¹⁵³. Así, la labor de la doctrina y la jurisprudencia¹⁵⁴ es argumentar jurídicamente la procedencia de otros rubros indemnizatorios que se

¹⁵² Becker v. Schwartz (1978): “*To be sure, parents of a deformed infant will suffer the anguish (...). However, notwithstanding the birth of a child afflicted with an abnormality, and certainly dependent upon the extent of the affliction, parents may yet experience a love that even an abnormality cannot fully*”.

¹⁵³ Tapia (2003), pp. 573-574.

¹⁵⁴ A mayor abundamiento, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Indiana de Estados Unidos, Bader v. Johnson (1997), sostuvo: “Sin embargo, en una demanda por *wrongful birth* la lesión no es la vida del niño como lo es en una demanda por *wrongful life*. La lesión en una demanda por *wrongful birth* es una lesión a los progenitores, que es la pérdida de la oportunidad de elegir si interrumpir el embarazo. Los daños que se derivan de esa lesión los incurren los progenitores, no el niño, e incluyen el impacto emocional, físico y económico de que se les niegue la oportunidad de interrumpir el embarazo. Así, la lesión no es la vida propiamente tal (...)” (traducción libre). “*However, in a wrongful birth claim the injury is not the life of the child as it is in a wrongful life claim. The injury in a wrongful birth claim is an injury to the parents, which is the*

presentan en estos casos y, en especial consideración y beneficio de las garantías de las mujeres como sujeto de derechos.

De esta forma, debemos considerar que esta postura tiene su punto de partida en el derecho que se concede a la mujer gestante para interrumpir su embarazo, por tanto, las acciones por *wrongful birth* buscan resarcir, principalmente, la pérdida de la oportunidad por parte de la mujer de su legítimo derecho a interrumpir el proceso gestacional, entre otras lesiones. Lo anterior unido a que, contemporáneamente, se ha llegado a asimilar al aborto como un derecho subjetivo de la mujer, que radica en el poder, facultad y libertad que ella tiene sobre su propio cuerpo y plan de vida. Sin embargo, hay que tener presente que, en Latinoamérica, en especial en nuestro país, dicha noción no se encuentra totalmente asentada.

Así, esta postura emerge en consonancia con las limitaciones asignadas por la determinada legislación al aborto, ya sea una limitación temporal, como es el caso de Argentina, o una limitación apoyada en causales, como es el caso de nuestro país. En Colombia (cuya regulación del aborto es idéntico a nuestro escenario nacional) se ha discutido en la doctrina que: “Cuando estas malformaciones congénitas fatales no son advertidas a los padres durante el periodo de gestación, se presenta una lesión al derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo, categoría reconocida por la Corte Constitucional en varias sentencias de tutela, proferidas en desafortunados eventos en los que se ha impedido el aborto a pesar de la configuración de alguna de las causales de no punibilidad”¹⁵⁵.

2.3.1. Daños no patrimoniales en materia de *wrongful birth*

En primer lugar, el daño no patrimonial, entendido en su sentido amplio, en materia de *wrongful birth actions* es la pérdida de la oportunidad o chance de abortar, lo cual implica ponderar la autonomía

loss of the opportunity to choose whether to terminate the pregnancy. The damages flowing from that injury are incurred by the parents, not the child, and include the emotional, physical and financial impact of being denied the opportunity to terminate the pregnancy. Thus, the injury is not life itself (...)”

¹⁵⁵ Hunter y Vega (2018), p. 57.

reproductiva y el derecho a la salud sexual de las mujeres como el interés jurídico lesionado más importante.

Aquello es de vital relevancia para esta postura, toda vez que los miramientos o las perspectiva de género en materia de responsabilidad civil (y en todo el sistema de derecho privado) suelen ser excluidas o invisibilizadas, o al menos, tratadas con recelo o reticencia¹⁵⁶, puesto que se considera que los régimen de responsabilidad son “neutrales” en atención a los estándares de diligencia debida objetiva o abstracta¹⁵⁷. Sin embargo, la dialéctica ha demostrado que los daños que sufren hombres y mujeres merecen una análisis detallado en virtud de la naturaleza y origen de estos perjuicios, de lo contrario, “negar la calidad jurídica de daño a una determinada experiencia, o bien infravalorar esa experiencia, se traduce en un desconocimiento de la relevancia de los intereses que se ven afectados (...), esto ocurre con frecuencia en el caso de ciertos daños que sufren exclusiva o mayoritariamente las mujeres”¹⁵⁸, tales como los perjuicios vinculados a la autonomía sexual y reproductiva, los cuales por largos lustros de la historia universal han sido desestimados como daños legítimos o intereses tutelados dignos de reparación, por considerarse que son “parte de la experiencia de ser mujer”¹⁵⁹.

Adicionalmente, esta postura entiende que la interrupción voluntaria del embarazo en los casos que regula nuestro ordenamiento obedece a la expectativa que tiene la mujer - paciente de un tratamiento médico adecuado y respetando la *lex artis ad hoc*. Es decir, siendo posible llevar a cabo un aborto en los términos del artículo 119 del Código Sanitario, aquello debe ser informado correctamente a la paciente en pos de que ella decida someterse o no a éste.

¹⁵⁶ Sin perjuicio de ello, actualmente las sentencias de nuestros tribunales y cortes de justicia deben observar y estar motivadas por ciertos parámetros y criterios que obedecen una perspectiva y políticas de género, para así dejar de perpetrar violencia sistemática en contra de la mujer. Estos miramientos en cuestión de género deben ser tomados en cuenta a la hora de decidir sobre el objeto de la litis, según lo prescriben la Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial de Chile, (2018) p. 49: “Promover la incorporación de la perspectiva de género en la administración de justicia, con el objeto de permitir a juzgadores y juzgadas detectar las condiciones que pueden perpetuar violaciones a los derechos humanos de las personas en razón de su género y de cualquier otra condición de vulnerabilidad, que impidan u obstaculicen su acceso a la justicia”.

¹⁵⁷ Gatica (2021), p. 2-3.

¹⁵⁸ *Idem*.

¹⁵⁹ *Idem*.

El pronunciamiento de nuestra Excelentísima Corte Suprema, al dictar sentencia de reemplazo, en causa Rol N° 97.628, sostiene que el daño moral comprende “las expectativas reales del normal tratamiento médico (...), la falencia que se consumó al diagnosticarse de manera tan errónea, significó, *ab initio*, potenciar la posibilidad del fracaso que, en definitiva, resultó de la experiencia médica vista como un todo (...). Lo anterior implica la pérdida de una oportunidad, de la chance de haber salido mucho antes del calvario y con una secuela estética de menor envergadura, lo que tiene un valor que también debe ser indemnizable”¹⁶⁰.

El razonamiento de nuestra Excelentísima Corte Suprema es plenamente aplicable a los supuestos de *wrongful birth actions*, por ejemplo, una madre que padece una enfermedad o complicaciones de salud graves, cuya exposición a un parto implicaría su terrible deceso; sin embargo, el médico o equipo sanitario tratante no se le informa de manera adecuada, oportuna y eficaz de ello. Aquella omisión del deber de informar es una infracción a la *lex artis* médica *ad hoc*, pues la mujer tuvo que enfrentar aproximadamente nueve meses un proceso gestacional y varias implicancias propias de la naturaleza de un embarazo, que, empero culminó con la muerte de ella y, siguiendo la línea argumentativa de la sentencia citada, aquello significa un calvario totalmente evitable en tanto el numeral 1 del artículo 119 del Código Sanitario permite la posibilidad de abortar en las circunstancias descritas.

Incluso más, bastaría con solamente acreditar la existencia de la causal correspondiente que habilita la interrupción del embarazo y la falta de información en aquello, pero no es necesario o atingente acreditar que la mujer habría intentado realizar un aborto de haber obtenido la correcta y oportuna comunicación; pues la lesión moral está en la pérdida de la oportunidad, es decir, en la imposibilidad de optar por una alternativa que en el Derecho le confiere. De lo contrario, su privacidad e intimidad también se vería afectada. Los autores españoles Martín Casals y Solé Feliu establecen que:

¹⁶⁰ Morales con Hospital Regional de Talca (2017).

“aceptar esta posibilidad implicaría con toda probabilidad entrar a valorar las razones por las cuales la madre no optó por abortar, lo cual podría constituir una lesión de su derecho a la intimidad personal”¹⁶¹.

La jurisprudencia española sostuvo en 2011 que: “La alegación y prueba de que la mujer hubiese interrumpido su embarazo de haber conocido un defecto congénito del feto, no solo afecta a la libertad, autonomía o intimidad de la gestante, sino que pone en evidencia (un) debate estéril fundado en simples y absurdas especulaciones, que no hacen más que añadir una cierta complejidad probatoria (...). El daño es independiente de la decisión de abortar y resulta no sólo del hecho de haber privado negligentemente a la madre de la posibilidad de decidir acerca de su situación personal y familiar y de consentir, en definitiva, dar vida a un nuevo ser, que afectará profundamente a la suya en todos los sentidos, sino de los efectos que dicha privación conlleva derivados de los sufrimientos y padecimientos ocasionados por el nacimiento de una hija afectada por un mal irremediable -daño moral-”¹⁶². Lo anterior se une a que, bien puede la mujer, decidir continuar con el embarazo contando con el tiempo y preparación psicológica necesaria para enfrentarse a un proceso gestacional de alto riesgo o con una descendencia que padezca enfermedades graves y atender a sus cuidados y atención suficientes.

En segundo lugar, al igual que en la hipótesis de *wrongful conception*, en esta acción presenciamos lesiones a la autodeterminación de los pacientes (que luego repercute en la pérdida de la posibilidad de abortar, porque la madre nunca tomó conocimiento de ello). De este modo, los progenitores (pero, esencialmente, la madre) goza del derecho a ser informados sobre el verdadero estado del embarazo, sea en cuanto a la salud de la mujer y el riesgo que enfrenta para ella asumir un embarazo; sea sobre las complicaciones que se presentan en atención a la naturaleza de un proceso gestacional; sea en cuanto a las probabilidades que ella posee para interrumpir voluntariamente el embarazo amparándose en las causales legales; entre otras situaciones que deben ser informadas obedeciendo la *lex artis* médica *ad hoc*, de lo contrario, “si los padres no reciben durante el periodo de gestación información sobre una malformación congénita compatible con la vida, aunque no se hubiese podido acudir a la interrupción voluntaria del embarazo, se suscita un daño por lesión al derecho a la información, cuyas consecuencias,

¹⁶¹ Martín y Solé (2001), p. 7.

¹⁶² Tribunal Supremo de España (2011).

como se verá en el acápite de perjuicios, están relacionadas con el impacto moral y económico de ser sorprendidos con la discapacidad que se hace manifiesta al momento del nacimiento”¹⁶³.

En otras palabras, la autora Tagliani sostiene que “En la acción por *wrongful birth*, el daño que se imputa es la afectación de la autodeterminación, es decir, el haber perdido la oportunidad de adoptar una decisión libre e informada acerca de la continuidad o no del embarazo, en función de la información que se le debió haber proporcionado en torno al estado de salud del feto”¹⁶⁴. Agregamos nosotras (como simpatizantes de esta postura) que, la información que debe entregarse a la madre y al otro progenitor debe contener todas las posibilidades de interrupción del embarazo que se presenten en un caso en concreto y que respeten las causales del artículo 119 del Código Sanitario, desprendiéndose el profesional médico, su equipo y el centro hospitalario de todas las concepciones morales y religiosas que ello puede enfrentar, porque como ya se advirtió la objeción de conciencia no implica que los encargados sanitarios puedan abstenerse también de su deber de informar.

En nuestro contexto nacional, compartimos plenamente la tesis que plantea la autora Etcheberry sobre este punto, quien declara que “el daño es la pérdida de la posibilidad de abortar por no tener la información, es claro que ante la no información del profesional la mujer pierde el derecho a invocar alguna de las tres causales de la ley, y por el contrario si el médico le hubiera informado ella habría podido poner fin a su embarazo, lo mismo sucedería si el médico espera que transcurran las semanas en que la persona que se encuentra en la tercera causal pudiera acogerse a ella y lo hace deliberadamente”¹⁶⁵.

A nivel internacional, la Corte Suprema del Estado de New Jersey reconoce que los casos de *wrongful birth* se basa en el principio de la autodeterminación de los pacientes: “La vulneración del interés en la autodeterminación, que sustenta una causa de pedir por *wrongful birth*, consiste en la pérdida de la oportunidad de los progenitores de tomar la decisión personal de dar o no a luz a un niño que podría tener defectos de nacimiento (...). La demanda en *wrongful birth actions* puede surgir cuando un médico no proporciona el adecuado asesoramiento genético, (...) no detecta un defecto fetal o no le

¹⁶³ Hunter y Vega (2018). pp. 60-61.

¹⁶⁴ Tagliani (2021) p. 5.

¹⁶⁵ Etcheberry (2017), p. 827.

informa a los progenitores al respecto o no interpreta el diagnóstico de forma correcta (...), o no advierte sobre el nacimiento de un niño con enfermedades (...). Debido a que el interés protegible de la paciente es el derecho personal de la autodeterminación, el deber de información del médico debe ser suficiente para permitirle tomar una decisión informada y significativa sobre si continuar o no con el embarazo.”¹⁶⁶

Luego, la Corte Suprema del Estado de Iowa (inspirándose en casos seguidos ante la Corte de New Jersey) dispuso que: “el daño indemnizable en las demandas por wrongful-birth es la pérdida de los progenitores de la oportunidad de tomar una decisión informada sobre la interrupción del embarazo. Esto es análogo a una demanda por negligencia médica basada en la falta de conocimiento informado. Ambos tipos de demandas surgen del ‘incuestionable principio de que, en ausencia de circunstancias atenuantes, un paciente tiene derecho a ejercer control sobre su cuerpo de forma informada’ (...). El derecho del paciente a tomar una decisión inteligente e informada no puede ejercerse cuando se le niega información material para ello. (...) Para tomar una decisión informada sobre la continuación de un embarazo, la paciente tiene derecho a esperar que el médico le proporcione la información razonablemente necesaria para ese proceso”¹⁶⁷.

En tercer lugar, pero estrechamente vinculado a lo sostenido en los párrafos anteriores, en materia de *wrongful birth actions* existe un claro atentado contra los derechos sexuales y reproductivos

¹⁶⁶Canesi v. Wilson (1999): “*The violation of the interest in self-determination that undergirds a wrongful birth cause of action consists of the parents’ lost opportunity to make the personal decision of whether or not to give birth to a child who might have birth defects (...). The claim in a wrongful birth action can arise when a physician fails to provide adequate genetic counselling (...) fails to detect a discoverable fetal defect or to inform the parents thereof, fails to interpret test results properly (...) or fails to warn of a child being born with a defect (...). Because the patient’s protectable interest is the personal right of self-determination, the doctor’s duty of disclosure must be sufficient to enable her to make an informed and meaningful decision concerning whether or not to continue the pregnancy*”.

¹⁶⁷Plowman v. Fort Madison Community Hospital (2017): “*The compensable injury in a wrongful-birth claim is the parents’ loss of the opportunity to make an informed decision to terminate the pregnancy. This is analogous to a claim for medical negligence based on lack of informed consent. Both types of claims arise out of the unquestioned principle that absent extenuating circumstances a patient has the right to exercise control over his or her body by making an informed decision’ (...). The patient’s right to make an intelligent and informed decision cannot be exercised when information material to that decision is withheld (...) To make an informed decision regarding continuation of a pregnancy, the patient has the right to expect the information reasonably necessary to that process will be made available by the physician.*

de las mujeres y, también, una vulneración a la libertad que le concede el ordenamiento jurídico de Chile a la planificación familiar.

Asimismo, los errores de diagnósticos provocan una falsa representación de la realidad para la paciente víctima, sobre todo si pensamos en la asimetría contractual y de información que se visualiza en todo contrato médico¹⁶⁸. Por tanto, en esta materia, los progenitores ven completamente alteradas sus decisiones, puesto que no han sido informados del verdadero estado de salud del *nasciturus*, o incluso de la madre, implicando un grave desencuentro con la libertad sexual y planificación familiar. Además, tratándose de la falta de información sobre la posibilidad de abortar para una mujer víctima de un embarazo tras una violación, el daño que se genera es indubitable y se presencia directamente el atentado contra su dignidad humana.

Con todo, esta situación provoca para los futuros progenitores una errónea expectativa y esperanza respecto a la viabilidad del embarazo y del posterior nacimiento de su hijo y/o hija, puesto que justamente se les prohibió interrumpirlo y evitar un embarazo por meses, en donde los gastos económicos, emocionales y físicos son considerablemente significativo, en especial atención a la madre.

Sostener aquello no es extraño ni caprichoso, porque la acción por *wrongful birth*, justamente, nace en pleno auge de los movimientos de liberación sexual, al igual que su acción hermana de *wrongful conception* (ya mencionado en el capítulo anterior), en donde se construyó un paradigma en pos de permitir que el embarazo pueda ser planificado conforme a la realidad y satisfacción de cada mujer. En este contexto, en Estados Unidos, alrededor de los años 1960 y 1970, comenzaron a interponerse acciones civiles tendientes a indemnizar a progenitores por daños cometidos por médicos tratantes de un embarazo con complicaciones graves.

En cuarto lugar, siguiendo la línea argumentativa expuesta del Capítulo II, las acciones por *wrongful birth* afectan considerablemente el libre desarrollo de la personalidad y el derecho de identidad de la madre, en particular. Tanto el aborto terapéutico como el aborto por violación protege el interés al

¹⁶⁸ Vidal (2020), p. 35. Para el autor, el deber de información y el consentimiento informado encuentra su fundamento en la corrección de la asimetría entre la profesión y el paciente, quien es ignorante o desconocedor de la *expertise* médica.

libre desarrollo de la personalidad de la mujer¹⁶⁹, pues lo primordial es la decisión de ella en orden a que será su propia vida y existencia humana la que presentará cambios al asumir un embarazo con tales características, incidiendo en su identidad y dignidad personal.

En quinto lugar, el *pretium doloris* (como especie de daño no patrimonial) se configura claramente en la hipótesis de *wrongful birth actions*. La falta de información en la etapa prenatal del embarazo respecto al verdadero estado de salud del *nasciturus* o de la madre conlleva una afectación o conmoción en su esfera emocional o psíquica o, estrechamente a un dolor, angustia estrés, depresión, etcétera. De este modo, “en el momento en que los progenitores se enteran del verdadero estado de salud de su progeñie futura experimentan una serie de sentimientos de sorpresa, frustración, rechazo y malestar (incrementados ocasionalmente por la conciencia de que este conocimiento en un momento anterior podría haberles permitido optar por no concebir o por interrumpir el embarazo) que se tratan de identificar con un daño moral”¹⁷⁰

Algunos autores han acercado este perjuicio al “shock psicológico” que enfrentan los progenitores tras el imprevisto de la inviabilidad de su hijo o hija¹⁷¹; o, incluso, la gravedad que implica para el otro progenitor que la mujer madre fallezca con ocasión del parto.

Así, “el daño moral derivado del desconocimiento de la enfermedad del menor (..) se sustenta en que (...) desconocer la existencia o gravedad de la enfermedad del niño los pone en una situación de estrés y preocupación para la que no estaban preparados emocionalmente, la cual llega por sorpresa por causa del incumplimiento del deber de información del médico”¹⁷². Esta falta de preparación psicológica aumenta el sufrimiento de los progenitores, en especial a la madre, quien con la debida antelación de la información habría enfrentado su situación desde un inicio del embarazo¹⁷³.

¹⁶⁹ Macia (2003), pp. 335-336.

¹⁷⁰ *Ibid*, p. 359.

¹⁷¹ Lafuente (2016), pp. 42-43.

¹⁷² Rondón (2018), p. 124.

¹⁷³ Sánchez (2018), pp. 479-480

Lo anterior también se debe tener a la vista tratándose de la desinformación a una mujer embarazada tras una violación, en que no se le comunica de forma oportuna, correcta y eficaz del derecho que nuestra legislación le confiere en el numeral 3 del artículo 119 del Código Sanitario. Por ejemplo, se le informa de la posibilidad de poner fin al embarazo, una vez que las semanas gestacionales para ello ya transcurrieron. En tal caso, el daño moral en su *faz pretium doloris* es innegable y merece su reparación pecuniaria.

2.3.2. Daños patrimoniales en materia de *wrongful birth*

Al igual que en las hipótesis analizada en el Capítulo II, el daño emergente en las acciones por *wrongful birth* comprende los gastos derivados con ocasión del parto, pero también aquellos que se incurrieron durante el desarrollo del embarazo (controles, medicamentos, terapias psicológicas, etc), por ejemplo, progenitores que tuvieron que hacer frente a una seguidilla de desembolsos pecuniarios para tratar medicamente un nasciturus que, posteriormente, nace sin vida o que muere a las pocas horas de haber nacido. Incluso más, también se debe comprender los gastos asociados a la crianza del hijo, en cuyo caso, se especifica como un daño emergente futuro.

El lucro cesante en esta acción presenta complicaciones, porque estas hipótesis tienen cabida en Chile en tanto el causales del artículo 119 del Código Sanitario, entonces, nos alejamos del panorama tradicional de estos casos, en donde el lucro cesante es acreditado e indemnizado por la pérdida económicas que presentan los progenitores al asumir el cuidado, manutención y crianza de un hijo o hija con graves enfermedades, que requieren atención y un esmero mayor, por tanto, obligándose a reducir su jornada de trabajo, entre otras consecuencias.

Sin embargo, en nuestro país, podría configurarse indemnizar por concepto de lucro cesante si la madre requiere asistencia médica o psíquica al enfrentarse a un embarazo y posterior parto de un hijo o hija inviable. Por ejemplo, experimenta depresión post parto y, por tanto, deja de trabajar remuneradamente.

Tratándose de una acción por *wrongful birth* cuyo presupuesto fáctico es un embarazo producto de una violación, el lucro cesante se visualiza con mayor claridad. En tal caso, nos remitimos a lo explicado en materia de *wrongful conception*, a saber, la madre debe enfrentar un proceso gestacional que puede mermar su capacidad de trabajo, dejar de estudiar, entre otros supuestos.

2.3.3. Daños corporales o biológicos en materia de *wrongful birth*

Los daños corporales o biológicos, como bien se trató en el Capítulo II, obedecen al detrimento de las funciones somatopsíquicas del ser humano. Así, en las acciones por *wrongful birth*, la madre claramente enfrenta daños de estas características, por ejemplo, un parto de una criatura inviable puede generar graves secuelas físicas en el útero de la mujer, hemorragias, infecciones uterinas, entre otras; incluso puede hasta perder su capacidad de procreación. Lo anterior también debe tener en cuenta a la hora de analizar el daño moral en su sentido de *pretium doloris*, pues, el daño corporal influye en los sufrimientos psíquicos y, en general, en la pérdida de la calidad de vida.

La sentencia de la Corte de Apelaciones, Bader v. Johnson (1997), sostuvo que: “el tribunal de primera instancia actuó correctamente al determinar que los Johnson podían recuperar daños y perjuicios por (...) el dolor físico sufrido por la madre (...). Por lo tanto, sostenemos que los Johnson tienen derecho a recuperar daños y perjuicios por el nacimiento ilícito de su hija (...), los Johnson pueden recuperar sus gastos médicos y otros gastos extraordinarios relacionados con los defectos de Kelly, el dolor y sufrimiento físico de Connie y los gastos médicos y otros gastos relacionados con su embarazo continuo y el nacimiento de Kelly”¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Bader v. Johnson (1997): “The trial court was proper in determining that the Johnsons could recover damages for (...) the physical pain suffered by the mother (...). Therefore, we hold that the Johnsons are entitled to recover damages for the wrongful birth of their daughter (...), the Johnsons may recover for their extraordinary medical and other expenses related to Kelly’s defects, Connie’s physical pain and suffering and the medical and other expenses related to her continued pregnancy and the birth of Kelly”.

IV. CONCLUSIONES

1. En Chile, el análisis estrictamente jurídico en torno a identificar el daño indemnizable frente a negligencias médicas debe siempre iniciarse estableciendo el estatuto de responsabilidad civil a aplicar, puesto que, tanto el sistema contractual como el extracontractual comprenden reglas que subsumen el contexto sanitario. Lo anterior encuentra su fundamento en que el sistema de responsabilidad civil médica no posee un régimen especial, a pesar de que varios autores y autoras han propuesto avanzar hacia una sectorización de este sistema.

De este modo, argumentamos en base a la primacía del modelo contractual en esta materia¹⁷⁵. Al respecto, esbozamos de manera general los requisitos de la responsabilidad contractual para luego aplicarlos directamente en los supuestos de *wrongful conception* y *wrongful birth*.

2. La acción por *wrongful conception* es una herramienta indemnizatoria bastante útil en nuestro ordenamiento jurídico para los casos en que el actuar negligente de un profesional médico, ya sea en la ejecución de un tratamiento anticonceptivo o a un procedimiento esterilizante, resulta fallido o imperfecto. Este error médico genera el efecto adverso al pactado, esto es, la concepción de un embarazo no deseado, surgiendo la posibilidad de obtener la reparación de perjuicios en virtud de los daños experimentados por la madre.

Respecto a esto último, la doctrina despegó variados análisis en torno a lo que se considera daño resarcible. En este escenario, en un primer momento de la discusión, los argumentos de tintes conservadores y religiosos eran los que tenían más adeptos dentro de la comunidad doctrinal y

¹⁷⁵Empero, sostener aquello hace unos años atrás era impensable, porque la responsabilidad civil médica se entendía en una faceta de responsabilidad aquiliana, como la regla generalísima. El fundamento de aquello, como se explicó, obedecía a identificar la indisponibilidad de la salud y de la vida como un objeto lícito a la hora de contratar; además, la naturaleza de estos hechos implicaba siempre buscar la reparación de las lesiones de carácter no patrimoniales, lo cual resultaba lógico, pues en esta época también se negaba la idea de concebir este rubro frente a un incumplimiento contractual. Con el paso del tiempo, la jurisprudencia chilena acompañada de la labor de los y las autoras, cambiaron de parecer y pasaron a sostener la contractualización de la responsabilidad civil médica. Aquello fue inicialmente motivado en el momento en que los y las juezas y magistradas advirtieron la procedencia del daño no patrimonial en la realidad contractual. Así las cosas, se comenzó a idear la noción de contrato médico como uno de naturaleza atípica o *sui generis* al cual se le aplicaba de manera supletoria las reglas contenidas en Título XII del Libro IV de nuestro Código Civil.

jurisprudencial chilena, porque no es novedoso o extraño sostener que el Derecho, en sus inicios, denotaba cierto apego a ideas iusnaturalistas y, en lo que respectaba a libertades individuales, estas siempre eran llevadas a concepciones divinas y ortodoxas; por tanto, rondaba la idea de plantear la vida humana como el más perfecto de los bienes jurídicos que el sistema nos brindaba. Así, con miras al instinto religioso, se rechazaba en todos sus aspectos las acciones civiles que catalogaban al nacimiento y la vida como perjuicios.

Con el tiempo, las posibilidades argumentativas se fueron abriendo, despojándose de prejuicios poco a poco y con un enfoque garantista. Así, arribó la postura contemporánea, la cual encontró su fundamento en la normativa nacional vigente, esencialmente, en las disposiciones contenidas en la Constitución Política de la República, instrumentos internacionales, Código Civil, Código Sanitario, la Ley N° 20.418 que fija normas la información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, la Ley N° 20.584 que regula los derechos y deberes de los pacientes en relación con acciones vinculadas a su atención en salud y la Ley N° 21.675 que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género.

3. La admisibilidad en el Derecho chileno de *wrongful birth actions* se justifica en orden a que el actuar negligente producto del inadecuado empleo de la *lex artis ad hoc* del facultativo médico genera daños patrimoniales y no patrimoniales.

Ahora bien, sostenemos el alejamiento de la concepción tradicional o prístina de esta acción, principalmente por la aplicación del artículo 119 del Código Sanitario en concordancia con las hipótesis del *wrongful birth*. Lo anterior encuentra su *ratio* en la norma citada y en las circunstancias que modificó la Ley N° 21.030 de 2017.

En materia de *wrongful birth actions*, lo central y crucial está en la lesión sufrida por la madre, a quien nuestra legislación actual y vigente le reconoce un derecho a abortar en ciertos casos y la vulneración a tal prerrogativa se presenta en el momento en que el médico tratante realiza actuaciones u omisiones negligentes o dolosas impidiendo su ejercicio.

Este nuevo enfoque no sólo amplía el ámbito de intervención de esta acción civil, sino que también remarca la necesidad de proteger los derechos a la salud sexual y reproductiva y la autonomía de las mujeres en un escenario jurídico.

4. En suma, los embarazos no planificados han sido, hace ya bastante tiempo, motivo de discusión y objeto de políticas públicas. A día de hoy, se conoce mucho más de la anticoncepción, a comparación de hace 20 años. Además, la discusión sobre el aborto en nuestro país y en el extranjero, se ha alejado de la vereda garantista. A nivel internacional, el panorama es el mismo, la Corte Suprema de Estados Unidos¹⁷⁶ dio libertad a los estados para regular el aborto, contradiciendo lo que estableció el histórico fallo de 1973 “*Roe vs. Wade*”¹⁷⁷.

Despojar de prejuicios la discusión sobre materias como la anticoncepción y el aborto ayudará a combatir la precaria situación de la autonomía sexual y los derechos de salud reproductiva a día de hoy, para lograr progresivamente su profundización en la legislación.

Sin perjuicio de lo anterior, como argumentamos y afirmamos a lo largo de la investigación, echando mano a una interpretación garantista de la legislación en materia reproductiva, en nuestro país es posible accionar mediante acciones del tipo *wrongful birth* y *wrongful conception*, a pesar de las amplias limitaciones que la legislación contempla.

Creemos, a pesar de la investigación realizada, que estas consideraciones están recién comenzando a abrir debate en el panorama nacional, y que, con el tiempo, es necesario elevar el estándar garantista en torno a derechos sexuales y reproductivos, autodeterminación de los pacientes, respeto del derecho al plan familiar, entre otros, y así contribuir a pensar en que estas nuevas formas de protección desde la esfera civil sean viables y dignas de aceptación por parte de la doctrina y jurisprudencia contemporánea, y por sobre todo, no menospreciar o demonizar las garantías básicas de las mujeres.

¹⁷⁶ Dobbs v. Jackson Women's Health Organization (2022).

¹⁷⁷ Roe v. Wade (1973).

V. REFERENCIAS

1. Abeliuk, René (2003). *Las obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile
2. Acosta, Vicente (1990). *De la responsabilidad civil médica*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
3. Aedo, Cristián (2006). *Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Librotecnia.
4. Alessandri, Arturo (1943). *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*. Imprenta Universitaria, N° 138. Santiago.
5. Barros, Enrique (2020). *Tratado de responsabilidad extracontractual* (2° edición). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
6. Barrientos, Marcelo. (2008). “Del Daño Moral Al Daño Extrapatrimonial: La Superación Del Pretium Doloris”. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 35, n°1. Santiago.
7. Braverman, Philip (1978). “Wrongful Conception: Who Pays for Bringing Up Baby?”. *Fordham Law Review*, vol. 47, n° 3. Nueva York.
8. Burns, Thomas. (2003). “When life is an injury: An economic approach to wrongful life lawsuits”. *Duke Law Journal*, n° 52(4). North Carolina.
9. Castro, René (2017). “El acta que selló el destino del aborto”. *La tercera*. Disponible en: <https://www.latercera.com/noticia/acta-sello-destino-del-aborto/> [fecha de consulta: 24 de junio de 2024].
10. Cárdenas, Hugo y José Antonio Sánchez (2018). “Acciones de wrongful conception en Chile: una propuesta de fundamentación”. *Acta Bioethica*, vol. 21, n° 2. Santiago.
11. Corral, Hernán (2012). “Aborto y esterilización fallidos: ¿el hijo como daño?”. *Derecho y academia: el blog de Hernán Corral*. Disponible en: <https://corraltalciani.blog/2012/05/27/aborto-y-esterilizacion-fallidos-el-hijo-como-dano/> [fecha de consulta: 06 de junio de 2024].
12. Corral, Hernán (2013). *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*. Santiago: Legal Publishing.

13. Contardo, Juan Ignacio (2014). “Una interpretación restrictiva sobre los efectos de la constitución en mora del deudor según el ‘Código Civil’”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, n° 43. Valparaíso.
14. De la Maza, Iñigo (2017). “Consentimiento informado, un poco de realismo”. *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. 30, n°2. Valdivia.
15. Díaz, Soledad y Schiappacasse, Verónica (2017). “¿Qué y cuáles son los métodos anticonceptivos?”. *Instituto Chileno de Medicina Reproductiva (ICMER)*. Disponible en: <https://icmer.org/wp-content/uploads/2019/Anticoncepcion/Que-y-cuales-son-los-metodos-anticonceptivos-01122017-1.pdf> [fecha de consulta: 8 de noviembre de 2024].
16. Etcheberry, Leonor (2017). “La posibilidad de accionar por Wrongful Birth en Chile” en Bahamonde, Etcheberry y Pizarro (editores). *Estudios de Derecho Civil XIII: Ponencias Presentadas en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (1° edición). Santiago: Legal Publishing Chile/Thomson Reuters.
17. Flores, Victor (2002). *Responsabilidad Civil Médica: Normativa, Doctrina y Jurisprudencia*. Santiago: Editorial Metropolitana.
18. Fugardo, Joseph (2018). *Procreación humana y acciones de responsabilidad: derecho español y comparado*. Barcelona: J.M. BOSCH EDITOR.
19. Gajardo, Pablo (2023). *Responsabilidad civil por embarazos no deseados en el derecho chileno*. Santiago: Thomson Reuters.
20. Gatica, María (2021). “La necesidad de una aproximación de género a los daños en la responsabilidad civil extracontractual”. *Vniversitas*, vol. 70. Bogotá.
21. Gómez de la Torre Vargas, Maricruz (2007). *El sistema filiativo chileno: Filiación biológica, por técnicas de reproducción asistida y por adopción*. Editorial Jurídica de Chile.
22. Harris, Jhon (1990). “The Wrong of Wrongful Life”. *Journal of Law and Society*, vol. 17, n° 1. Gales.

23. Hunter, Martha, y Vega, Zully (2019). “Wrongful Birth: ¿un daño resarcible en el ordenamiento jurídico colombiano?”. *Precedente*, 14, 39–79. <https://doi-org.bibliotecadigital.uv.cl/10.18046/prec.v14.3359> [fecha de consulta: 23 de octubre de 2024].
24. Irene Soto y Claudia Chartier (2023). “Responsabilidad Civil y Derechos de Daños en Salud”. en *Derecho Médico II*. FALMED, Santiago.
25. Luis Felipe Campana, Oswaldo Ruíz y Juan Francisco Marín (2023). “El daño en las acciones de wrongful conception y su reparación en el ordenamiento jurídico ecuatoriano”. *USFQ Law Review*, vol. 11, n°2. Quito.
26. Macía, Andrea (2003). “La responsabilidad por los diagnósticos preconceptivos y prenatales (Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life)”. *Dialnet*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=27482> [fecha de consulta: 2 de agosto de 2024].
27. Macía, Andrea (2011). “El tratamiento de las acciones de wrongful birth y wrongful life a la luz de la nueva ley sobre interrupción voluntaria del embarazo”. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n°23. Madrid.
28. Manosalva, Paulina (2023). “Responsabilidad del Estado por Wrongful Conception. El especial caso de las anticoncepciones fallidas” en Álvarez, Prado y Saavedra (editores). *Estudios de Derecho Privado. III Jornadas Nacionales de Profesoras de Derecho Privado*. Valparaíso: EDEVAL.
29. Mantilla, Fabricio (2008). “El contrato de prestación de servicios médicos en el derecho colombiano” en Guzman (editor). *Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo*. Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
30. Martín-Casals, Miquel y Josep Solé Feliu (2001). *Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos*. Girona: InDret.
31. Martín-Casals, Miquel y Josep, Solé Feliu (2001), “En daño moral”, en Cámara Lapuente (coord). *Derecho Privado Europeo*, Colex, Majadahonda (Madrid): Editorial Colex.
32. Meza Barros, Ramón (1997): *Manual de Derecho Civil. De las Fuentes de las Obligaciones* (Tomo II). Santiago: Editorial Jurídica de Chile, Décima Edición.

33. Miranda, Francisco (2015). "Demandas por responsabilidad médica en Chile. Análisis de montos, condenas y duración". *Revista De Derecho. Escuela De Postgrado*, n° 7. Santiago.
34. Miranda, Johan (2018). "Responsabilidad patrimonial por "wrongful conception", "wrongful birth" y "wrongful life". *Dialnet*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=134071> [fecha de consulta: 21 de septiembre de 2024].
35. Mondaca, Alexis (2014). "Responsabilidad civil por wrongful conception. Negligencia médica: incumplimiento del deber de cuidado del cirujano. Corte de Apelaciones de Antofagasta, 2 de mayo de 2012, rol N° 372-11". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 23. Santiago.
36. Moncada, Alexis; Aedo Cristián y Luis Coleman (2015). "Panorama comparado del wrongful life, wrongful birth, wrongful conception. Su posible aplicación en el Derecho chileno". *Revista Ius et Praxis*, vol. 21, n° 1. Talca.
37. Munita, Renzo (2014). "Concepción, nacimiento y vida: su cuestionable mérito indemnizatorio (una lectura panorámica relativa a las wrongful actions)". *Actualidad Jurídica. Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo*, n° 36. Santiago.
38. Navarro Valls, R, (1995). "Matrimonio y Derecho". *Ius Canonicum*, vol. 1°. Madrid.
39. Noriega, Fernando (2011). *La Negligencia Médica ante la Doctrina y Jurisprudencia Nacionales*. Santiago, Ediciones Jurídicas de Santiago.
40. Pizarro, Carlos (2003). "La responsabilidad civil médica por el hecho ajeno". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n°1. Santiago: diciembre.
41. Pizarro, Carlos (2008). "Responsabilidad profesional médica: Diagnóstico y perspectivas". *Revista Médica de Chile*, n° 136. Santiago: abril.
42. Pizarro, Carlos (2014). "El contrato médico. Calificación, contenido y responsabilidad". *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n° 3. Santiago: diciembre.
43. Pizarro, Carlos (2017). *La Responsabilidad Civil Médica*. Santiago, Thomson Reuters.
44. Puig Brutau, José (1994). *Compendio de Derecho Civil*. Barcelona: Casa Editorial.

45. Rodríguez, Pablo (2004). "Apreciación de la culpa en materia civil". *Revista Chilena de Derecho Privado*, n°2. Santiago.
46. Rodríguez, Pablo (2012). *Responsabilidad contractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
47. Rodríguez, Pablo (2014). *Responsabilidad extracontractual* (2° edición). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
48. Rojas, Dario (2014). "El Dolo" en Gárces (editor). *El Consentimiento: Su formación y sus vicios*. Envigado: Jurídica IUE.
49. Rondón, Iván (2018). "La vida como daño antijurídico reparable: La responsabilidad del Estado en los casos wrongful conception / birth / life". *Repositorio Institucional UNAL*. Disponible en: <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/69183> [fecha de consulta: 15 de octubre de 2024].
50. Lafuente, Jorge (2016). "Los casos de Wrongful Birth: problemas jurídicos y tensiones morales". *Repositorio Institucional Universidad de Zaragoza*. Disponible en: <https://zaguan.unizar.es/record/59039/files/TAZ-TFG-2016-3964.pdf> [fecha de consulta: 20 de diciembre de 2024].
51. Sánchez, Margarita (2018). "El tratamiento jurisprudencial del daño en las acciones indemnizatorias de responsabilidad por wrongful birth". *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n° 37. Madrid: enero.
52. Silva Mac Iver, Jaime (1995). "El nasciturus y el derecho a la vida". *Revista De Derecho Público*, n° 57/58. Santiago: diciembre/enero.
53. Smith, Melissa (1996). "Wrongful Conception: When an Unplanned Child Has a Birth Defect, Who Should Pay the Cost". *Missouri Law Review*, vol. 61, n° 1. Missouri.
54. Tagliani, Maria Soledad (2021). "La acción por wrongful birth en una sentencia norteamericana una mirada desde el derecho argentino a partir de la sanción de la Ley de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo". *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 6, n° 2021. Buenos Aires: diciembre.
55. Tapia, Mauricio (2003). "Responsabilidad civil médica: riesgo terapéutico, perjuicio de nacer y otros problemas actuales". *Revista de Derecho*, vol. 15, n° 2. Valdivia: diciembre.

56. Vidal, Álvaro (2018). *Responsabilidad civil médica*. Santiago: DER Ediciones.
57. Vidal, Álvaro (2020). *Responsabilidad civil por negligencia médica*. Santiago: Academia Judicial.

NORMAS CITADAS

1. Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas, París, 10 de diciembre de 1948.
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos de San José de Costa Rica*, 22 de noviembre de 1969.
3. Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. *Asamblea General de las Naciones Unidas*, 03 de enero de 1976.
4. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. *Asamblea General de las Naciones Unidas*, 18 de diciembre de 1979.
5. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. *Organización de los Estados Americanos*, 9 de junio de 1994.
6. Constitución Política de la República de Chile. *Diario Oficial de la República de Chile*.
7. Código Civil de la República de Chile. *Diario Oficial de la República de Chile*.
8. Código Sanitario de la República de Chile. *Diario Oficial de la República de Chile*.
9. Ley N° 20.418, sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad. *Diario Oficial de la República de Chile*, 28 de enero de 2010.
10. Ley N° 20.584, sobre los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud. *Diario Oficial de la República de Chile*, 24 de abril de 2012.
11. Ley N° 21.030, sobre la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales. *Diario Oficial de la República de Chile*, 23 de septiembre de 2017.
12. Ley N° 19.966, que establece un régimen de garantías en salud. *Diario Oficial de la República de Chile*, 3 de septiembre de 2004.

13. Ley N° 21.675, que estatuye medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en contra de las mujeres, en razón de su género. *Diario Oficial de la República de Chile*, 14 de junio de 2024.

JURISPRUDENCIA CITADA

1. Irwin Gleitman con Sandra Gleitman y Robert Cosgrove (1967): Corte Suprema de New Jersey, 06 de marzo de 1967, 49 N.J. 22.
2. Jane Roe con Henry Wade (1973): Corte Suprema de Estados Unidos, 22 de enero de 1972, 410 U.S. 113.
3. Becker con Schwartz (1978): Corte de Apelaciones de New York, 27 de diciembre de 1978, 46 N.Y.2d 401.
4. Patricia Bader con Ronald Johnson y Connie Johnson (1997): Corte de Apelaciones de Indiana, 14 de enero de 1997, 675 N.E.2d 1119.
5. Eugene Sherlock con Clínica Stillwater (1997): Corte Suprema de Minnesota, 14 de octubre de 1997.
6. Melissa Canesi con James A. Wilson (1999): Corte Suprema de New Jersey, 17 de junio de 1999, 158 N.J. 490.
7. Luis Flores Ortega con Servicios Geoservice Ltda. (2010): Corte Suprema, 5 de agosto de 2010, Rol N° 994-2010.
8. Sandra Currihual Pesce con Jaime Castillo Pinto (2011): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 05 de mayo de 2012, rol N° 373-2011.
9. Artavia Murillo y otros con Costa Rica (2012): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28 de noviembre de 2012, pp. 49.
10. Jaime Solano con Rodrigo Chamorro y Disal Chile Sanitarios Portables S.A. (2013): Primer Juzgado Civil de Valparaíso, 19 de junio de 2013, Rol N° C-2121-2009.
11. Lourdes del Carmen Rosas con Servicio de Salud de Chiloé (2014): Juzgado de Letras de Castro, 20 de noviembre de 2014, Rol N° C-1719-2012.

12. María Teresa Ruiz y otros con Servicio de Salud Metropolitano Occidente (2014): Corte Suprema, 20 de noviembre de 2014, Rol N° 10.811-2014.
13. Katherine Villanueva Astudillo con Fisco de Chile (2016). Noveno Juzgado Civil de Santiago, 18 de enero de 2016, Rol N° C-28.577-2008.
14. I.V. con Bolivia (2016): Corte Interamericana de Derechos Humanos, 30 de noviembre de 2016, Rol N° C - 329.
15. Katherina Gajardo Orellana con Servicio de Salud Talcahuano (2015): Corte Suprema de Chile, 10 de marzo de 2016, rol N° 21373-2015.
16. María Quezada Gallardo con Colmenares Warner Limitada (2016): Corte Suprema, 27 de diciembre de 2016, Rol N° 33.990-2016.
17. Lorena Olivares Rubio y otros con Servicio de Salud Región de O'Higgins (2017): Corte de Apelaciones de Rancagua, 6 de marzo de 2017, Rol N° 333-2016.
18. Tribunal Supremo de España (2017): 31 de mayo de 2017, N° Civil-3556-2011.
19. Paula Morales Cancino con Hospital Regional de Talca (2017): Corte Suprema, 8 de agosto de 2017, Rol N° 97628-2016.
20. Sentencia del Tribunal Constitucional (2017): 28 de agosto de 2017, N° 3729-2017.
21. Marisol Donoso Valenzuela y otros con Servicio de Salud Araucanía Sur (2018): Corte Suprema, 21 de febrero de 2018, Rol N° 18.172-2017.
22. Carla de Frutos Cares con Fisco de Chile (2020): Corte Suprema de Chile, 27 de septiembre de 2021, rol N° 44.150-2020.
23. Tamara Rojas Águila con Oscar Enrique Paris Mancilla (2021): Corte de Apelaciones de San Miguel, 15 de marzo de 2021, Rol N° 172-2021.
24. Elizabeth Carrillo Flores con Fernando Pérez Romero (2021): Corte Suprema, 22 de octubre de 2021, Rol N° 21.222-2020.
25. Claudia Bertolini con Isapre Cruz Blanca S.A. (2022): Corte Suprema de Chile, 03 de agosto de 2022, Rol N° 44150-2022.

26. Corporación Nacional de Consumidores y Usuarios (CONADECUS) con Laboratorios Silesia S.A. y Laboratorios Andromaco S.A. (2022): Quinto Juzgado Civil de Santiago, 7 de enero de 2022, Rol N°3029-2021.
27. Thomas Dobbs con Jackson Women's Health Organization (2022): Corte Suprema de Estados Unidos, 24 de junio de 2022, 597 U.S. 215.
28. Vilma del Carmen Araya Orrego con BCI Seguros Generales S.A. (2024): Corte de Apelaciones de Antofagasta, 11 de diciembre, Rol N°408-2024.
29. Mabel Rodríguez Escobar con Universidad de Chile (2024): Corte Suprema, 22 de agosto de 2024, Rol N° 160.280-2022,

OTROS

1. Secretaría Técnica de Igualdad de Género y No Discriminación del Poder Judicial de Chile, resolución administrativa N° 1470-2017, 5 de febrero de 2017. Disponible en https://secretariadegenero.pjud.cl/images/documentos/digitalpignd_10072018.pdf [fecha de consulta 10 de diciembre de 2024].
2. Moción de la Cámara de Diputados de Chile (2018). Boletín N° 12148-11. Disponible en <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmTipo=SIAL&prmID=43268&formato=pdf> [fecha de consulta 20 de diciembre de 2024].
3. Orrego, Juan (2019). "De la responsabilidad objetiva". Disponible en: https://www.juanandresorrego.cl/assets/pdf/apu/ap_9/De%20la%20Responsabilidad%20Objetiva.pdf [fecha de consulta 9 de diciembre de 2024].
4. Colegio Médico de Chile, artículo de diciembre del 2019. Disponible en <https://www.falmed.cl/falmed/revista-falmed/desjudicialicemos-la-medicina> [fecha de consulta 21 de agosto de 2024].

5. Instituto Nacional de la Juventud (2022). “10ma Encuesta Nacional de Juventudes”. Santiago, disponible en: https://www.injuv.gob.cl/sites/default/files/10ma_encuesta_nacional_de_juventudes_2022.pdf [fecha de consulta: 22 de diciembre de 2024].
6. “Me obligaron a ser mamá”: las cientos de mujeres que hoy son madres en Chile tras utilizar anticonceptivos defectuosos. (2023), *BBC Mundo*, 25 de agosto de 2023, disponible en: <https://www.bbc.com/mundo/articles/ckvy0ggle8yo> [fecha de consulta 13 de diciembre de 2024].
7. A cuatro años de la falla en los anticonceptivos Anulette CD: “Me obligaron a ser mamá” (2024), *Fast Check CL*, 8 de junio de 2024, disponible en: <https://www.fastcheck.cl/2024/06/08/a-cuatro-anos-de-la-falla-en-los-anticonceptivos-anulette-cd-me-obligaron-a-ser-mama/> [fecha de consulta 13 de diciembre de 2024].

long story short, I survived